REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

PRIMER SEMESTRE DE 1988

RELATORES:

Dra. María Elena Giraldo Gómez

Dra. Margarita Hernández de Albarracín

IMPRESO EN COLOMBIA

PRINTED IN COLOMBIA

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

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

PRIMER SEMESTRE

1988

Presidente:

Doctor Carmelo Martínez Conn

Vicepresidente:

Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo

SECCION PRIMERA

Dr. Samuel Buitrago Hurtado
Presidente

Dr. Guillermo Benavides Melo
Dr. Luis Antonio Alvarado Pantoja
Dr. Simón Rodríguez Rodríguez

SECCION SEGUNDA

Dra. Aydée Anzola Linares
Presidente

Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker
Dr. Gaspar Caballero Sierra
Se retiró el 29 de febrero de 1988. A partir del 1º de marzo de 1988 se posesionó en propiedad la *doctora Clara Forero de Castro.*
Dr. Joaquín Vanín Tello
Se retiró el 29 de febrero de 1988. A partir del 1º de marzo de 1988 se posesionó en propiedad el *doctor Alvaro Lecompte Luna.*

SECCION TERCERA

Dr. Antonio J. de Irisarri Restrepo
Presidente

Dr. Carlos Betancur Jaramillo
Dr. Julio César Uribe Acosta
Dr. Jorge Valencia Arango
Se retiró el 18 de mayo de 1988. A partir del 19 de mayo se posesionó en interinidad el *doctor Carlos Ramírez Arcila.*

SECCION CUARTA

Dra. Consuelo Sarria Olcos
Presidente

Dr. Jaime Abella Zárate
Dr. Hernán G. Aldana Duque
Se retiró el 31 de mayo de 1988. A partir del 1º de junio de 1988 se posesionó en interinidad el *doctor José Ignacio Narváez García.*
Dr. Carmelo Martínez Conn

SECCION QUINTA

Dr. Miguel González Rodríguez
Presidente

Dr. Jorge Penen Deltieure
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez
Dr. Euclides Londoño Cardona

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. Humberto Mora Osejo, Presidente
Dr. Jaime Betancur Cuartas
Dr. Javier Henao Hidrón
Dr. Jaime Paredes Tamayo

FISCALIAS:

1ª *Dr. Alvaro León Cajiao*
2ª *Dra. Edné Cohen Daza*
3ª *Dr. Jaime Ossa Arbeláez*
4ª *Dr. Absalón Gartner Tobón*
5ª *Dra. María Eugenia Samper R.*
6ª *Dra. Dolly Pedraza de Arenas*
7ª *Dr. Juan Fernández Carrasquilla*
8ª *Dr. Jaime Mossos Guarnizo*

Secretaria General

Dra. Nubia González Cerón

RELATORES:

Dra. María Helena Giraldo Gómez
Dra. Margarita Hernández de Albarracín

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO I

CAPITULO I

CREDITOS ADICIONALES

CREDITOS SUPLEMENTALES O EXTRAORDINARIOS.

El Gobierno debe sujetarse y dar cumplimiento estricto a los artículos 207, 212 y 213 de la Constitución Nacional; así como a las normas del Decreto-ley 294 de 1973 y sus normas reglamentarias. PROGRAMAS DE PLANEACION NACIONAL. Deben establecerse. LEY DEL PLAN (Reiteración).

CREDITOS SUPLEMENTALES O EXTRAORDINARIOS. Es posible votar separadamente el crédito que se encuentre conforme a la Constitución Nacional y a la ley.

Consejo de Estado.— Sala Plena.— Bogotá, D. E., veintiséis de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente número C-057. Consulta del Gobierno sobre el proyecto de Decreto "por el cual se adiciona el presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación de la vigencia fiscal de 1988", por valor de $ 14.545.279.689.10.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Luis Fernando Alarcón Mantilla, en oficio de 15 de febrero del año en curso, dirigido a la Secretaría General del Consejo de Estado, somete a dictamen de la Corporación el proyecto de Decreto aprobado por el Consejo de Ministros "por el cual se adiciona el presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación de la vigencia fiscal de 1988".

En la exposición de motivos al proyecto de Decreto se fija sus fundamentos en los artículos 101, 108 y 109 del Decreto extraordinario número 294 de 1973, conocido como Decreto Orgánico del Presupuesto Nacional. Se informa que el proyecto de crédito adicional incorpora dos operaciones de créditos externos destinadas a equipar a las Fuerzas Armadas de Colombia y créditos adicionales imprescindibles dentro del presupuesto de gastos de la actual vigencia por un total de $ 14.545.278.689.10; dos créditos externos de suministros de equipos para las Fuerzas Militares, contratado con "ISREX" por valor de $ 780.6 millones, y con el "First Insterstate Bank Of. California", por $ 9.336.5 millones, operaciones de créditos legalmente contratadas que

se perfeccionaron y deben incluirse en el presupuesto de gastos de la actual vigencia para que quede habilitado el Ministerio de Defensa con los proveedores internacionales y pueda recibir los equipos destinados a la defensa de la Nación en momentos como los actuales donde persisten acciones terroristas y por la cercanía del debate Electoral de Elección Popular de Alcaldes. En estos suministros se destaca la adquisición de helicópteros para la Fuerza Aérea Colombiana, que, como bien se comprende son elementos que le otorgan a la Fuerza Pública una especial capacidad de maniobra para el control de zonas afectadas por la subversión.

También se abren créditos adicionales en el presupuesto de gastos de funcionamiento por valor de $ 416.3 millones, y en el presupuesto de inversión por valor de $ 4.011.8 millones, asignados a diferentes organismos de la Administración Pública, los cuales son imprescindibles para la operación normal de dichas entidades pues beneficia a diferentes proyectos de desarrollo económico y social del Gobierno nacional, que se encuentran sin financiación para la vigencia fiscal de 1988, siendo por otra parte, urgente la apertura de estos créditos adicionales para que no se paralicen las acciones del Gobierno en el frente social y económico.

La desfinanciación en el presupuesto actual de la inversión pública se explica porque está pendiente de incorporarse al Presupuesto Nacional el préstamo con entidades internacionales denominado "CONCORD" y con el cual se espera financiar a diferentes organismos y entidades los planes de inversión aprobado por el "CONPES".

Sin embargo, los créditos adicionales propuestos en esta adición —continúa la exposición de motivos— se financian con el producto del acuerdo a que llegó el Gobierno nacional con el Chase Manhatan Bank por US$ 17.0 millones, los cuales se dedican en su totalidad a complementar proyectos de inversión, incluido el pago de salarios a servidores del Estado.

A folio 12 del informativo aparece una comunicación de Martha Herrera Angel, Secretaria del Consejo de Ministros dirigida al doctor Luis Fernando Alarcón Mantilla, Ministro de Hacienda y Crédito Público, en la cual le comunica que el Consejo de Ministros en la sesión de esa fecha aprobó, luego de detenido análisis, el proyecto de crédito adicional por considerar que todos los gastos contemplados en él son imprescindibles y tienen carácter urgente.

Así mismo el Secretario General de la Cámara de Representantes (fl. 13), certifica que las Comisiones Conjuntas del Senado y Cámara del Congreso Nacional en las sesiones ordinarias en el cual se aprobó el presupuesto para la vigencia fiscal de 1988, en "ningún momento negaron créditos por valor de $ 14.545.279.689.10 moneda corriente, destinado al Ministerio de Defensa por operaciones de créditos externos y a programas de financiamientos e inversión de varios organismos". Certifica igualmente que el Congreso de la República se encuen-

tra en receso según lo establecido en el artículo 68 de la Constitución Nacional.

Igualmente la Dirección General de Presupuesto (fl. 14), por conducto del Subdirector de Ejecución Presupuestal de dicho organismo certifica que la vigencia fiscal de 1988, se incluyó dentro del Presupuesto Nacional una adición inicial por cuantía de $ 647.0 millones en el rubro de "sentencia a cargo de la Nación"; que sobre dicha apropiación se ha efectuado ejecución presupuestal según los acuerdos de gastos mensuales, que ascienden a la suma de $ 107.8 millones; que los compromisos totales con cargo a "sentencia a cargo de la Nación" ejecutados según los acuerdos de gastos o que están pendientes por acordar, ascienden a la suma de $ 153.2 millones; que por tanto el saldo de apropiación disponible con cargo al rubro "sentencia a cargo de la Nación" es de $ 493.700.000.00. La certificación anterior tiene fecha del día 11 de febrero del año en curso.

La Contraloría General de la República —División de Contabilidad Nacional— el 29 de enero del año en curso de 1988, certifica que la cantidad de $ 780.619.689.10 millones de pesos moneda corriente, que generarán el desembolso de US$ 2.968.135.70 millones de dólares a un cambio de $ 263.00 por dólar, constituye un recurso fiscal no incorporado en el presupuesto y que por tanto puede servir de base para la apertura de créditos adicionales; que el cómputo dentro de la renta de ingresos para gastos de acuerdo con el Decreto número 2424 del 18 de diciembre de 1987, fue de $ 1.239.422.651.000.00 moneda corriente y que el 25% de esta cantidad de acuerdo con el artículo 100 del Decreto 294 de 1973 es de $ 309.855.662.750.00 que deducida la cifra de este certificado quedará todavía un saldo de $ 309.075.043.060.98 (fls. 55 y 56 del cuaderno número 1).

El Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías "DAINCO" en comunicación J-0067 de 9 de febrero del año en curso dirigido al doctor Juan Guillermo Serna Valencia —Director General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público—, emite concepto favorable sobre el crédito adicional por valor de $ 50.299.000.00 moneda corriente, que se incluirán en la adición de la vigencia de 1988, para proyectos a ejecutar en las Intendencias y Comisarías, así:

INDERENA	$ 12.800.000.00
DRI	$ 1.499.000.00
SEM	$ 36.000.000.00
Para un total de:	$ 50.299.000.00

A folios 61 y 62 del cuaderno principal, la Contraloría General de la República emite el certificado de disponibilidad número 02 conforme al cual la cantidad de $ 9.336.500.000.00 que se generará por el desembolso de US$ 35.500.000.00, al cambio de $ 263.00 por cada dólar, constituye un recurso fiscal no incorporado al presupuesto y puede servir por tanto de base para la apertura de créditos adicionales conforme al ordinal 2º del artículo 101 del Decreto-ley 294 de 1973; que el cómputo del presupuesto de rentas e ingresos para gastos, según

el Decreto 2424 de diciembre 18 de 1987, fue de $ 1.239.422.651.000.00; que el 25% de esta suma de acuerdo con el artículo 100 del Decreto-ley 294 de 1973 es de $ 309.855.662.750.00; que deducido el presente certificado queda aún un saldo de $ 299.738.543.060.90 (fl. 62).

El Departamento Nacional de Planeación en comunicación de 28 de enero de 1988, dirigida al doctor Juan Guillermo Serna Valencia, expresa que ese Departamento Nacional de Planeación, emite concepto favorable sobre la adición de $ 780.619.689.000.10 moneda corriente, al presupuesto de ingresos del Gobierno Central y al presupuesto de gastos de la inversión del Ministerio de Defensa Nacional, para la presente vigencia fiscal, la que deberá efectuarse de la siguiente manera:

Presupuestos de Renta y Recursos de Capital.

Recursos del Crédito Externo.

Equivalente en pesos al 75% del valor del contrato de suministro y financiación número 01-CEITE-DADQ-SI-87-ISREX-Israel General Trading Co., Ltd,; el 1º de septiembre de 1987, $ 780.619.689.000.10.

Presupuesto de Gastos de Inversión.

Ministerio de Defensa Nacional

Capítulo 01 Dirección Superior

Programa 1301

Artículo 5752 A

Proyecto

1. A favor del Ministerio de Defensa Nacional en calidad de aporte equivalente a parte del valor de los suministros relacionados con el contrato 01-CEITE-DADQ-SI-87 con destino al Ejército Nacional $ 780.619.000.10.

A folios 53 y 54 aparece el certificado de disponibilidad número 04, emitido por la Contraloría General de la República, en el cual se dice que la cantidad de $ 4.428.160.000.00 moneda corriente, que generará el desembolso de US$ 17.0 millones de dólares a un cambio de $ 260.48 moneda corriente, por dólar constituye un recurso fiscal no incorporado al presupuesto y que por tanto puede servir de base para la reapertura de créditos adicionales.

Con base en el numeral 2º del artículo 101 del Decreto 294 de 1973, agrega que el cómputo de las rentas e ingresos para gastos de acuerdo con el Decreto de liquidación número 2424 de diciembre 18 de 1987, fue de $ 1.239.422.651.000.00 pesos moneda corriente; que el 25% de esta suma de acuerdo con el artículo 100 del mismo Decreto 294 es de $ 309.855.662.750.01 moneda corriente, que deducido el presente certificado quedará un saldo de $ 293.845.710.060.90.

El Departamento Nacional de Planeación (fl. 63), también conceptúa favorablemente sobre la adición presupuestal de $ 9.336.500.000.00 moneda corriente, del presupuesto de ingresos del Gobierno Central y al presupuesto de gastos de inversión del Ministerio de Defensa Nacional para la vigencia actual la que deberá efectuarse en la siguiente forma:

Presupuesto de Gastos de Inversión.

Ministerio de Defensa Nacional

Capítulo 01 Dirección Superior

Programa 1301 Defensa y Seguridad

Artículo 5752 A Adquisición y Dotación de equipo Militar

Proyecto

1. A favor del Ministerio de Defensa Nacional en calidad de aporte, destinados a la adquisición de helicópteros para la Fuerza Aérea Colombiana $ 9.336.500.000.00.

A folio 76 hay una certificación del señor Ministro de Defensa en la cual se declara que el requerimiento para la Fuerza Aérea es de helicópteros que serán utilizados en actividades de seguridad interna incluídas las que se desarrollan contra narcóticos y terrorismo, y para la búsqueda y rescate de personal civil o militar en desastres.

El Departamento Nacional de Planeación el 4 de febrero de 1988, por conducto del Jefe de Inversiones Públicas se dirige al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público doctor Luis Fernando Alarcón Mantilla, en la cual le envía los documentos que a continuación se relacionan con el fin de tramitar el Primer Crédito Adicional del año en curso, así:

Listado por proyectos en sus respectivos Diskette; justificación económica y relación de proyectos de inversión en Territorios Nacionales, incluidos en esta adición presupuestal, y aprobación del Departamento Nacional de Planeación firmado por la doctora María Mercedes de Martínez en relación con la adición al Presupuesto Nacional del año en curso. El CONPES mediante documento número DNP-2-324-UIP de mayo 26 de 1987, aprobó el presupuesto de inversión para 1988, por un valor de $ 377.1 mil millones de los cuales se hizo apropiación en el presupuesto de 1988, por la suma de $ 181.9 mil millones financiados con bonos de la Ley 21, recurso de crédito externo y rentas de destinación específica, por lo cual quedó un faltante de $ 195.2 mil millones que corresponden al 51.8% del total programado, que debe ser financiado con recursos provenientes del crédito externo.

Se continúa diciendo en la justificación que la firma del Contrato de Empréstito por US$ 1.000 millones, se firmó en enero de este año, pero que esos recursos no fueron incorporados en el presupuesto inicial presentado al Congreso, por no reunir los requisitos exigidos en el artículo 11 del Decreto 294 de 1973, por todo lo cual se justifica el Crédito Adicional.

Agrega que entre los compromisos de la Nación se encuentra el pago de servicios personales y la financiación de gastos operativos ligados a aquellos, y los requerimientos de contrapartida por el crédito externo para asegurar los desembolsos y evitar los riesgos de pérdidas del recurso de origen externo; destaca que ese problema de desfinanciación afecta en gran medida a los programas de carácter social que son fundamentales para alcanzar las metas del plan de desarrollo del Gobierno especialmente en los sectores de Salud y Agricultura.

Dice que la situación era tan grave especialmente en lo concerniente al pago de servicios personales, que el Gobierno inició en los primeros días del año un proceso de concertación con entidades del sector Agropecuario, buscando fuentes alternativas de recursos, obteniéndose de dichas entidades contracréditos de proyectos financiados con rentas propias, cubriéndose de esta manera el pago de los servicios personales en el primer semestre. Agrega que el total contracreditado en el sector asciende a la suma de $ 1.405 millones de pesos moneda corriente, discriminado, así:

ICA	$ 555.0
INCORA	$ 604.0
INDERENA	$ 146.0
HIMAT	$ 100.0

Dice que ese mecanismo es insuficiente y que no alcanza a cubrir las necesidades del primer trimestre, por lo cual resulta indispensable contar con una fuente adicional de recursos en forma inmediata para garantizar el cubrimiento de las obligaciones correspondientes al primer trimestre del año en curso. Agrega que con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público obtuvo el 5 de febrero del año en curso de 1988, un certificado de disponibilidad de la Contraloría General de la República por el monto en pesos equivalente a US$ 17 millones provenientes de la recuperación del saldo no utilizado del crédito externo con el Chase Manhatan Bank de Londres, más sus intereses; y el Departamento Nacional de Planeación emite concepto favorable para la incorporación de estos recursos en el presupuesto de inversión respondiendo a la solicitud del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, con la siguiente programación:

Programa	*Millones de pesos*
—Desarrollo Rural Integrado DRI	955.2
—Desarrollo de Investigación y Producción Agrícola	894.6
—Investigación, Manejo, Administración y Aprovechamiento de los Recursos Naturales Renovables	323.7
—Desarrollo Social Campesino	221.3

Programa	*Millones de pesos*
—Desarrollo de la Investigación y Producción Pecuaria	238.5
—Atención a las Personas	563.5
—Recursos Humanos e Investigación	175.0
—Plan de Acción Urbana y Regional de la Costa Pacífica - PLADEICOP	67.0
—Otros	573.0
TOTAL:	4.011.8

El detalle de la programación sectorial y por programas en la adición al Presupuesto Nacional es el siguiente:

Ministerio de Salud	*Millones de pesos*
—Dirección Superior	520.5
—INAS	82.0
—FNH	45.0
—SEM	97.0

Estos recursos se orientan a cubrir los tres primeros meses de servicio personal y suministros de drogas, sales de rehidratación oral, elementos de diagnóstico, etc., dentro de la actual política de salud. Además, para contar con los desembolsos del Crédito Externo se busca cubrir los tres primeros meses de requerimiento de contrapartida del proyecto de consolidación del Sistema Nacional de Salud.

En la Dirección Superior se atenderán programas de salud preventivas como proyectos de vacunación masiva, materno infantil, control de enfermedades diarreica y tuberculosis. En zonas de rehabilitación se continuará con programas de cómo sobrevivir, atención primaria en salud y control de malaria y fiebre amarilla. Los recursos asignados al Instituto Nacional de Salud se destinarán a proyectos de financiación biológicos y servicios básicos de laboratorios para asegurar dotación de reactivos y equipos de diagnósticos.

Ministerio de Gobierno	*Millones de pesos*
—Fondo de Desarrollo Comunal	55.0

Estos recursos se destinarán a atender las necesidades primarias de las comunidades marginadas orientados fundamentalmente a la promoción, capacitación y organización comunitaria.

Departamento de Planeación	*Millones de pesos*
—Corporaciones Regionales	457.5

Los recursos programados se destinan al pago de servicios personales y de contrapartida de crédito externo para garantizar en el primer trimestre el cumplimiento de los compromisos adquiridos en relación

con proyectos de desarrollo económico nacional destacándose entre otros el Desarrollo Integral Rural —DIAR—; Ayuda Agrícola Integral, conservación y extensión de los recursos naturales renovables; administración y manejo integral de las cuencas hidrográficas; adecuación de esteros y la investigación y producción agrícola en zonas del Plan Nacional de Rehabilitación.

Ministerio de Desarrollo	*Millones de pesos*
—Artesanías de Colombia	20.0
—Instituto de Investigación Tecnológica	25.0

Estos recursos se orientan a impulsar el desarrollo agroindustrial y microempresarial para contribuir al fortalecimiento de la industria nacional.

En Artesanías de Colombia, los recursos financiarán los servicios personales de los proyectos de capacitación y asistencia técnicas a los artesanos, y de promoción y fomento comercial, con el propósito de involucrar tanto a las zonas de resguardo indígena como a las áreas fronterizas, dentro del Plan Nacional de Rehabilitación.

El Instituto de Investigaciones Tecnológicas dirigirá sus recursos al pago de los servicios personales correspondientes al primer trimestre, en proyectos de investigación, selección y adaptación de técnicas de análisis que sirvan de apoyo a la agroindustria.

Ministerio de Agricultura	*Millones de pesos*
—Dirección Superior	170.7
—ICA	888.8
—INCORA	160.0
—INDERENA	359.9
—HIMAT	100.0
—FONDO DRI	955.2

Estos recursos complementarán la partida correspondiente a los contracréditos mencionados para cubrir los requerimientos trimestrales de servicios personales y de gastos operativos de proyectos prioritarios tales como adquisición, adjudicación y titulación de tierras en las zonas del Plan Nacional de Rehabilitación; irrigación veredal en regiones campesinas del Plan Nacional de Investigación Agropecuaria, DRI y manejo de los Recursos Naturales Renovables.

Los recursos asignados a la Dirección Superior se destinarán al fortalecimiento de la capacidad técnica del sector agropecuario.

Con los recursos programados para el ICA se financiará al Plan Nacional de Investigación Agropecuaria "PLANIA", actividades de fomento y servicios tales como el control de la fiebre aftosa, rabiobovina y erradicación de la mosca de las frutas y de sanidad animal y vegetal, dándose prioridad a las investigaciones en productos de la canasta familiar y de exportación.

Los recursos previstos para el INCORA, se orientarán a apoyar la actividad del Instituto en el marco de la reforma agraria y en programas de capacitación campesina.

El monto asignado al INDERENA, se orientará a la atención de programas de investigación y fomento forestal y pesquero, sistemas de parques nacionales, administración de bosques, pesca y fauna. Adicionalmente cubrirá la financiación de gastos relacionados con la compra de insumos para viveros y estaciones de acuicultura cuyo objeto es la producción de plántulas, alevinos y material genético.

Los recursos asignados al HIMAT, financiarán los requerimientos de servicios personales de las divisiones de ingeniería y adecuación de tierras y de redes, cubrirán los proyectos de hidrometeorología e irrigación veredal, para garantizar el mantenimiento y operación de las redes hidrometeorológicas y apoyo a los distritos de riego y adecuación de tierra.

Los recursos adicionales para el DRI se orientan básicamente a atender los servicios personales y gastos de operación del primer trimestre para garantizar el desarrollo de los programas de asistencia médica a usuarios campesinos, pescadores, artesanos, tenderos detallistas de plazas y tiendas veredales y se financiará programas de apoyo a la producción y mercadeo de alimentos.

Ministerio de Educación	*Millones de pesos*
—COLCIENCIAS	8.0
—INCI	5.0
—INSOR	2.0
—COLCULTURA	23.0

Los recursos asignados a este Ministerio se orientan a cubrir los requerimientos mínimos de servicios personales en los programas de asistencia a limitados físicos, investigación y divulgación científica y cultural.

Los recursos asignados a Colciencias, se destinarán a cumplir el convenio con la Universidad Nacional para continuar con la investigación en Ingeniería Marítima y Pesquera y en formación de profesionales.

El INSOR orientará los recursos a adelantar la campaña de detección y diagnóstico de la sordera en desarrollo del programa de rehabilitación para limitados auditivos.

En el Instituto Nacional para Ciegos los recursos asignados se dirigirán a la prestación de servicios de asistencia, adaptación y rehabilitación del limitado visual.

Los recursos asignados a Colcultura se orientarán al pago de los salarios del primer trimestre de los integrantes de la Orquesta Sinfó-

nica de Colombia, Escuela Nacional de Arte Dramático y Escuela de Conservación y Museología y dotación de la Universidad Nacional.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística	*Millones de pesos*
—DANE	28.0

Los recursos asignados al DANE se destinarán a proyectos relacionados con estudios de propósitos múltiples y publicación de información estadística.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público	*Millones de pesos*
—Dirección Superior	10.0

Estos recursos se orientarán a garantizar la continuidad del programa de modernización de la información y procesamiento de datos del presupuesto nacional.

Inversión en Territorios Nacionales	*Millones de pesos*
INDERENA	12.800
DRI	1.499
SEM	36.000

Por otra parte, los créditos adicionales que se abre en el presupuesto de gastos de funcionamiento por valor de $ 416.3 millones y de inversión por valor de $ 4.011.8 millones asignados a diferentes organismos de la Administración Pública, son imprescindibles para la normal operación de las entidades oficiales beneficiadas con los créditos adicionales ya que diferentes proyectos, incluídos los programas de desarrollo económico y social del Gobierno Nacional, se encuentran para la vigencia de 1988, sin la adecuada financiación, siendo de carácter urgente la apertura de estas adiciones con el fin de no ver paralizadas acciones específicas del Gobierno en fuentes sociales y económicas.

La adición para el Ministerio de Defensa Nacional para adquisición y dotación de equipo militar asciende a un total de $ 10.117.1 millones correspondientes a créditos externos. Y con respecto a la incorporación en el presupuesto de los recursos originados en el acuerdo de transacción con el Chase Manhatan Bank afirma el Ministro que "debe tenerse en cuenta que la inversión pública de 1988, está pendiente de adicionar con los recursos del crédito CONCORD que aún está en proceso de perfeccionamiento y trámite con el grupo de bancos extranjeros comprometidos en esta operación".

Anuncia que en el presupuesto hay desfinanciamiento de los proyectos de inversión y que una vez se cuente con el dinero proveniente con el crédito contratado, el Gobierno volverá a recurrir al expediente de créditos adicionales para dejar debidamente financiados los programas de inversión contratados en el Plan de Desarrollo Económico y Social.

El proyecto de Decreto se hace con base en los certificados de disponibilidad que la Contraloría General de la República expidió, así:

1. de enero 29 de 1988 por valor de	$ 780.619.689.10
2. de enero 29 de 1988 por valor de	$ 9.336.500.000.00
3. de febrero de 1988 por valor de	$ 4.428.160.000.00

El artículo 1º del Decreto adiciona el presupuesto de rentas y recurso de capital en la suma de $ 14.545.279.689.10 moneda corriente, que suman los anteriores certificados de disponibilidad los cuales se incorporan en el presupuesto de rentas y recursos de capital así:

Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital	
Ingresos no tributarios	
Numeral 97 A	$ 4.428.160.000.00
Numeral 111	780.619.689.10
Numeral 112	9.336.500.000.00
SUMAN LOS RECURSOS	$ 14.545.279.689.10

Con base en los recursos anteriores se abrieron créditos adicionales para la misma vigencia fiscal de 1988, así:

Contraloría General de la República	
Dirección Superior y Administrativa	$ 20.000.000.00
Departamento Administrativo de la Presidencia de la República	
Dirección General	100.315.000.00
Ministerio de Hacienda y Crédito Público	
Dirección Superior, Transferencias y Gastos Generales	106.100.000.00
Ministerio de Desarrollo Económico	
Dirección Superior, Servicios Personales, Gastos Generales	8.821.000.00
Ministerio de Educación Nacional	
Dirección Superior y Transferencias	32.749.000.00
Registraduría Nacional del Estado Civil	
Servicios Personales y Transferencias	44.375.000.00

Rama Jurisdiccional	
Gastos Generales	102.000.000.00
Ministerio Público	
Gastos Generales	2.000.000.00
TOTAL CREDITOS ADICIONALES PRESUPUESTO DE FUNCIONAMIENTO	$ 416.360.000.00
Presupuesto de Inversión	
Ministerio de Defensa Nacional	
Dirección Superior	
Defensa y Seguridad	
Adquisición y dotación de equipo militar.	
RECURSOS: Crédito externo. Valor del contrato de suministro y financiación número 01-CEITE-DADQ-SI-87 suscrito entre la República de Colombia y la firma "ISREX" Israel General Trading Co. Ltd. septiembre 1º de 1987.	
PROYECTO 1: A favor del Ministerio de Defensa en calidad de aporte, equivalente a parte del valor de los suministros relacionados con el contrato 01-CEITE-DADQ-SI-87 con destino al Ejército Nacional.	$ 780.619.689.10
RECURSO: Crédito externo. Contrato de préstamo entre la República de Colombia y el First Interstate Bank Of. California de noviembre 10 de 1987.	
PROYECTO 2: A favor del Ministerio de Defensa Nacional en calidad de aporte, destinado a la adquisición de helicóptero para la Fuerza Aérea Colombiana.	9.336.500.000.00
TOTAL CREDITOS ADICIONALES MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL	$ 10.117.119.689.10
Departamento Nacional de Planeación	
Corporación Autónoma Regional del Cauca,	
General de Energía Eléctrica,	
Planta Hidroeléctricas,	

Microcentral López Puerto Sergio,

Plan de Acción Urbana y Regional de la Costa Pacífica,

Infraestructura Vial,

Adecuación de Esteros,

Flota de Cabotaje,

Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge,

Infraestructura Física de Salubridad,

Construcción, Ampliación y Mejoras, Sistemas Urbanos y Obras Sanitarias,

Construcción del Sistema de Alcantarillado Urbano de Monte Líbano, Córdoba,

Desarrollo de la Investigación y Producción Agrícola,

Investigaciones Agropecuarias,

Sistemas de Producción Integral al Minifundista,

Corporación Autónoma Regional del Quindío,

Hidrología y Meteorología,

Redes Meteorológicas,

Sostenimiento de Estaciones Hidroclimatológicas y Adquisición de Equipos,

Control y Protección de los Recursos Naturales Renovables y Servicios de Apoyo,

Control y Protección,

Conservación y Extensión de los Recursos Naturales Renovables,

Investigación, Manejo, Administración y Aprovechamiento de los Recursos Naturales Renovables,

Investigación y Fomento Pesquero y Faunístico,

Investigación y Fomento Psicícola,

Corporación Regional para el Desarrollo de Urabá,

Desarrollo de la Investigación y Producción Agrícola,

Adecuación de Tierra-Colonización,

Fomento y Crédito Agropecuario,

Ayuda Agrícola Integral,

Obras Complementarias en Infraestructura,

Programa de Comercialización y Postcosecha,

Plan de Desarrollo de Urabá,

Infraestructura Física de Servicios,

Infraestructura Física de Apoyo para el Desarrollo de la Economía Campesina,

Corporación Autónoma para la Defensa de las Ciudades de Manizales, Salamina y Aranzazu,

Investigación, Manejo, Administración y Aprovechamiento de los Recursos Naturales Renovables,

Investigación y Fomento Pesquero y Faunístico,

Protección, Ordenamiento y Manejo de Aguas y Suelos en Zonas Inestables del Departamento de Caldas,

Corporación Nacional para el Desarrollo del Chocó,

Plan de Inversiones en el Departamento del Chocó,

Fomento del Desarrollo Regional,

Desarrollo Integral Agrícola y Rural,

Plan de Acción Urbano y Regional de la Costa Pacífica, Infraestructura Vial, Construcción Caminos Vecinales, Investigación y Producción Agropecuaria, Actividades de Producción y Desarrollo

Pider-Chocó-Plaidecop, Corporación de Defensa de la Meseta de Bucaramanga, Investigación, Manejo, Administración y Aprovechamiento de los Recursos Naturales Renovables,

Manejo Integrado de los Recursos Naturales Renovables,

Manejo Integral de la Cuenca Superior del Río Lebrija,

Corporación Autónoma Regional del Tolima,

Desarrollo de la Investigación y Producción Agrícola,

Estudios, Diseño y Construcción de Distrito de Riegos y Drenajes,

Distrito de Riego Guamo,

Investigación, Manejo, Administración y Aprovechamiento de los Recursos Naturales Renovables,

Manejo Integrado de los Recursos Naturales Renovables,

Plan de Manejo de la Cuenca del Río Combeima,

Plan de Administración y Manejo Integral de la Cuenca del Río Saldaña,

Corporación Autónoma Regional del Risaralda,

Control de la Erosión,

Control de la Erosión en Zonas Urbanas,

Control de la Erosión Zonas de Peligros o Desastres,

Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo de Nariño,

Desarrollo de la Investigación y Producción Agrícola,

Obras Complementarias en los Distritos de Riego,

Obras de Riegos en Laderas,

Investigación, Manejo, Administración y Aprovechamiento de los Recursos Naturales Renovables,

Manejo Integrado de los Recursos Naturales Renovables,

Manejo Integral de la Cuenca del Río Pasto,

Manejo Integral de la Cuenca del Río Guaitara y Río Blanco,

Fomento del Sector Industrial,

Fomento para Pequeña y Mediana Industria,

Contrapartida Fondo Financiero Corponariño,

Plan de Acción Urbano y Regional de la Costa Pacífica,

Producción Pesquera,

Puerto Pesquero Tumaco,

Corporación Autónoma Regional de la Guajira,

Integración y Desarrollo de Comunidades Indígenas,

Planeación y Desarrollo en Zonas Indígenas,

Construcción o Rehabilitación de Jagueyes. Habilitación de Molinos y Adecuación de Fuentes de Agua,

Corporación Autónoma Regional del Cesar,

Integración y Desarrollo de Comunidades Indígenas,

Construcción y Dotación de Centros Indígenas,

Apoyo Integral a las Comunidades Indígenas,

Planeación y Desarrollo en Zonas Indígenas,

Fomento a Cultivos de Pancoger y Riegos en Laderas,

Investigación, Manejo, Administración y Aprovechamiento de los Recursos Naturales Renovables,

Manejo Integrado de los Recursos Naturales Renovables,

Ordenamiento y Manejo Integral de la Cuenca del Río Cesar,

Ordenamiento y Manejo de Aguas y Suelos,

Diseño de Presas de Tierras para Pequeños Lagos,

Corporación para la Reconstrucción del Cauca,

Desarrollo de la Investigación y Producción Agrícola,

Estudios, Diseños y Construcción de Distritos de Riegos y Drenajes,

Construcción Distritos de Riegos,

Fomento del Sector Industrial,

Fomento para Pequeña y Mediana Industria,

Apoyo a Pequeños Proyectos Productivos.

TOTAL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION $ 457.500.000.00

Departamento Administrativo Nacional de Estadística

Fondo Rotatorio del Dane,

Información y Procesamiento de Datos,

Encuestas,

Diseño Muestras Nacionales,

Investigaciones Técnico Estadística,

Publicación de la Información Estadística,

Estudios y Encuestas de Propósitos Múltiples,

Servicio Nacional de Inscripción,

Registro Nacional de Personas,

TOTAL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADISTICA $ 28.000.000.00

Ministerio de Gobierno

Fondo de Desarrollo Comunal,

Desarrollo de Comunidades,

Servicios Comunitarios,

Asistencia Técnica de la Digidec,

Integración de Servicios y Participación Comunitarias en Zonas Marginales Urbanas,

Servicios Públicos,

Centro Comunitario Integrado Distrito Agua Blanca, Cali.

TOTAL MINISTERIO DE GOBIERNO $ 55.000.000.00

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Dirección Superior,

Información y Procesamiento de Datos,

Desarrollo de Sistemas de Información,

Sistematización del Presupuesto Nacional en la Dirección General del Presupuesto, Bogotá, D. E.

TOTAL MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO $ 10.000.000.00

Ministerio de Agricultura

Dirección Superior,

Desarrollo de la Investigación y Producción Agrícola,

Investigaciones Agropecuarias,

Contratos de Cooperación Técnica entre Minagricultura y IICA-OEA,

Por Estudio Técnico y Asesoría en el Area de Planificación Agropecuaria y Desarrollo Rural,

Fortalecimiento de la Capacidad Planificadora. Estudios Sectoriales del Nivel Nacional y Sectorial. Distribución Previo Concepto DNP,

Asistencia Técnica Agrícola,

Coordinación y Evaluación Plan Nacional de Rehabilitación a través del Fondo de Fomento Agropecuario-PNR,

Planificación Regional y Descentralización Administrativa,

Información y Procesamiento de Datos,

Desarrollo de Sistemas de Información,

Sistemas de Estadísticas Continuas a través del Fondo de Fomento Agropecuario,

Instituto Colombiano Agropecuario ICA,

Desarrollo de la Investigación y Producción Agrícola,

Investigaciones Agropecuarias,

Direcciones Agrícolas Contrapartida Préstamo Directo, Plania-Birf,

Algodón Contrapartida Préstamo Directo,

Arroz Contrapartida Préstamo Directo,

Cacao Contrapartida Préstamo Directo,

Caña Panelera Contrapartida Préstamo Directo,

Cereales Menores Contrapartida Préstamo Directo,

Hortaliza Contrapartida Préstamo Directo,

Leguminosas de Granos y Oleaguinosas Anuales Contrapartida Préstamo Directo,

Maíz y Sorgo Contrapartida Préstamo Directo,

Oleaguinosas Perennes Contrapartida Préstamo Directo,

Plátano Contrapartida Préstamo Directo,

Tuberosas Contrapartida Préstamo Directo,

Fitopatología Contrapartida Préstamo Directo,

Suelos Contrapartida Préstamo Directo,

Cultivos Asociados Contrapartida Préstamo Directo,

Fisiología Vegetal Contrapartida Préstamo Directo,

Manejo de Aguas Contrapartida Préstamo Directo,

Estadística y Biometría Contrapartida Préstamo Directo,

Coordinación Planeación Contrapartida Préstamo Directo,

Frutales Contrapartida Préstamo Directo,

Yuca y Ñame Contrapartida Préstamo Directo,

Despacho de la Subgerencia de Investigación Contrapartida Préstamo Directo,

Entomología Contrapartida Préstamo Directo,

Genética Vegetal Contrapartida Préstamo Directo,

Maquinaria Agrícola Contrapartida Préstamo Directo,

Procesos Agrícolas Contrapartida Préstamo Directo,

Economía Agraria Contrapartida Préstamo Directo,

Comunicaciones Contrapartida Préstamo Directo,

Construcción, Dotación y Manejo de Bodegas y Silos y Otras Instalaciones Agrícolas,

Adecuación y Dotación de Centros y Estaciones,

Manejo de Centros y Estaciones,

Dirección de Centros y Estaciones,

Obras Civiles, Equipos, Materiales y Vehículos,

Sanidad Vegetal,

Mosca de las Frutas,

Transferencia de Tecnología,

Centros Regionales de Extensión, Capacitación y Difusión Tecnológica,

Centros Regionales de Investigación, Capacitación y Difusión Tecnológica,

Desarrollo Social Campesino,

Extensión Agrícola,

Despachos Subgerencias de Fomentos y Servicios,

Direcciones Regionales de Fomentos y Servicios,

División de Divulgación,

División Estudios Regionales,

Capacitación y Desarrollo Social Campesino,

Capacitación de Postgrado,

Desarrollo de la Investigación y Producción Pecuaria,

Servicios Veterinarios y Sanidad Animal,

División de Sanidad Animal,

Control Aftosa a Nivel Nacional,

Campaña Tuberculosis y Rabia Bovina,

Prevención Peste Porcina Africana,

Centros de Diagnósticos,

Servicio Regional de Sanidad Animal,

Convenios (Colombo-Ecuatoriano, Colombo-Brasilero, EPIZOOTIAS, Centro Panamericano Aftosa y OPS),

Investigación Pecuaria,

Ganado de Carne,

Ganado de Leche,

Avicultura,

Pastos y Forrajes,

Medicina Veterinaria Preventiva,

Fisiología y Genética Animal,

Ganado de Doble Propósito (Carne y Leche),

Convenios de Investigación Pecuaria (Colombo-Alemán),

Direcciones y Divisiones Pecuarias,

Nutrición Animal,

Enfermedades Vesiculares,

Patología Animal,

Microbiología,

Instituto Colombiano de la Reforma Agraria,

Desarrollo Social Campesino,

Adquisición y Adjudicación de Tierras,

Titulación de Tierras. Plan Nacional de Rehabilitación,

Adquisición, Adjudicación y Titulación de Tierra,

Adquisición y Adjudicación de Tierras Plan Nacional de Rehabilitación,

Capacitación y Desarrollo Social Campesino,

Capacitación Campesina,

Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente,

Investigación, Manejo, Administración y Aprovechamiento de los Recursos Naturales Renovables,

Investigación Forestal,

Investigación de Pesquería,

Red de Estaciones de Acuicultura,

Investigaciones Faunísticas,

Red Centro de Fauna,

Control Nacional de Investigaciones Ecológicas la Suiza,

Modelos de Investigación Aereoforestal PNR,

Sistemas Parques Nacionales,

Parques Zonas Central y Territorios Nacionales,

Parques Zona Atlántica,

Parques Zonas Sur Occidental y Pacífico,

Parques Zonas Occidental,

Parques Zonas Oriental,

Parque Nacional Natural Los Katíos,

Sistema Información Medio Ambiente,

Centro de Documentación y Consulta,

Estadísticas Ambientales,

Administración de Pesca y Fauna,

Administración de Pesca,

Administración de Fauna,

Comunidades Pesqueras Artesanales,

Desarrollo de Tecnología de Conservación en Frío,

Ordenamiento Pesquero,

Plan de Ordenamiento Camaronero,

Administración de Bosque,

Administración de Bosques Naturales,

Administración de Plantaciones Forestales,

Recursos Genéticos Forestales,

Control y Monitoreo de los Recursos Naturales Renovables en el Plan Nacional de Rehabilitación PNR,

Control y Monitoreo Recursos Naturales,

Administración de Cuencas Hidrográficas,

Administración Cuencas Hidrográficas Alto Magdalena,

Ordenamiento Cuencas Hidrográficas,

Protección y Defensas de Cuencas Fridecu-Contrapartida Cooperación Técnica-Cida,

Protección y Defensa de Cuencas Fridecu-PNR,

Gestión Ambiental,

Planificación Ambiental,

Evaluación y Monitoreo de Megaproyectos,

Evaluación Impacto Ambiental Procesos Extractivos,

Educación y Divulgación Ambiental,

Educación Ambiental,

Divulgación Ambiental,

Control y Vigilancia,

Protección y Control,

Control Especializado Ambiental,

Ordenamiento Ambiental,

Bases para el Ordenamiento Ambiental,

Reglamentación y Normatización Ambiental,

Formulación y Evaluación de Estudios Ecológicos y Ambientales,

Ordenamiento Ambiental Municipal,

Conservación de Microcuencas Veredales y Municipales,

Monitoreo Calidad Ambiental y Administración de Aguas,

Monitoreo de Estudios de Impacto Ambiental,

Control Aprovechamiento Recurso Hídrico,

Red Nacional Calidad Ambiental,

Servicio de la Deuda e Inversiones Financieras,

Aportes a Particulares y Organismos Nacionales,

Aporte a Confi-Corporación Nacional de Investigaciones Forestales,

Instituto Colombiano de Hidrología Meteorológica y Adecuación de Tierras y Mar,

Desarrollo de la Investigación y Producción Agrícola,

Estudios, Diseños y Construcción de Distritos de Riegos y Drenaje,

División de Ingeniería y Adecuación de Tierras,

Proyectos Pequeña Irrigación,

Hidrología y Meteorología,

Redes Meteorológicas,

División de Redes,

Hidrometeorología Regional,

Fondo de Desarrollo Rural Integrado DRI,

Desarrollo Tecnológico,

Desarrollo Tecnológico Plan Nacional de Investigación Agropecuaria Transferir al ICA,

Desarrollo Tecnológico Bolívar,

Desarrollo Tecnológico Magdalena,

Desarrollo Tecnológico Norte de Santander,

Desarrollo Tecnológico Caldas,

Desarrollo Tecnológico Huila,

Desarrollo Tecnológico Tolima,

Desarrollo Tecnológico Meta,

Desarrollo Tecnológico División Campesino Transferir al ICA,

Desarrollo Tecnológico Plan Nacional de Semillas Transferir al ICA,

Desarrollo Tecnológico Atlántico,

Desarrollo Tecnológico Quindío,

Desarrollo Tecnológico Risaralda,

Desarrollo Tecnológico Valle del Cauca,

Desarrollo Tecnológico Sucre,

Desarrollo Tecnológico Nariño,

Desarrollo Tecnológico Cundinamarca,

Desarrollo Tecnológico Antioquia,

Desarrollo Tecnológico Cauca,

Desarrollo Tecnológico Córdoba,

Desarrollo Tecnológico Guajira,

Desarrollo Tecnológico Cesar,

Desarrollo Tecnológico Boyacá,

Desarrollo Tecnológico Santander,

Desarrollo Tecnológico Administración Central Transferir al INCORA,

Crédito Agrícola,

Crédito Nivel Nacional-Crédito Agrícola, Transferir a la Caja Agraria,

Mercadeo,

Sistemas de Información de Precios y Mercados. Transferir al Cecora,

Capacitación y Organización,

Capacitación y Organización para la Comercialización, Transferir al Sena,

Capacitación y Organización para la Comercialización Transferir al Sena,

Organización y Capacitación para la Comunidad Transferir al Sena,

Organización y Capacitación para la Comunidad Transferir al Sena,

Promoción y Capacitación Organizativa de la Comunidad Fase 1 Transferir al Sena,

Promoción y Capacitación Organizativa para Comercialización Fase 1 Transferir al Sena,

Organización y Capacitación de la Comunidad Transferir al Sena (Boyacá, Santander),

Promoción y Capacitación Organizativa de la Comunidad Transferir al Sena,

Promoción y Capacitación Organizativa para la Comercialización BID, Transferir al Sena,

Organización y Capacitación para la Comunidad (Quindío, Risaralda, Caquetá y Valle), Transferir al Sena,

Promoción y Capacitación Organizativa para la Comercialización Campesina de Quindío, Valle, Risaralda y Caquetá, Transferir al Sena,

Promoción, Capacitación e Integración Regional de Servicios Cooperativos para el Campesino, Transferir al FES,

Fortalecimiento Regional de la Organización y Participación en los Comités DRI. Nivel Nacional Transferir al Sena,

Capacitación y Organización para la Comercialización, Transferir a Financiacoop,

Recursos Naturales,

Recursos Naturales Huila, Transferir a la Universidad Sur Colombiana,

Recursos Naturales Meta, Transferir Inderena, Estación Piscícola las Terrazas,

Recursos Naturales Huila, Transferir al Comité de Cafeteros,

Recursos Naturales Administración Central, Transferir Inderena,

Recursos Naturales Tolima, Transferir a Cortolima,

Recursos Naturales Meta, Transferir a la Universidad Tecnológica Llanos Orientales,

Recursos Naturales Bolívar, Transferir Inderena Estación Pesquera de San Cristóbal,

Recursos Naturales Caldas, Transferir al Comité de Cafeteros,

Recursos Naturales Magdalena, Transferir a Corfas,

Recursos Naturales Tolima, Transferir al Comité de Cafeteros,

Recursos Naturales Atlántico, Transferir a Corfas,

Recursos Naturales Bolívar, Transferir a Corfas,

Recursos Naturales Caldas, Transferir Inderena Vivero La Gloria,

Recursos Naturales Cauca, Transferir a la C.R.C.,

Recursos Naturales Nariño, Transferir al Corponariño,

Recursos Naturales Atlántico, Transferir Inderena Estación Piscícola de Repelón,

Recursos Naturales Antioquia, Transferir a Cornare,

Recursos Naturales Norte de Santander, Transferir a Corponor,

Recursos Naturales Boyacá Transferir a la CAR,

Recursos Naturales Cundinamarca, Transferir al Comité de Cafeteros de Cundinamarca,

Recursos Naturales Nivel Nacional, Transferir Previo Concepto DNP,

Recursos Naturales Boyacá Transferir Secretaría de Fomento Agrícola y Ganadero,

Recursos Naturales Boyacá Transferir Universidad Tecnológica de Tunja,

Recursos Naturales Santander, Transferir a la Secretaría de Agricultura,

Recursos Naturales Santander, Transferir Estación Piscíloca San Silvestre Inderena,

Recursos Naturales Guajira, Transferir a Corpoguajira,

Recursos Naturales Cesar, Transferir a Corpocesar,

Recursos Naturales Córdoba, Transferir a C.V.S.,

Recursos Naturales Sucre, Transferir a C.V.S.,

Administración y Coordinación,

Administración y Coordinación DRI,

Administración y Coordinación Antioquia,

Administración y Coordinación Atlántico,

Administración y Coordinación Bolívar,

Administración y Coordinación Boyacá,

Administración y Coordinación Caldas,

Administración y Coordinación Cauca,

Administración y Coordinación Córdoba,

Administración y Coordinación Huila,

Administración y Coordinación Magdalena,

Administración y Coordinación Meta,

Administración y Coordinación Nariño,

Administración y Coordinación Norte de Santander,

Administración y Coordinación Risaralda,

Administración y Coordinación Santander,

Administración y Coordinación Tolima,

Administración y Coordinación Sucre,

Administración y Coordinación Valle,

Administración y Coordinación Cundinamarca,

Administración y Coordinación Capacitación Técnica Desarrollo Rural,

Administración y Coordinación Cesar,

Administración y Coordinación Guajira,

Administración y Coordinación Caquetá,

Administración y Coordinación Quindío,

Administración y Coordinación,

Crédito y Asistencia Técnica en Mercadeo,

Crédito y Asistencia Técnica en Mercadeo Nivel Central, Transferir a Financiacoop,

Crédito y Asistencia Técnica en Mercadeo Nivel Central, Transferir a Financiacoop,

Asistencia Técnica en Mercadeo Nivel Central Ampliación Brif Fase 1 Transferir a Cecora,

Asistencia Técnica en Mercadeo Nivel Nacional, Transferir a Cecora,

Asistencia Técnica y Crédito en Mercadeo Boyacá-Santander, Transferir a Cecora,

Asistencia Técnica en Mercadeo, Nuevas Areas DRI,

Desarrollo con la Mujer Campesina,

Desarrollo con la Mujer Campesina Boyacá, Transferir al ICA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Caldas, Transferir al Comité de Cafeteros Caldas,

Desarrollo con la Mujer Campesina Cauca, Transferir al ICA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Cundinamarca, Transferir al ICA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Antioquia, Transferir al ICA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Nariño, Transferir al ICA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Santander, Transferir al ICA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Córdoba, Transferir al ICA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Sucre, Transferir al ICA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Tolima, Transferir al ICA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Huila, Transferir al ICA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Meta, Transferir al ICA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Magdalena, Transferir al ICA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Norte de Santander, Transferir al ICA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Risaralda, Transferir al Comité de Cafeteros,

Desarrollo con la Mujer Campesina Bolívar, Transferir al INCORA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Sucre, Transferir al INCORA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Nariño, Transferir al INCORA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Valle del Cauca, Transferir al INCORA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Risaralda, Transferir al INCORA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Caldas, Transferir al INCORA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Magdalena, Transferir al INCORA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Valle del Cauca, Transferir a la CVC,

Desarrollo con la Mujer Campesina Boyacá-Santander, Transferir a Corfas,

Desarrollo con la Mujer Campesina Fondo Rotatorio de Crédito Asociativo Transferir a Corfas,

Desarrollo con la Mujer Campesina Guajira, Transferir a INCORA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Cesar, Transferir a INCORA,

Desarrollo con la Mujer Campesina, Córdoba, Sucre, Chocó, Guajira, Cesar Transferir a FES,

Desarrollo con la Mujer Campesina Cauca, Proyecto de Sustitución del Cultivo de la Coca, Transferir a ANDRI,

Desarrollo con la Mujer Campesina, Córdoba, Sucre, Chocó, Guajira, Cesar Transferir a Corfas,

Desarrollo con la Mujer Campesina Estudios y Capacitación Transferir a FES,

Desarrollo con la Mujer Campesina Quindío,

Desarrollo con la Mujer Campesina Antioquia Transferir a Secretaría de Agricultura,

Desarrollo con la Mujer Campesina Atlántico, Transferir al INCORA,

Desarrollo con la Mujer Campesina Tolima, Transferir a la Secretaría de Desarrollo,

Desarrollo con la Mujer Campesina Administración Central, Transferir al ICA,

Evaluación,

Evaluación Programa DRI, Caldas, Tolima y Risaralda,

Evaluación Programa DRI, Antioquia, Sucre, Córdoba, Atlántico, Bolívar y Magdalena,

Evaluación Programa DRI, Boyacá, Santander y Norte de Santander,

Evaluación Programa DRI, Meta, Huila, Cundinamarca,

Evaluación Programa DRI, Cauca, Nariño, Putumayo y Valle del Cauca,

Evaluación y Seguimiento Programa DRI, Nivel Central,

Saneamiento de Vivienda,

Saneamiento de la Vivienda Rural-Administración Central-CENTA Transferir al ICA,

Saneamiento de la Vivienda Rural Cauca Transferir al ICA,

Saneamiento de la Vivienda Rural Nariño Transferir al ICA,

Saneamiento de la Vivienda Rural Cundinamarca, Transferir al ICA,

Saneamiento de la Vivienda Rural Córdoba, Transferir al ICA,

Saneamiento de la Vivienda Rural Sucre, Transferir al ICA,

Saneamiento de la Vivienda Rural Tolima, Transferir al ICA,

Saneamiento de la Vivienda Rural Huila, Transferir al ICA,

Saneamiento de la Vivienda Rural Meta, Transferir al ICA,

Saneamiento de la Vivienda Rural Magdalena, Transferir al ICA,

Saneamiento de la Vivienda Rural Norte de Santander, Transferir al ICA,

Saneamiento de la Vivienda Rural Boyacá, Transferir al ICA,

Saneamiento de la Vivienda Rural Santander, Transferir al ICA,

Saneamiento de la Vivienda Rural Antioquia, Transferir al ICA,

Saneamiento de la Vivienda Rural Caldas, Transferir al Comité de Cafeteros,

Saneamiento de la Vivienda Rural Huila, Transferir al Comité de Cafeteros,

Saneamiento de la Vivienda Rural Nariño, Transferir al Comité de Cafeteros,

Saneamiento de la Vivienda Rural Tolima, Transferir al Comité de Cafeteros,

Saneamiento de la Vivienda Rural Risaralda, Transferir al Comité de Cafeteros,

Saneamiento de la Vivienda Rural Valle del Cauca, Transferir a la C.V.C.,

Saneamiento de la Vivienda Rural Tolima Transferir Secretaría de Agricultura Tolima,

Saneamiento de la Vivienda Rural Administración Central, Transferir al Incora,

Saneamiento de la Vivienda Rural Dirección General, Transferir Sena,

Saneamiento de la Vivienda Rural Administración Central, Transferir a ICA,

Saneamiento de la Vivienda Rural Administración Central, Transferir a FES,

Saneamiento de la Vivienda Rural Quindío,

Saneamiento de la Vivienda Rural Chocó, Transferir a Incora,

Saneamiento de la Vivienda Rural Guajira, Transferir a Incora,

Saneamiento de la Vivienda Rural Cesar, Transferir a Incora,

Saneamiento de la Vivienda Rural Antioquia, Transferir Secretaría de Agricultura de Antioquia,

Saneamiento de la Vivienda Rural Atlántico, Transferir a Incora,

Saneamiento de la Vivienda Rural Bolívar, Transferir a Incora,

Saneamiento de la Vivienda Rural Risaralda, Transferir a Incora,

Saneamiento de la Vivienda Rural Sucre, Transferir a Incora,

Saneamiento de la Vivienda Rural Valle del Cauca, Transferir a Incora,

Saneamiento de la Vivienda Rural Nariño, Transferir a Incora,

Saneamiento de la Vivienda Rural Magdalena, Transferir a Incora,

Saneamiento de la Vivienda Rural Nivel Central Provisión Agrícola, Transferir a la Caja Agraria,

Control y Monitoría,

Control y Monitoría Dri-Nivel Central,
Cespas,

Cespas-Nivel Nacional, Transferir Previo Concepto DNP,

Comercialización y Distribución de Alimentos,

Tiendas Veredales, Transferir a Corfas,

TOTAL MINISTERIO DE AGRICULTURA $ 2.633.800.000.00

Ministerio de Salud

Dirección Superior,

Atención a las Personas,

Atención Materno Infantil,

Atención Materno Infantil-EPA,

Control Enfermedad Diárreica Aguda-EPA,

Hospital la Misericordia, Mantenimiento del Programa de Atención Infantil,

Vigilancia y Control Epidemiológico,

Programa Nacional de Vigilancia Epidemiológica,

Vacunaciones Masivas,

Programa Nacional de Vacunaciones Masivas-EPA,

Control de Enfermedades Venéreas,

Control de Enfermedades Venéreas Nacional,

Control Enfermedades Transmisión Sexual-Sida Distribución Previo Concepto DNP,

Plan Nacional de Salud Rural,

Atención Primaria en Salud. Programa Nacional Erradicación Pobreza Absoluta-Distribución Previo Concepto DNP-EPA,

Atención Primaria en Salud. Programa Nacional. PNR-Distribución Previo Concepto DNP,

Atención Médica,

Control Tuberculosis,

Plan Nacional del Anciano, Distribución Previo Concepto DNP-EPA,

Fluoruración (Salud Oral), Rehabilitación Estomatología-EPA,

Infraestructura de Recursos Humanos e Investigación,

Formación Personal,

Desarrollo Administrativo,

Utilización y Planificación de Recursos Humanos,

Proyecto Consolidación Sistema Nacional de Salud-Subsistema de Información,

Subsistema de Planeación,

Investigaciones,

Proyecto Consolidación Sistema Nacional de Salud. Capacitación

Personal y Líderes Comunitarios,

Contrapartida Proyecto Consolidación S.N.S.-Coordinación y Cooperación Técnica,

Contrapartida Proyecto Consolidación S.N.S.-Subsistemas de Investigaciones, Infraestructura Física de Salubridad,

Saneamiento Básico Rural. Obras de Abastecimiento de Aguas y Alcantarillado,

Proyecto de Consolidación del Sistema Nacional de Salud. Abastecimiento de Aguas,

Mantenimiento y Dotación de Hospitales Infantiles,

Transferir al Hospital Lorencita Villegas de Santos,

Protección Especial al Menor,

Protección Preventivas al Menor y a la Familia,

Plan Nacional de Supervivencia y Desarrollo de la Infancia,

Instituto Nacional de Salud,

Atención a las Personas,

Vacunaciones Masivas,

Red Nacional de Laboratorios,

Servicios Básicos de Laboratorios,

Producción de Biológicos,

Servicios Básicos de Laboratorios,

Infraestructuras de Recursos Humanos e Investigación,

Investigaciones,

Investigación Epidemiológica,

Infraestructura Física de Salubridad,

Adquisición y Mantenimiento de Equipos Hospitalarios,

Mantenimiento Equipo de Laboratorio,

Fondo Nacional Hospitalario,

Infraestructura Física de Salubridad,

Adquisición y Mantenimiento de Equipos Hospitalarios,

Contrapartida Proyecto Consolidación S.N.S.-Construcción de Talleres y Mantenimientos Hospitalarios,

Contrapartida Proyecto Consolidación S.N.S.-Obras Civiles, Atención a las Personas,

Servicio de Erradicación de la Malaria-SEN,

Atención a las Personas,

Campaña Antimalárica,

Zona 2 Atlántico, Bolívar y Magdalena,

Zona 3 Cesar, Guajira y Magdalena,

Zona 4 Cesar, Magdalena, Sucre y Bolívar,

Zona 5 Antioquia, Córdoba y Sucre,

Zona 6 Antioquia y Chocó,

Zona 7 Antioquia y Chocó,

Zona 9 Cauca, Chocó y Valle del Cauca,

Zona 10 Nariño,

Zona 11 Cauca, Nariño y Putumayo,

Zona 12 Caquetá, Putumayo y Amazonas,

Zona 14 Antioquia, Boyacá, Caldas, Santander, Tolima y Cundinamarca,

Zona 15 Cundinamarca, Meta, Guainía, Vaupés y Vichada,

Zona 16 Bolívar, Cesar, Norte de Santander y Santander,

Zona 17 Boyacá, Norte de Santander y Arauca,

Zona 5 Antioquia, Córdoba y Sucre,

Zona 4 Cesar, Magdalena, Sucre y Bolívar,

Zona 5 Antioquia y Chocó,

Zona 8 Caldas, Cauca, Quindío, Risaralda y Valle,
Zona 15 Cundinamarca, Meta, Guainía, Vaupés y Vichada,

Campaña Contra la Fiebre Amarilla,

Zona 1 Bogotá,

Zona 2 Atlántico, Bolívar, Guajira, Magdalena y San Andrés y Providencia,

Zona 8 Caldas, Cauca, Quindío, Risaralda y Valle del Cauca,

Zona 17 Norte de Santander y Arauca.

TOTAL MINISTERIO DE SALUD: $ 744.500.000.00

Ministerio de Desarrollo Económico

Instituto de Investigaciones Tecnológica,

Investigación Tecnológica y Normalización,

Investigación Tecnológica y Asistencia Técnica,

Multinacional de Alimentos, Almidones, Proteínas y Lípidos,

Tecnología de Alimentos, Estudios Nuevos Procesos y Equipos,

Centro de Tecnología de Pláticos,

Química y Afines,

Materiales para Construcción,

Agroindustria,

Apoyo al Desarrollo Tecnológico Industrial,

Normas Técnicas,

Control de Calidad de Productos Alimenticios Químicos y Metálicos,

Adaptación y Desarrollo Tecnológico,

Servicio de Información Industrial-SINTAL,

Artesanías de Colombia,

Fomento de la Industria Artesanal,

Dotación, Operación y Mantenimientos de Centros Artesanales,

Dotación, Operación y Mantenimientos de Centros Artesanales,

Talleres Urbanos,

Grupos Rurales y Talleres Urbanos,

Asesoría Integral y Diseño,

Escuela Taller de Diseño,

Investigación Artesanal,

Investigaciones Comerciales y de Fomento.

TOTAL MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO: $ 45.000.000.00

Ministerio de Educación

Colcultura,

Desarrollo Cultural,

Conservación del Patrimonio Cultural,

Escuela de Conservación y Museología,

Biblioteca Nacional,

Difusión Cultural,

Orquesta Sinfónica de Colombia,

Escuela Nacional de Arte Dramático,

Instituto Nacional de Sordos,

Investigación y Divulgación Científica y Tecnológica,

Divulgación y Asistencia Técnica,

Investigación en Educación Especial y Rehabilitación del Sordo-Síndrome de Usher,

Capacitación y Crédito Educativo,

Formación y Capacitación Limitados Auditivos,

Talleres de Formación y Capacitación Limitados Auditivos,

Instituto Nacional para Ciegos,

Atención a las Personas,

Atención Médica,

Prevención de la Ceguera y Tratamiento Médico Oftalmológico, Capacitación y Crédito Educativo,

Formación y Capacitación Limitados Visuales,

Capacitación Técnica y Formación Artístico Cultural de Limitados Visuales,

Colciencias,

Investigación y Divulgación Científica y Tecnológica,

Fomento a Centros Investigadores,

Instituto de Investigaciones Marinas José Benito Vives de Andreis Invemar.

TOTAL MINISTERIO DE EDUCACION:	$ 38.000.000.00
TOTAL CREDITOS ADICIONALES PRESUPUESTO DE INVERSION:	$ 14.128.919.689.10
TOTAL CREDITOS ADICIONALES:	$ 14.545.279.689.10

Consideraciones de la Sala:

La Corporación cree que es oportuno fijar su criterio doctrinario en relación con la apertura del crédito suplemental o extraordinario que el Gobierno puede abrir al Presupuesto Nacional en curso, previo concepto favorable del Consejo de Estado, lo cual hace en los siguientes términos:

Estima la Corporación, en primer lugar, que para la apertura de estos créditos el Gobierno debe sujetarse y darle estricto cumplimiento a los artículos 207, 212 y 213 de la Constitución Nacional, así como a las normas del Decreto 294 de 1973, que contiene el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, especialmente a los artículos 98 a 114 y al Decreto reglamentario número 1529 de 26 de julio de 1978, de los artículos 107 y 114 del Decreto-ley 294 de 1973. En este caso, si bien inicialmente no se agregó toda la documentación completa ello se hizo posteriormente por parte del Gobierno nacional; es por ello que la Corporación pone énfasis en la necesidad de que la Administración dé estricto cumplimiento a las normas de la Constitución Nacional y de la ley.

Así mismo pone de presente su preocupación como se hizo ante el señor Ministro, por la falta de un programa de Planeación Nacional en el que se establezcan las prioridades del gasto público para evitar el desorden que fue advertido en el curso de la discusión; por ello sobre el particular reitera lo expuesto en el concepto de julio 15 de 1987, al emitir concepto sobre el Crédito Adicional radicado bajo el número C-051; dijo el Consejo de Estado en esa oportunidad:

"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".

Así mismo, considera la Corporación, como lo ha hecho en este caso, que es posible al Consejo de Estado votar separadamente cada crédito, de suerte que si un proyecto de crédito adicional, suplemental o extraordinario, tiene diferentes fuentes de financiación y destino para distintos gastos de la administración, es factible y conveniente votar afirmativamente el crédito que se encuentre conforme a la Constitución y la ley, como sucedió en esta oportunidad en la que se votaron separadamente los distintos créditos aun cuando todos ellos estaban comprendidos en una sola ponencia.

Finalmente en el caso que ocupa la atención de la Sala, se observa que se dio cumplimiento por el Gobierno a los artículos 100, 101 numeral 2º, 102, 106 y 107 del Decreto 294 de 1973 y 212 de la Constitución Nacional, por lo cual emite concepto favorable al proyecto de Decreto "por el cual se adiciona el presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación de la vigencia fiscal de 1988", por valor de $ 14.545.279.689.10 moneda corriente.

Cópiese y comuníquese.

La presente decisión fue aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Presidente; *Antonio José de Irisarri Restrepo, Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker,* Salvamento de voto; *Guillermo Benavides Melo, Jaime Betancur Cuartas,* Salvamento de voto parcial; *Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Gaspar Caballero Sierra,* Ausente; *Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo, Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta,* Salvamento de voto; *Joaquín Vanín Tello, Jorge Valencia Arango.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

CREDITOS SUPLEMENTALES O EXTRAORDINARIOS.—

No pueden introducirse partidas en el presupuesto adicional que no tengan soporte en una disposición legal armonizando, los artículos 207, 212 de la Constitución Nacional. Una cosa es un gasto público y otra la partida para satisfacerlo. Puede haber gasto decretado sin asignación de partida, pero no puede disponerse partida sin autorización como gasto público.

gasto público que en el caso nacional requiere ley. La consideración

Salvamento de voto parcial del Consejero doctor Jaime Betancur Cuartas.

Referencia: Consulta. Radicación número C-057. Adición al Presupuesto de Gastos de 1988 por $ 14.545.279.689.10.

1. Voté afirmativamente el crédito adicional, por encontrarlo constitucional y legal, que encuentra su respaldo en los Certificados uno y dos de la Contraloría General de la República y que son resultado de dos créditos externos de suministro de equipo para las fuerzas militares ISREX y FIRST INSTERSTATE BANK OF CALIFORNIA.

2. Tengo respetuosa discrepancia en lo relativo al crédito por el monto de $ 4.428.160.000.00, con destinación a las entidades estatales que el proyecto de Decreto enumera, por razón constitucional.

Me parece que no puede introducirse partida en el presupuesto adicional que no tenga soporte en una disposición legal, armonizando los artículos 207 y 212 de la Constitución.

Una cosa es *un gasto público* y otra *la partida* para satisfacerlo. Puede haber gasto decretado sin asignación de partida, pero no puede disponerse partida sin autorización como gasto público. El artículo 207 dice:

> "No podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las Asambleas Departamentales o las Municipales, ni transferirse ningún crédito a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto".

En el expediente no aparece la autorización legal de cada una de las partidas, y por lo menos crea la duda de su constitucionalidad, porque aparece que por un crédito adicional se puede decretar un gastos público que en el caso nacional requiere ley. La consideración de imprescindibilidad del gasto no es razón que supla la exigencia legal.

3. Finalmente todo certificado de disponibilidad de la Contraloría me parece debe ser discriminado en el sentido de indicar la fuente del sobrante y el fundamento legal.

Atentamente,

Jaime Betancur Cuartas.

Bogotá D. E., marzo 4 de 1988.

CREDITOS SUPLEMENTALES O EXTRAORDINARIOS.— A la luz de lo preceptuado en el artículo 101 del Decreto 294 de 1973 y para salvaguardar el equilibrio, todo crédito adicional deberá basarse en algunos de los hechos certificados por el Contralor General de la República.

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Reynaldo Arciniegas Baedecker y Julio César Uribe Acosta.

Referencia: Consulta. Radicación número C-057. Adición al Presupuesto de Gastos de 1988 por un monto de $ 14.545.279.689.10.

Con toda consideración nos separamos del concepto mayoritario de la Sala Plena, emitido con ocasión de la presentación que el señor Ministro de Hacienda hizo el día quince (15) de febrero pasado del proyecto de Decreto "por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación de la vigencia fiscal de 1988" por un monto de $ 14.545.279.689.10, orientado a "...complementar apropiaciones presupuestales en la actual vigencia fiscal y garantizar así la normal operación de varios organismos y entidades de la Administración Pública", como se lee en la nota enviada al Consejo de Estado por el alto funcionario.

Debemos precisar, sí, que este salvamento de voto sólo tiene relación de causa a efecto con el certificado de disponibilidad número cuatro (4) expedido por la Contraloría General de la República, por un monto de cuatro mil cuatrocientos veintiocho millones ciento sesenta mil pesos ($ 4.428.160.000.00), que generan los diecisiete millones de dólares (US$ 17.000.000.00) correspondientes al "Acuerdo de Transacción" celebrado por la Nación con el Chase Manhattan Bank y que cubren, según la literatura del referido documento *"el fraude y las expensas judiciales de un crédito externo"* (Subrayas de quienes suscriben). Y hacemos la anterior precisión, porque encontramos ajustado a los preceptos constitucionales y legales todo lo que tiene que ver con el otro crédito adicional, que encuentra su respaldo en los certificados de disponibilidad números uno y dos, expedidos también por la Contraloría General de la República, y que sumados llegan a la cantidad de diez mil ciento diecisiete millones cien mil pesos moneda corriente ($ 10.117.100.000.00) y que son fruto de los dos créditos externos de suministro de equipo para las Fuerzas Militares ISREX y First Insterstate Bank Of California.

Celebramos que por unanimidad la Sala hubiese marcado la pauta jurisprudencial que se recoge en la ponencia, donde se lee:

> *"...considera la Corporación, como lo ha hecho en este caso, que es posible al Consejo de Estado votar separadamente cada crédito, de suerte que si un proyecto de crédito adicional, suple-*

mental o extraordinario, tiene diferentes fuentes de financiación y destino para distintos gastos de la administración, es conveniente votar afirmativamente el crédito que se encuentre conforme a la Constitución y la ley como sucedió en esta oportunidad en la que se votaron separadamente los distintos créditos aun cuando todos ellos estaban comprendidos en una sola ponencia" (Cuaderno número 1, fl. 375. Subrayas de quienes suscriben).

Estimamos que se ha registrado un sustancial e importante avance en el estudio y definición de los créditos adicionales, pues la filosofía anterior de la Corporación, en el sentido de que el crédito tenía que votarse como indivisible, hacía muy difícil el manejo del mismo. Esto, por la tendencia muy marcada, en todos los Gobiernos, a preparar proyectos, de adición al presupuesto con gastos imprescindibles, mezclados o confundidos con otros, que no registraban la misma característica. Transitando por ese sendero era fácil colocar gastos de funcionamiento, imprescindibles y claros, con gastos de inversión sin ley que los respaldara y, por lo mismo, ordenados a espaldas del Congreso. En el futuro se podrá evitar, igualmente, que so pretexto de que no hay dineros para cubrir los salarios de los funcionarios al servicio del Estado, se tengan que bendecir partidas sin urgencia, esto es, que no demandan prioridad alguna en el gasto.

Hechas las anteriores precisiones, enlistamos a continuación las razones por las cuales no votamos afirmativamente el Crédito Adicional respaldado por el certificado de disponibilidad número cuatro (4). Ellas pueden concretarse así:

Primera: Estimamos que el monto de los diecisiete millones de dólares (US$ 17.000.000), fruto de una ley que autorizó un empréstito con destinación específica, esto es, para la compra de vehículos con destino a la Policía Nacional, como lo explicó el señor Ministro de Hacienda en su intervención en Sala Plena, no puede gastarse en rubros de inversión o funcionamiento, no autorizados por el Congreso *ab initio.*

En otras palabras: La destinación del empréstito, a la luz de la lógica de lo razonable, no puede cambiarse simplemente porque la entidad crediticia, donde estaban depositados esos dineros, se los dejó robar, aceptando luego hacer el reconocimiento correspondiente. Nos abriga el temor, sin ser penalistas, de que transitando por este sendero se esté violando el artículo 136 del Código Penal, que tipifica el delito de *peculado por aplicación oficial diferente,* al consagrar:

> "El empleado oficial que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración o custodia se haya confiado por razón de sus funciones, *aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados,* o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de un mil a cincuenta mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a tres años".

Nuestra preocupación aumenta al consultar al tratadista doctor Francisco Ferreira Delgado, quien en su obra "Delitos contra la Administración Pública". Editorial Temis, 1982, página 55, comenta:

"*Cambio de partidas presupuestales.* Aplicar —dice la quinta acepción del Diccionario de la Lengua Española— es *destinar, apropiar, adjudicar.* Precisamente, lo que hace la ley orgánica del presupuesto es destinar los bienes del Estado al cumplimiento de los fines de interés común, por mandato del artículo 207 de la Constitución Nacional, que es aplicable a lo Departamental y Municipal. Por consiguiente, al sustraerse, a capricho del funcionario, dicho caudal de su destino presupuestal, para aplicarlo o destinarlo a otro rubro no previsto en el presupuesto, se consuma el delito. *No importa que el nuevo destino sea prudente ni que se eviten así consecuencias funestas al propio Estado.* No importa que el autor carezca de interés propio en este cambio de destinación oficial. *El solo cambio dado en el presupuesto, a capricho suyo, es delito de peculado"* (Subrayas de quienes suscriben).

Segunda: Preceptúa el artículo 212 de la Constitución Nacional cuándo puede abrirse un crédito suplemental o extraordinario, precisando en su inciso 2º que para tal fin se debe *instruir expediente.*

En estrecha concordancia con la normatividad anterior y con lo preceptuado en el Decreto 294 de 1973, el Decreto reglamentario número 1529 de 26 de julio de 1978, manda, en sus artículos 1º y siguientes:

"Artículo primero: El funcionario que solicite la apertura de un crédito adicional extraordinario, para atender a gastos no previstos en el presupuesto, informará sobre lo siguiente:

"1º Ley que autoriza el gasto que se debe incluir en el presupuesto, o sentencia que reconoció el crédito judicial.

"2º La cantidad que requiera para el gasto.

"3º Las razones de urgencia o de conveniencia que hagan aconsejable la apertura del crédito.

"4º Las razones para que no se hubiere previsto el gasto e incluído en el anteproyecto del presupuesto respectivo.

"5º Si el gasto propuesto corresponde al presupuesto de inversión deberá acompañarse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

"Además, debe especificar si el aporte tiene el carácter de ayuda financiera, aporte de capital o si es en calidad de préstamo.

"6º Si se trata de un proyecto para ejecución de una obra, de un programa o adquisición de equipo, debe precisarse si la partida que se solicita acreditar es suficiente para cumplir los fines propuestos.

"7º Si la inversión debe hacerse en alguno de los Territorios Nacionales, se requiere el concepto previo y favorable del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías.

"8º Los recursos que estime pueden utilizarse para los nuevos gastos.

"9º Si el recurso se origina en la cancelación de reservas del Balance del Tesoro, deben indicarse por qué no fue pagado el

pasivo 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.

"Artículo 2º El funcionario que solicite un crédito adicional suplemental para complementar apropiaciones deficientes, deberá presentar la siguiente información:

"1. Monto de lo votado en el presupuesto para la apropiación que se propone adicionar.

"2. Monto de lo comprometido por cuenta de esa apropiación.

"3. Saldo no comprometido de la apropiación que se proyecta adicionar en la fecha de la solicitud.

"4. Necesidad para atender el servicio en lo que resta del año.

"5. Valor de la adición que se solicita.

"6. Recursos que proponga utilizar para respaldar el crédito solicitado.

"7. Si el crédito corresponde al Presupuesto de Inversión se acompañará el 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.

"8. Si su ejecución está comprendida en los Territorios Nacionales, requiere el concepto favorable del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías.

"Parágrafo. Cuando la operación presupuestal corresponda a los traslados de que trata el artículo 113 del Decreto-ley 294 de 1973, deberán llenarse los requisitos previstos en este artículo".

No con el ánimo de hacer santanderismo, pero sí con el mejor deseo de que las normas no se queden escritas, debemos reiterar lo que expusimos en la Sala Plena, en el sentido de que el expediente llegó incompleto al Consejo de Estado y, a nuestro leal saber y entender, continúa en igual situación. Es verdad que a última hora se hicieron llegar cartas suscritas por los señores Ministros y por otros altos funcionarios del Estado ratificando la solicitud de crédito adicional hecha por funcionarios que, por su jerarquía, no encuadran dentro del marco exigido por la ley como la del señor Director Nacional de Instrucción Criminal, la del Director General del ICCE y la del Secretario General de la Procuraduría General de la Nación.

Pero es lo cierto que esas solicitudes aparecen incompletas, vagas y totalmente desfasadas a la luz de lo preceptuado en el Decreto número 1529 de 1978. De su lectura no es posible deducir, para los créditos extraordinarios, ni la ley que autoriza el gasto, ni las razones de urgencias o de conveniencia que hagan aconsejable la apertura de crédito, ni las razones por las cuales no se previó el gasto al elaborar el anteproyecto de presupuesto respectivo, ni si la partida es suficiente para cumplir con los fines propuestos. Respecto de los suplementales, si es que los hay, pues el señor Ministro de Hacienda

informó que todos eran extraordinarios, tampoco se suministra la información exigida por el artículo 2º del citado Decreto reglamentario.

No compartimos la tesis de la Sala, coadyuvada por el señor Ministro de Hacienda, en el sentido de que las partidas solicitadas por los Ministros y altos funcionarios del Estado, en el momento de proyectar el presupuesto, pero no incluídas en este, son en el fondo una demanda de apertura de crédito adicional. Y no hacemos nuestra esa perspectiva de manejo, porque ella no encuadra dentro de la normatividad vigente, y se convierte, ni más ni menos, que en un ejemplo de lo que los sociólogos del Derecho denominan la filosofía del no derecho.

Finalmente, el Gobierno debe tener la comprensión jurídica de que el *expediente* de que trata el artículo 212 de la Constitución Nacional debe enviarse completo al Consejo de Estado, pues la discusión a que da lugar la apertura del crédito adicional no es propiamente la oportunidad procesal para llenar los vacíos de que adolezca.

Tercera. A la luz de lo preceptuado en el artículo 101 del Decreto 294 de 1973 y para salvaguarda del equilibrio presupuestal, todo crédito adicional deberá basarse en alguno de los siguientes hechos, certificados por el Contralor General de la República, a saber:

"1. Que el ejercicio fiscal inmediatamente anterior fue liquidado con superávit fiscal no apropiado en el presupuesto en curso, y que está disponible para atender al pago de los nuevos gastos.

"2. Que existe un recurso ordinario, o una operación de crédito legalmente autorizada, que no se ha incorporado en el presupuesto en curso, y que, por tanto, puede servir de base para la apertura del crédito de que se trate.

"3. Que existe un saldo crédito, no afectado e innecesario, durante todo el año fiscal en la ley de apropiaciones en ejecución que, en concepto del respectivo Ministro o Jefe del Departamento Administrativo, puede contracreditarse. Tal concepto deberá emitirse por Resolución que refrendará el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

"4. Que en el Balance del Tesoro se haya cancelado una reserva correspondiente al año anterior, por haber desaparecido la obligación que la originó, o por haber expirado el término para su pago, o que se ha extinguido otro crédito pasivo que, constituyendo un activo no comprometido, puede servir de recurso para la apertura del crédito adicional, siempre que no exista déficit fiscal.

"La cancelación de reservas del Balance del Tesoro no dará lugar a abrir apropiaciones adicionales salvo que esas reservas estén amparadas con recursos del crédito, o que si estando vigente la obligación que protegía la reserva no haya disponible otro recurso que financie el nuevo gasto".

Los dineros a que hace referencia el certificado de disponibilidad número 4, expedido por la Contraloría General de la República, son utilizados por el Gobierno nacional con la filosofía que se recoge en el numeral 2º de la normatividad en antes citada, pues no hay forma de encasillarlos en los otros tres numerales. Aunque esta última entidad certifica que ellos pueden "*...servir de base para la apertura de créditos adicionales...*", no estamos muy convencidos de ello, lo que explica que cuestionemos en este caso el criterio de autoridad. Recursos *ordinarios*, enseña el profesor Esteban Jaramillo, son "*...aquellos que reciben periódicamente las arcas públicas y que constituyen la fuente común u ordinaria de recursos para el Tesoro, como son las rentas de los bienes nacionales y los impuestos*" (Tratado de Ciencia de la Hacienda Pública. Librería Voluntad. Bogotá. 1953, pág. 58). Sobre el mismo tema Oscar Alviar Ramírez y Fernando Rojas Hurtado, en su obra "Elementos de Finanzas Públicas en Colombia" (Editorial Temis, 1985, pág. 308) predican:

"Según su regularidad, los ingresos se dividen en corrientes u ordinarios y extraordinarios o de capital. La distinción entre unos y otros obedece a razones económicas, contables, jurídicas y administrativas que se expresan a continuación.

"En primer lugar, las proyecciones sobre el producto probable *de un concepto de ingreso dependen de su regularidad. Así, las bases del cálculo de los ingresos corrientes y su trayectoria histórica son elementos que permiten predecir los montos de los ingresos públicos con relativo grado de certidumbre.* Los ingresos de capital por el contrario, son esporádicos, erráticos, sujetos a considerables márgenes de fluctuación. *De manera que los ingresos ordinarios constituyen una plataforma segura para la elaboración del presupuesto anual del Estado;* los ingresos extraordinarios, por su parte, vienen a llenar la diferencia entre las necesidades inaplazables del gasto público y el producto de los ingresos corrientes. En este sentido, los ingresos extraordinarios o de capital son una especie de categoría residual, destinada principalmente a compensar el faltante para atender el gasto estatal en un período determinado.

"Por las consideraciones anteriores, los ingresos corrientes son disponibilidades normales del Estado, aquellas con que cuenta para atender sus actividades rutinarias.

"En cambio, los ingresos de capital, por cuanto no son usuales, deben destinarse a gestiones excepcionales o cuando menos ocasionales. De lo contrario el sector público dependería, para la realización de sus gastos más fundamentales de partidas impredecibles y hasta aleatorias; se darían interrupciones en los servicios públicos más esenciales y la continuidad misma del Estado se vería amenazada. En atención a estos razonamientos *se entiende generalmente que los ingresos corrientes deben ser cuando menos suficientes para cubrir los gastos de funcionamiento del Estado* mientras que los ingresos de capital han de destinarse prioritariamente a los gastos de inversión pública, por definición singulares y ocasionales".

Si al darle entidad a la primera de las razones por las cuales votamos negativamente este crédito adicional, nos mostramos sorprendidos por el cambio de destinación que se les dio a los dineros provenientes de un empréstito autorizado por ley, ahora nos encontramos perplejos cuando se defiende la tesis de que esos recursos tienen la calidad de *ordinarios*, como si fuera posible pregonar que ellos se reciben periódicamente y, por lo mismo, constituyen la fuente común u ordinaria de recursos del Tesoro, para utilizar la misma literatura del profesor Esteban Jaramillo.

Los expertos en Hacienda Pública y en aspectos de manejo presupuestal, tendrían que explicar si lo que buscan, con todos estos entuertos, es recordar, con el filósofo José Ortega y Gasset, que la cultura es lo que le queda a uno después de que olvida todo lo que le enseñaron.

Cuarta: En el proyecto de Decreto orientado a adicionar el presupuesto de rentas y gastos, aparecen dos partidas con destino al Ministerio de Educación Nacional, que sumadas montan $ 32.749.000.00 y que se destinan al Instituto Colombiano de Construcciones Escolares (ICCE) con el fin de que atienda al servicio de la deuda y a vigencias expiradas. Servicios personales.

Al leer la nota que obra al folio 26 del informativo, suscrita por el Director General del mismo, se detecta que la partida de $ 3.973.691.35 se destina a pagar las prestaciones sociales...a ex-supernumerarios de la región ICCE-CAUCA, correspondiente a los años de 1983, 1984 y 1985.

No estamos de acuerdo con que se destinen fondos del crédito adicional para tal fin, por dos razones:

a) Porque en las Resoluciones números 01239 de 16 de mayo de 1983; 01418 de 30 de mayo de 1983; 01511 de siete (7) de junio del mismo año y 02220 de septiembre de 1983, expedidas por el Director General del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares (ICCE), se lee:

> "Los gastos que ocasione la vinculación del personal supernumerario serán cancelados con cargo a los *gastos operativos de inversión* de que tratan las Resoluciones números 01180 del 6 de mayo de 1983 y 010018 originarias del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares y la Contraloría General de la República respectivamente".

En la Resolución número 02220 ya citada, se precisa más aún la forma de pago, al indicar:

> "Los gastos que ocasione la vinculación del personal supernumerario serán cancelados con cargo al 5% autorizado por el Decreto número 2258 de 1983".

Frente a la realidad anterior, qué buena razón de orden presupuestal o legal existe para que los gastos en comento se paguen con otros recursos?; y

b) Consideramos que, con la filosofía del *gasto imprescindible*, recogida en el artículo 212 de la Constitución Nacional, no se pueden pagar gastos correspondientes a vigencias expiradas.

Si para el Congreso Nacional no era urgente pagar, por qué sí para el Consejo de Estado?

La vía utilizada se presta para que en el futuro el Gobierno legalice gastos que el Congreso no le habría bendecido.

Quinta: En la obra intitulada: "Así estamos cumpliendo. *Plan de Economía Social.* Planes y Programas de Desarrollo Económico y Social 1987-1990", y dentro de la literatura que recoge el Prólogo del señor Presidente de la República, doctor Virgilio Barco Vargas, se habla de los Planes para la Erradicación de la Pobreza Absoluta; del Plan Nacional de Rehabilitación y del Plan de Desarrollo Integral Campesino y de la forma como van a ser financiados. En este particular se indica:

"...los programas de gasto público para el desarrollo social se podrán llevar a cabo, dentro del marco de disciplina fiscal aludido, gracias a la conjugación de tres factores centrales:

"El fortalecimiento de los ingresos corrientes de la Nación, debido al éxito de la Reforma tributaria.

"La utilización de mecanismos tributarios y financieros para transferir excedentes de recursos de algunas empresas descentralizadas al presupuesto nacional, a través del cual deberán financiarse las inversiones y gastos para el desarrollo social.

"La obtención de crédito externo en cantidades suficientes, para que sea posible atender las amortizaciones de la deuda externa y, además, financiar las inversiones de los programas mencionados. Por esta razón, la mayor parte del crédito externo será contratada por la Nación y no por las entidades descentralizadas" (Obra citada, pág. 21).

En el concepto emitido por el Departamento Nacional de Planeación, que obra a folios 249 y siguientes del informativo, se encuentran párrafos con el siguiente alcance:

> "Cabe destacar que este problema de desfinanciación afecta en mayor medida a *los programas de carácter social, fundamentales para el cumplimiento de las metas estipuladas en el Plan de Desarrollo del presente Gobierno, especialmente en los sectores de salud y agricultura, que enfrentan fuertes presiones en la demanda de servicios* (pág. 251)... Los recursos asignados al Ministerio de Agricultura entrarán a complementar las partidas correspondientes a los contracréditos mencionados para cubrir los requerimientos mínimos trimestrales de servicios personales y de gastos operativos de los proyectos prioritarios de la actual política sectorial, tales como: Adquisición, adjudicación y titulación de tierras en las zonas del Plan Nacional de Rehabilitación..." (pág. 258).

Dentro del anterior marco cabe preguntar: Si como lo anuncia el Gobierno, en la obra antes citada, sus Planes y Programas de

Desarrollo Económico y Social 1987-1990 están financiados con las fuentes que allí se indican, cuál la causa, motivo o razón para que se utilicen los recursos, que se califican como ordinarios, para tales fines? No existirán áreas de la administración desprotegidas y más necesitadas de esos dineros?

Sexta: Los profesores de Hacienda Pública enseñan que en materia presupuestal debe tenerse siempre en cuenta el principio *de la prelación de gasto público*, esto es, que se impone analizar la prioridad de unos gastos frente a otros, dada su mayor urgencia en la satisfacción de las necesidades públicas y en la regulación económica y social. Dentro de este marco no hemos podido entender por qué motivo a la Rama Jurisdiccional sólo se le destinan ciento dos millones de pesos ($ 102.000.000.00) de un total de cuatro mil cuatrocientos veintiocho millones cien mil pesos ($ 4.428.100.000.00). El señor Ministro de Hacienda tranquilizó a la Sala diciendo que los salarios de este sector están asegurados hasta septiembre del presente año. Pensamos, sin embargo, que se ha debido aprovechar la oportunidad para darle al País tranquilidad en este particular, hasta el treinta y uno de diciembre de 1988. No es posible que en el futuro se contemple la posibilidad de otra huelga judicial, por no atender en debida forma frente presupuestal tan sensible.

El Consejo de Estado tiene en su manos una herramienta valiosa que debe utilizar con altura, pero sin complejos, para que a los servidores de la justicia no se les continúe manteniendo en la pobreza absoluta. No es posible que se sigan creando cargos de Jueces y Magistrados, que a la postre no se concretan en nada, por falta de dineros para dotar las oficinas y cubrir los salarios. No puede ser más importante el Programa *"Mosca de las Frutas"* al cual se le asigna una partida de sesenta millones ochocientos mil pesos ($ 60.800.000.00) moneda corriente, que la Rama Jurisdiccional.

Séptima: Ni Plan Financiero del Estado ni Plan Legal de Desarrollo. Desarrollo.

Para quienes carecemos de la cabal comprensión de todos los problemas que tienen que ver con el Plan Financiero y el Plan Legal de Desarrollo, fue una fortuna haber tenido la oportunidad de conocer los puntos de vista de una persona tan versada en la materia como el doctor Abdón Espinosa Valderrama, publicados en el diario El Tiempo, edición del 25 de febrero de 1988, que a su turno dimos a conocer a la Sala, de los cuales deseamos retener, en este salvamento de voto, los siguientes apartes, pues los consideramos muy ilustrativos sobre toda la materia que ha demandado nuestra atención:

> "La revisión del presupuesto nacional de 1988, si bien encomiable y necesaria, demuestra una vez más la necesidad imperiosa de modificar el caprichoso régimen de *facto* que reemplazó al estatuído en las normas constitucionales. El aprobado por las Cámaras, ni mucho menos Plan Financiero del Estado a tono con su naturaleza original, se limita a cumplir el requisito de ley, un poco desganadamente, para facilitar la iniciación de una tempestuosa travesía, en la cual van enderezándose las cargas con el criterio acomodaticio de los primitivos arrieros.

"No transcurren sesenta días de la vigencia fiscal sin que deba apelarse, de emergencia, a las consabidas adiciones, los recortes súbitos o los tijeretazos estratégicos. Ninguno de los factores en juego era desconocido pero sí ignorado el año precedente. No obstante, como se obra para salir del paso, se expide un presupuesto ficticio, ni equilibrado ni real, a sabiendas de la absoluta imposibilidad de cumplirlo. En cuanto el año avanza, se acumulan los compromisos insolutos, las cuentas por pagar, las inversiones truncas, hasta cuando la presión regional o gremial de los damnificados obliga a arbitrar los recursos indispensables, sacándolos de donde fuere. A lo hecho, ¡pecho! No importa si es menester emitir o si hay que salir al mercado financiero a competir por sus dineros con altas y perturbadoras tasas de interés.

"No falta, desde luego, una zona de la inversión susceptible de reducirse, como ya empieza a hacerse, en previsión del desbordamiento inflacionario, inducido desde ángulos diversos. Si casualmente estas circunstancias de restricción forzosa coinciden con un desfallecimiento de la actividad económica privada en el plano de un sector líder, se correrá el riesgo de provocar una recesión o de resignarse al desorden monetario y a sus inevitables secuelas.

"No vamos a incurrir en vanos dramatismos por el prurito fatalista de ver cerrado el horizonte. No. Pragmáticamente las cosas más complicadas pueden manejarse con acierto, obrando en forma oportuna sobre las causas del problema. O de los problemas, porque frecuentemente son muy variados, conforme lo comprueba el fenómeno de la escasez de arroz, descubierto, quizá, con deplorable retardo.

"Pero mientras no exista un plan financiero del Estado, ni un plan legal de desarrollo, con capacidad de comprometer al Poder Público y a la economía general, se estará al vaivén de la improvisación, el sobresalto y la sorpresa. . . . . .

. . . . . .

"Lo verdaderamente de fondo es reinstituir los conceptos del presupuesto y de la planeación, desvirtuados por la viciada costumbre, corrigiendo inclusive algunos de sus rasgos primigenios.

"En estas materias, el país no ha progresado, como era de esperarse, sino retrocedido cincuenta o más años. No basta obviamente con la actualización de las normas en la enmienda constitucional, removiendo los obstáculos que hubieren llevado a desnaturalizarlas y violarlas. Es preciso tomar cuantas precauciones sean aconsejables para garantizar su cumplimiento y desalentar su transgresión sistemática. De lo contrario resultarían inútiles los esfuerzos por modernizar instituciones neurálgicas para la buena marcha y el bienestar de la comunidad".

Si hemos hecho un salvamento de voto, que bien puede parecer extenso a los que lo lean, es porque estamos convencidos de que el papel del Consejo de Estado, en lo relacionado con los créditos adicio-

nales, no es de simple control fiscal jurisdiccional. Tampoco una labor de simple revisión de documentos. Se nos ha confiado una gran tarea: *Modificar el presupuesto cuando están en receso las Cámaras.* Ella nos demanda, como bien lo recuerda José Ortega y Gasset que: "...para resolverse a hacer esto y no aquello tiene, quiera o no, que justificar ante sus propios ojos la elección, es decir, tiene que descubrir cuál de sus acciones posibles en aquel instante es la que da más realidad a su vida, la que posee más sentido, la más suya...El hombre no puede dar un solo paso sin justificarlo ante su propio íntimo tribunal" (Obras Completa, V, 209).

Con toda consideración,

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Julio César Uribe Acosta.

Bogotá, D. E., marzo 3 de 1988.

CAPITULO II

CONSULTAS DEL GOBIERNO

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. EXCLUSION COMO CONTRIBUYENTES DEL IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS.—

Entidades sujetas a él.

Las sociedades de economía mixta en las cuales los aportes del Estado sobrepasan el 90% del capital social se asimilan para todos los efectos legales a las empresas industriales y comerciales del Estado (art. 30 del Decreto-ley 3130 de 1968 y 3º del Decreto-ley 130 de 1976); y si esas sociedades tienen "a su cargo la prestación DE SERVICIOS DE ENERGIA, ACUEDUCTO, POSTALES... Y SALUD", o si su "finalidad exclusiva" la financiación de los servicios de energía y educación están excluídos de la condición de contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios de conformidad con los artículos 2º, inciso 2º del Decreto 1979 de 1974, 2º, numeral 3º del Decreto reglamentario 187 de 1975 y 35 de la Ley 9ª de 1983.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación número 166.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Minas y Energía hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"Con fundamento en lo prescrito por el artículo 98, numeral 2º del Decreto 01 de 1984, comedidamente le solicito absolver la siguiente consulta, previos estos considerandos:

"1. Según lo dispuesto en el artículo 2º del numeral 3º del Decreto reglamentario 187 de 1975, no son contribuyentes las empresas industriales y comerciales del Estado cuanto tengan por objeto la prestación de servicios de energía, acueducto, alcantarillado, postales, telecomunicaciones y salud pública.

"2. Por su parte el artículo 33 de la Ley 75 de 1986, estableció que las sociedades de economía mixta son contribuyentes del impuesto a la renta y complementarios.

"3. Las electrificadoras filiales del —ICEL—, están constituídas legalmente como sociedades de economía mixta, pero como el Estado o sus entidades descentralizadas poseen más del 90% de su capital social, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 del Decreto 3130 de 1968 y 8º del Decreto-ley 130 del 26 de enero de 1976, se ha establecido en sus respectivos estatutos que dichas sociedades se sujetarán a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado.

"Visto lo anterior se consulta:

"1. Qué tipo de entes puede considerarse que no son contribuyentes del impuesto a la renta y complementarios, frente a lo dispuesto por la Ley 75 de 1986.

"2. Las sociedades que tienen régimen de empresas industriales y comerciales del Estado, cuyo objeto es la prestación de servicio de energía eléctrica, son o no contribuyentes del mencionado impuesto, teniendo en cuenta el Decreto 187 de 1975?".

La Sala considera:

1º El artículo 2º del Decreto número 1979 de 1974, expedido con fundamento en las facultades del artículo 122 de la Constitución, dispuso que "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".

2º El artículo 4º del Decreto 2053 de 1974, también expedido con fundamento en el artículo 122 de la Constitución, reiteró que "las sociedades anónimas y asimiladas están sometidas al impuesto sobre la renta" y para los mismos efectos se asimilan a las sociedades anónimas, entre otras entidades, "las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional".

El artículo 12 de la Ley 54 de 1977 aclaró los artículos 2º del Decreto 1979 y 4º del Decreto 2053 de 1974 en cuanto dispuso que las empresas industriales y comerciales de los departamentos y municipios, incluídas las de Bogotá, "no son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios".

3º El artículo 2º, inciso 2º del Decreto 1979 de 1974, antes mencionado, exceptuó del carácter de contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios a "las entidades que tengan a su cargo la prestación del servicio de energía, acueducto, alcantarillado, postales, telecomunicaciones y salud pública". Y el artículo 35 de la Ley 9ª de 1983 agregó que "sin perjuicio de lo dispuesto en las normas vigentes para las empresas industriales y comerciales del Estado, no se consideran contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, las empresas industriales y comerciales del Estado cuya finalidad exclusiva sea la financiación de los servicios de energía y educación".

4º En este orden de ideas, el artículo 2º, número 3 del Decreto reglamentario 187 de 1975 reiteró, de conformidad con los artículos 2º del Decreto 1979 y 4º del Decreto 2053 de 1974, que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios; pues, aunque también comprendió a las sociedades de economía mixta departamentales y municipales, este aspecto de la disposición fue subrogado por el artículo 12 de la Ley 54 de 1977, antes transcrito.

El artículo 2º, número 3 del Decreto reglamentario 187 de 1975 también dispuso, en armonía con el artículo 2º, inciso 2º del Decreto 1979 de 1974, que no son contribuyentes de ese impuesto "las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta... cuando tengan por objeto la prestación de servicio de energía, acueducto, alcantarillado, postales, telecomunicaciones y salud pública..." La disposición fue modificada por el artículo 12 de la Ley 54 de 1977, como ya se indicó, en el sentido de dejar sin efecto la referencia que hacía, para exceptuarlas de la obligación de contribuir, a las sociedades de economía mixta de carácter social.

5º El capítulo IV de la Ley 75 de 1986 determina los "nuevos contribuyentes" del impuesto sobre la renta y complementarios. A este respecto, el artículo 33 prescribe que "las sociedades de economía mixta y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom, son contribuyentes" de ese impuesto y que "se regulan por el régimen vigente para las sociedades anónimas".

Como la Ley 75 de 1986 no reguló toda la materia, el artículo 33 *ibidem* sólo modificó la legislación entonces vigente en cuanto dispuso que las sociedades de economía mixta y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios. La disposición comprende a las sociedades de economía mixta, nacionales y locales, sin ninguna excepción, y a la empresa mencionada que, por razón de su objeto, según el artículo 2º del Decreto 1979 de 1974, estaba excluída de la condición de contribuyente.

Pero la Ley 75 de 1987 no derogó las demás excepciones prescritas por los artículos 2º, inciso 2º del Decreto 1979 de 1974 y 35 de la ley 9ª de 1983, relativas a empresas industriales y comerciales del Estado "que tengan a su cargo la prestación del servicio de energía, acueducto, alcantarillado, postales... y salud pública" o "cuya finalidad exclusiva sea la financiación de los servicios de energía y educación".

Las sociedades de economía mixta en las cuales los aportes del Estado sobrepasen el 90% del capital social se asimilan, para todos los efectos legales, a las empresas industriales y comerciales de la misma entidad (arts. 30 del Decreto-ley 3130 de 1968 y 3º del Decreto-ley 130 de 1976). Por consiguiente, si en las sociedades de economía mixta de que se trata los aportes del Estado sobrepasan el 90% del capital social, ellas se asimilan, para todos los efectos legales, a las empresas industriales y comerciales del Estado; y si esas sociedades tienen "a su cargo la prestación de servicios de energía, acueducto, postales... y salud", o si su "finalidad exclusiva" consiste en "la financiación de

los servicios de energía y educación", están excluídas de la condición de contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, de conformidad con los artículos 2º, inciso 2º del Decreto 1979 de 1974, 2º, número 3 del Decreto reglamentario 187 de 1975 y 35 de la Ley 9ª de 1983.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Minas y Energía 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.*

Elizabeth Castro R., Secretaria.

PAPELES DEL ESTADO. Concepto.—

Los "papeles del Estado", son todos los que emite, por disposición de la ley y con su garantía, por un determinado valor para ser colocados en el público.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación número 162.

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

"Atentamente me dirijo a usted con el fin de solicitarle concepto de la Sala que usted preside sobre el artículo 4º de la Ley 18 de 1987, basado en las siguientes consideraciones:

"La Ley 18 de enero 8 de 1985, autorizó al Gobierno nacional para asumir la deuda contraída por el Instituto de Mercadeo Agropecuario —IDEMA—, originada en importaciones vencidas a abril 30 de 1984, más los costos financieros que por dicha deuda se originen hasta el momento de hacer efectiva la operación de pago, estableciendo en su artículo 4º que los dineros que se recauden por concepto de mercancías importadas por el IDEMA, se destinarán inicialmente al pago total de los proveedores extranjeros o de los bancos que hayan expedido las cartas de crédito correspondientes.

"En el parágrafo único de este artículo se estipuló:

"En caso de que los productos importados hayan sido financiados por proveedores o por entidades financieras, los dineros recaudados como producto de su venta en el mercado nacional podrán utilizarse temporalmente y mientras se produce la exigibilidad de la obligación en moneda extranjera, en papeles del Estado.

"Tales inversiones deberán contar con la autorización del Ministro de agricultura..."

"Al respecto se pregunta: En el evento de encontrarse el IDEMA en la situación descrita por el parágrafo antes transcrito, a qué papeles del Estado específicamente se refiere la ley y en cuáles podría efectuar las inversiones autorizadas en la misma?".

La Sala considera:

1º El artículo 1º de la Ley 18 de 1985 autorizó al Gobierno para asumir las deudas contraídas por el Instituto de Mercadeo Agropecuario, por concepto de importaciones, hasta el 30 de abril de 1984, incluídos los costos financieros hasta que los pagos se efectúen, y dispuso que estas sumas se deben estimar como aportes de la Nación para incrementar el capital del mencionado Instituto.

El artículo 4º de la misma ley dispone que los fondos "que se recauden por concepto de venta de las mercancías importadas por el IDEMA se destinarán inicialmente al pago total de los proveedores extranjeros o de los bancos que hayan expedido las cartas de crédito correspondientes" y que "la aplicación oficial diferente de tales recaudos hará incurrir al empleado oficial responsable en el hecho punible previsto en el artículo 136 del Código Penal".

Sin embargo el parágrafo de la misma disposición prescribe que si los bienes importados fueron "financiados por proveedores o por entidades financieras, los dineros recaudados como producto de su venta en el mercado nacional podrán utilizarse temporalmente y mientras se produce la exigibilidad de la obligación en moneda extranjera, en papeles del Estado", previa autorización del Ministerio de Agricultura, siempre que esos fondos estén disponibles al vencimiento de las obligaciones para su solución.

2º Los "papeles del Estado", a que se refiere la consulta, son todos los que emite, por disposición de la ley y con su garantía, por un determinado valor para ser colocados en el público. A este respecto, pueden mencionarse, entre otros, los títulos de ahorro nacional, regulados por las Leyes 34 de 1984 y 7ª de 1986 y por el Decreto 2147 de 1985; los bonos de deuda externa (Leyes 3ª de 1972, 55 de 1985 y 7ª de 1986) y (Decreto 25 de 1973); los bonos nacionales de deuda pública interna (Ley 21 de 1963); los bonos agrarios (Leyes 135 de 1961 y 4ª de 1973); los bonos de valor constante para la seguridad social (Decreto 687 de 1967); los bonos de desarrollo económico (Leyes 34 de 1968, 10 de 1969, 3ª de 1970, 24 de 1971, 9ª de 1972 y 18 de 1977) y los bonos parque Simón Bolívar (Ley 19 de 1977). Los recaudos a que se refiere el artículo 4º de la Ley 18 de 1985 también pueden invertirse en todos los demás bonos y títulos de deuda pública que legalmente emita el Estado.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Agricultura 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.*

Elizabeth Castro R., Secretaria.

CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE LA GUAJIRA. "CORPOGUAJIRA". Funciones:

El artículo 4º, letra e) del Decreto-ley 3453 de 1983, le atribuye "determinar los usos, destinos y reservas de tierra, aguas y bosques con el propósito de regular y ordenar el uso racional de los recursos naturales y la protección del medio ambiente y fomentar los desarrollos urbanos, agropecuarios, industriales, turísticos y mineros, y la explotación de los recursos en armonía con la preservación y utilización adecuada del medio ambiente" (No comprende la facultad, prescrita por el artículo 4º, letra i del Decreto-ley 3453 de 1983, para las aguas superficiales y subterráneas).

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 126.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Agricultura hace a la Sala en relación con la competencia de la Corporación Autónoma Regional de la Guajira, prescrita por el Decreto-ley 3453 de 1983. La consulta versa sobre el alcance que tienen las facultades específicas asignadas a la mencionada entidad, en relación con las funciones que corresponden al Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente —INDERENA—.

La Sala considera, en primer término, que la competencia es elemento esencial del estado de derecho caracterizado como la suma de las facultades o poderes de todos los funcionarios vinculados al mismo. Desde el punto de vista positivo la competencia es facultad de obrar, poder de actuar en determinado sentido y, desde el punto de vista negativo, constituye el límite de las posibilidades del órgano o del funcionario. Lo expuesto explica que la competencia de los diferentes órganos y funcionarios del Estado tiene que ser objetiva, predeterminada y conocida por todos, a tal punto que, según el artículo 63 de la Constitución, "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento".

Esta disposición debe interpretarse en armonía con el artículo 20 de la Constitución que prescribe que "los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y

de las leyes" y que "los funcionarios públicos lo son por la misma causa o por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de estas". "De la transcrita disposición se infiere el principio constitucional según el cual mientras los particulares pueden hacer todo cuanto no les esté prohibido, los empleados públicos sólo lo que les esté atribuído expresamente. De ahí que la competencia, general o por enumeración específica, necesariamente deba ser expresa, no implícita ni analógica. El estado de derecho, caracterizado porque sustancialmente constituye y garantiza un orden cierto y eficaz, a manera de reglas objetivas de derecho, excluye toda consideración subjetiva en cuanto se refiere al examen de la competencia de las entidades y de los funcionarios públicos. Sólo así se puede comprender y verificar la legitimidad de su acción que, en cuanto poder-deber, es función jurídica, así como las omisiones y las extralimitaciones en que puedan incurrir, a fin de deducirles la condigna responsabilidad que tienen, según el artículo 20, en armonía con el artículo 51 de la Constitución. Además, la competencia también hace relación con el valor jurídico de las decisiones que profieran los órganos y funcionarios del Estado; pues, sobre todo, los actos administrativos, por disposición de la ley pueden ser declarados nulos si los profieren órganos o funcionarios incompetentes o con abuso o desviación de poder. El carácter objetivo de la competencia, que hace que deba ser expresa, es elemento indispensable para verificar si el acto administrativo se expidió o no, en todo o en parte, por órgano o funcionario competente.

La Sala procede a absolver la consulta del señor Ministro de Agricultura con fundamento en los principios expuestos.

La primera pregunta consiste en definir si el artículo 4º, letra e) del Decreto-ley 3453 de 1983 asigna competencia a Corpoguajira para "administrar, regular y reglamentar, no sólo las aguas superficiales y subterráneas a que se refiere el literal i), sino los demás recursos naturales renovables", y si de esa disposición se deduce que también es competente "para administrar, regular y reglamentar la fauna terrestre y los recursos hidrobiológicos, aunque en el literal e) mencionado sólo se haga referencia a la tierra, aguas y bosques".

El artículo 4º, letra e) del Decreto-ley 3453 de 1983 atribuye a Corpoguajira "determinar los usos, destinos y reservas de tierra, aguas y bosques con el propósito de regular y ordenar el uso racional de los recursos naturales y la protección del medio ambiente y fomentar los desarrollos urbanos, agropecuarios, industriales, turísticos y mineros, y la explotación de los recursos en armonía con la preservación y utilización adecuada del medio ambiente".

Esta competencia es muy clara y no ofrece motivo de duda. No comprende la facultad, prescrita por el artículo 4º, letra i) del Decreto-ley 3453 de 1983, para las aguas superficiales y subterráneas, de "administrar, regular y reglamentar" los demás recursos naturales renovables, como tampoco "la fauna terrestre y los recursos hidrobiológicos".

La segunda pregunta consiste en saber si del artículo 4º, letra g) del Decreto-ley 3453 de 1983, puede inferirse que Corpoguajira tiene

la facultad de "administrar la flora silvestre y los bosques, otorgando concesiones o permisos y regulando las actividades de aprovechamiento".

El artículo 4º, letra g) del Decreto-ley 3453 de 1983 atribuye a Corpoguajira "promover el mejoramiento de los sistemas de comunicación, transporte, electrificación, acueductos, alcantarillados y saneamiento ambiental".

Esta atribución también es clara y de ella se deduce inequívocamente que no comprende la facultad para que Corpoguajira administre la flora silvestre y los bosques, con posibilidad de otorgar permisos o concesiones y de regular las actividades de aprovechamiento.

La tercera pregunta consiste en saber si el artículo 4º, letra j) del Decreto-ley 3453 de 1983 atribuye o no a Corpoguajira la administración de "los recursos hidrobiológicos marinos" y, en caso positivo determinar "la porción de mar que le correspondería manejar a la Corporación".

El artículo 270 del Decreto-ley 2811 de 1974 define los recursos hidrobiológicos como "el conjunto de organismos animales y vegetales cuyo ciclo de vida se cumple totalmente dentro del medio acuático, y sus productos". Estos recursos, según el artículo 267 *ibídem*, pertenecen a la Nación.

El artículo 38, número 3 del Decreto-ley 133 de 1976 atribuye a Inderena, por cláusula general de competencia, "regular el uso, aprovechamiento comercialización, movilización y en general el manejo de los recursos naturales renovables en todo el territorio nacional..." Y el artículo 3º del Decreto 1681 de 1978, reglamentario del Decreto-ley 2811 de 1974, a la vez dispone que "la administración y manejo de los recursos hidrobiológicos marinos y continentales" corresponden al Inderena, "salvo cuando en relación con los últimos, estas funciones han sido adscritas a Corporaciones regionales, caso en el cual estas deberán cumplir y hacer cumplir las disposiciones de este Decreto, en conformidad con la política nacional y los mecanismos de coordinación que establezca el Inderena".

De estas disposiciones y del artículo 4º, letra j) del Decreto-ley 3453 de 1983 se infiere que entre Inderena y Corpoguajira debe existir la necesaria coordinación, dentro de sus respectivas competencias, a saber:

Inderena tiene la administración y manejo de los recursos hidrobiológicos marinos y continentales en todo el territorio nacional y con tal facultad debe prospectar la política nacional sobre los mismos. Corpoguajira, dentro del ámbito de su competencia territorial que, según el artículo 3º del Decreto-ley 3453 de 1983, es el del Departamento de la Guajira, debe "promover y adelantar programas de aprovechamiento y manejo integral de los recursos del mar", sin perjuicio de la facultad de Inderena para administrar y manejar esos recursos. Mientras la competencia de Corpoguajira implica iniciativas y programas específicos para el aprovechamiento de los recursos del mar, lo segundo significa facultad del Inderena para administrar y manejar los recursos hidrobiológicos marinos y continentales. Estas

competencias, entendidas en la forma indicada, son diferentes entre sí y deben ejercerse armónicamente, como prescribe el artículo 3º del Decreto 1681 de 1978, para el cumplimiento de la común finalidad de preservar y administrar adecuadamente los recursos naturales renovables del país.

La cuarta pregunta consiste en saber si la facultad que el artículo 4º, letra k) del Decreto-ley 3453 de 1983 atribuye a Corpoguajira también la autoriza para "la ordenación de las cuencas hidrográficas".

Según el artículo 316 del Decreto-ley 2811 de 1974, "se entiende por ordenación de una cuenca, la planeación del uso coordinado del suelo, de las aguas, de la flora y la fauna, y por manejo de la cuenca la ejecución de obras y tratamientos".

Como el artículo 4º, letra k) del Decreto-ley 3453 de 1983 atribuye a Corpoguajira "promover, financiar y ejecutar los programas de manejo integral de las cuencas hidrográficas, incluyendo las aguas superficiales y subterráneas", es claro que la norma no la faculta para "la ordenación de las cuencas hidrográficas". Según el transcrito precepto, sólo le compete tomar las disposiciones tendientes a promover, dotar de los recursos necesarios y cumplir "los programas de manejo integral de las cuencas hidrográficas", entendidos en el sentido que les da el artículo 316 del Decreto-ley 2811 de 1974.

La quinta pregunta tiene por objeto saber si el artículo 4º, letra i) del Decreto-ley 3453 de 1983 faculta o no a Corpoguajira para otorgar concesiones para usos distintos de los que la misma disposición menciona.

El artículo 4º, letra i) del Decreto-ley 3453 de 1983 atribuye a Corpoguajira "reglamentar, administrar y regular la utilización de las aguas superficiales y subterráneas para abastecimientos públicos, industriales y mineros".

La disposición transcrita determina claramente el objeto de la facultad que atribuye a Corpoguajira y, por consiguiente, no la autoriza para dar a las aguas usos diferentes de los que expresamente señala.

La sexta pregunta tiene por objeto saber si los parques nacionales deben o no ser administrados por Inderena o por Corpoguajira.

El Decreto-ley 3453 de 1983 no atribuye a Corpoguajira la administración de los parques nacionales que existen dentro del Departamento de la Guajira. Por consiguiente, de acuerdo con los artículos 38 del Decreto-ley 133 de 1976 y 13 del Decreto reglamentario 622 de 1977, esta facultad corresponde a Inderena, entidad que debe ejercerla en coordinación con las Corporaciones regionales, en ellos comprendida la de la Guajira.

La séptima pregunta tiene por objeto saber si el control de la contaminación ambiental corresponde o no a Corpoguajira.

El artículo 4º, letra i) del Decreto-ley 3453 de 1983 atribuye a Corpoguajira "promover el mejoramiento de los sistemas de comunicación, transporte, electrificación, acueductos, alcantarillados y sa-

neamiento ambiental". Se trata de una competencia ejecutiva, tendiente al perfeccionamiento de los sistemas indicados en la transcrita disposición, entre los cuales se cuenta "el saneamiento ambiental".

El Decreto-ley 3453 de 1983 no atribuye a Corpoguajira el control de la contaminación y, en consecuencia, esta función, de conformidad con el artículo 38 del Decreto-ley 133 de 1976, pertenece a Inderena.

La octava pregunta consiste en saber si Corpoguajira tiene o no competencia por la administración y manejo de la fauna silvestre.

El Decreto-ley 3453 de 1983 no atribuye a Corpoguajira la administración y manejo de la fauna silvestre. Por consiguiente, según los artículos 38, número 4 del Decreto-ley 133 de 1976 y 10 del Decreto reglamentario 1608 de 1978, esta atribución corresponde a Inderena.

La novena pregunta tiene por objeto saber si Corpoguajira tiene o no competencia para la administración y manejo de los recursos hidrológicos continentales.

El Decreto-ley 3453 de 1983 no asigna a Corpoguajira esta competencia. Por consiguiente, según los artículos 38 del Decreto-ley 133 de 1976 y 3º del Decreto 1681 de 1978, esa atribución corresponde a Inderena.

La Sala finalmente observa que las funciones de Inderena y las de las corporaciones autónomas regionales deben ejercerse, como prescribe el artículo 38, número 1 del Decreto-ley 133 de 1976, en permanente coordinación, puesto que tienen como finalidad común la defensa y protección de los recursos naturales del país y la protección del medio ambiente.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Agricultura 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 R., Secretaria.

RESIDENCIAS FEMENINAS DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.— Naturaleza jurídica. Organización descentralizada sin fines de lucro.

Decreto número 365 de 1962.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre la naturaleza jurídica de las Residencias Femeninas del Ministerio de Educación Nacional. Radicación número 165.

El señor Ministro de Educación Nacional, luego de hacer algunas referencias acerca de las disposiciones jurídicas que han organizado el albergue denominado "Residencias Femeninas del Ministerio de Educación Nacional", formula concretamente la siguiente consulta:

> Se quiere saber cuál es la naturaleza jurídica de esta Institución; si es un Establecimiento Público, o Unidad Administrativa Especial o *sui géneris.*

Y agrega, a manera de conclusión:

> El tratamiento de establecimiento público se lo han dado siempre, pero no hay disposición que lo reconozca como tal.
>
> La razón por la cual se solicita la clarificación es debido a que la institución no está incluída en la Ley de Presupuesto Nacional, recibiendo sólo un aporte del Ministerio de Educación Nacional, por valor de $ 4.000.000.00 de pesos anuales, siendo insuficiente ya que no alcanza ni a cubrir los gastos personales.

La Sala considera:

I. Síntesis histórica.

El origen de las "Residencias Femeninas del Ministerio de Educación Nacional" pudiera ser explicado, en forma resumida, de la manera siguiente:

a) En el mes de febrero de 1962, el Gobierno nacional, invocando "sus facultades legales" pero sin precisar cuáles sean estas, procedió mediante el Decreto número 365 a organizar las Residencias Femeni-

nas del Ministerio de Educación Nacional —así las denominó—, determinó sus directivas y creó un Fondo Rotatorio destinado a atender al funcionamiento de las Residencias.

El Decreto mencionado señaló que las Residencias Femeninas tienen por objeto proporcionar a las jóvenes que cursan sus estudios en Bogotá, habitación en un ambiente sano y decoroso que coadyuve a la formación moral e intelectual de las residentes; determinó las autoridades de las Residencias (el Ministro de Educación Nacional, la Junta Directiva, la Directora de las Residencias, el Consejo de las Residencias, la Profesora o Coordinadora de cada piso, y los demás funcionarios que establezcan las normas legales y los reglamentos); definió la integración de la Junta Directiva y fijó sus funciones entre estas las de elaborar el presupuesto anual, crear cargos, fijar las correspondientes asignaciones, proveer a los nombramientos del caso, y aprobar los contratos que celebren las Residencias; precisó que la Directora será de libre nombramiento y remoción del Ministro de Educación Nacional; y organizó el Fondo Rotatorio de las Residencias, encargando su manejo a la Junta Directiva, como entidad ordenadora, y su vigilancia fiscal a la Contraloría General de la República.

El Decreto 365 de 1962 dispuso, además, en su artículo 4º:

> Las Residencias *serán una organización descentralizada,* sin fines de lucro, que se sostendrán con la colaboración del Estado y con las pensiones y derechos pagados por quienes las utilicen (Subraya la Sala).

b) En el mes de junio de 1962, el Gobierno nacional adicionó el Decreto 365, de fecha febrero 16, por medio del Decreto 1454 (junio 6). La adición tuvó como propósito el precisar las funciones de la Junta Directiva, así:

Celebrar contratos con entidades nacionales e internacionales, y autorizar a su Presidente para suscribirlos, previo estudio por la Junta de su legalidad y conveniencia. Y,

Negociar préstamos con entidades nacionales e internacionales, admitir donaciones y autorizar a su Presidente para realizar los trámites correspondientes, y para suscribir las obligaciones del caso.

Igualmente, el Decreto 1454 amplió las posibilidades de recursos del Fondo Rotatorio.

c) En el mes de octubre de 1962, el Congreso nacional expidió la Ley 37, por la cual se destina la edificación situada en la carrera 7ª, número 6-54, de la nomenclatura de la ciudad, para albergue de empleadas y estudiantes pobres y de buena conducta que no tengan hogar en Bogotá, D. E.

La citada Ley, en su artículo 2º, autoriza al Gobierno nacional para integrar la Junta Directiva "del albergue", dando representación en ella a la entidad administradora y a las residentes, y en el artículo 4º para fijar las asignaciones del personal encargado del manejo "de la institución".

Respecto de la Junta Directiva, la Ley 37 le atribuye la función de determinar el número de personas que pueden ser recibidas en el albergue, dentro del cupo máximo de la edificación. Así como los servicios que allí se puedan establecer para comodidad de las hospedadas y lo que estas deban pagar por el alojamiento y los demás servicios; y agrega que la Junta determinará *los demás* cargos y asignaciones, debiendo tener en cuenta que el personal debe ser femenino en su totalidad.

El Decreto reglamentario de la Ley 37 de 1962 fue expedido por el Gobierno nacional el 16 de abril de 1963 y se identifica con el número 821.

El Decreto 821 de 1963 reitera la destinación de las dependencias del edificio distinguido en la nomenclatura de Bogotá, D. E., con el número 6-54 de la carrera 7ª, para albergue de empleadas y estudiantes, y precisa que este albergue se denomina "Residencias Femeninas del Ministerio de Educación Nacional".

Para efectos de la administración de las Residencias, la Junta Directiva la integra por los siguientes miembros: El Ministro de Educación Nacional o su representante, quien la presidirá; un representante del eminentísimo señor Cardenal; el presidente de la Asociación Colombiana de Universidades, o su representante; la Directora de las Residencias Femeninas, y una representante de las residentes.

II. La Reforma Constitucional y Administrativa de 1968.

En los años de 1962 y 1963, cuando fueron expedidas las disposiciones relacionadas con las "Residencias Femeninas del Ministerio de Educación Nacional", a las cuales se ha hecho referencia en el acápite anterior: Ley 37 y Decretos números 305, 821 y 1454, la evolución del derecho público en Colombia no había elaborado todavía con suficiente precisión la teoría acerca de las entidades descentralizadas del Estado, su origen (por Constitución, por ley, o por autorización de ésta), sus diversos tipos, la clase de derecho aplicable y el vocabulario jurídico correspondiente.

De ahí que, observadas con mirada retrospectiva, las normas dictadas entre 1962 y 1963 con el fin de organizar y poner en funcionamiento las Residencias Femeninas del Ministerio de Educación Nacional, oscilarán entre la ley, el decreto ordinario y el decreto reglamentario, de una parte, y de la otra no obedecieran a criterios rigurosos de ordenamiento jurídico estatal.

Ciertamente fue en el año de 1968, con la expedición de las reformas constitucional y administrativa, cuando nuestro derecho público positivo logró dar un importante avance en materia de entidades descentralizadas (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, y sociedades de economía mixta), organización administrativa del Estado, unidades administrativas especiales, coordinación e integración de servicios, tutela gubernamental, etc., por medio del Acto legislativo número 1 de 1968 y los Decretos-ley números 1050 y 3130.

En lo concerniente a los establecimientos públicos del orden nacional, el Decreto-ley 1050 de 1968, en su artículo 5º, los definió como organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, y que reúnen 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.

En artículos posteriores, el Decreto a que se alude (1050 de 1968) preceptúo, sobre organización y funcionamiento de los establecimientos públicos, que su dirección estará a cargo de una Junta o Consejo Directivo, que siempre presidirá un Ministro o Jefe de Departamento Administrativo o su delegado, y de un Gerente, Director o Presidente, que será su representante legal (art. 25); determinó las funciones de las Juntas o Consejos Directivos, sin perjuicio de las que les señalen "la ley, los reglamentos o los estatutos respectivos" (art. 26); y confirió a su Gerente, Directores o Presidentes el carácter de agentes del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción (art. 28), y aunque exceptúo a los rectores de las Universidades nacionales, esta salvedad fue derogada por la reforma constitucional expedida unos meses después (art. 120, numeral 1º de la codificación vigente).

Por su parte, el Decreto-ley 3130 de 1968, incluyó a los establecimientos públicos (junto con las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta) como un tipo perteneciente al género denominado *entidad descentralizada*, y puntualizó con el fin de unificar el vocabulario que hasta entonces se venía utilizando, lo siguiente:

> Las expresiones instituciones, entidad o empresas oficiales o semioficiales, empleadas 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.

Otras disposiciones del Decreto 3130 en relación con los establecimientos públicos, son las atinentes a contratos, los cuales deben contener las cláusulas sobre garantías, caducidad administrativa y reclamaciones diplomáticas que la ley exige para los de la Nación (art. 32) y la asignación de la vigilancia de la gestión fiscal a la Contraloría General de la República (art. 41).

Merece destacarse del Decreto 3130, para los efectos de la presente consulta, la norma contenida en el artículo 2º, que lleva el subtítulo *De los fondos*. De conformidad con el mismo, cuando a la característica de existir un sistema de manejo de cuentas de parte de los bienes o recursos de un organismo, se sume la personería jurídica, las entidades existentes y las que se crean conforme a la ley, lleven o no la mención concreta de "Fondos Rotatorios", son establecimientos públicos.

III. Las disposiciones expedidas en 1962-63 sobre las Residencias Femeninas y su confrontación con las Reformas de 1968.

En el lenguaje de la época, el legislador y el Gobierno al organizar y reglamentar las "Residencias Femeninas del Ministerio de Educación Nacional" les confirieron las siguientes características:

a) La de albergue, entidad o institución que funcionará como una "organización descentralizada";

b) Que tendrá una Junta Directiva integrada por cinco personas y presidida por el Ministro de Educación Nacional o su representante;

c) Que la Junta Directiva cumplirá entre otras atribuciones, las de elaborar el presupuesto anual de las Residencias y atender a su ejecución; crear los cargos necesarios para el buen funcionamiento de las Residencias, fijar las correspondientes asignaciones, y proveer a los nombramientos, excepto el de Directora, de competencia del Ministro de Educación Nacional; celebrar contratos y negociar empréstitos; y expedir tanto el reglamento de las Residencias como su propio reglamento. Y,

d) Que el Fondo Rotatorio de las Residencias funcionará con cuenta bancaria especial, manejada por la Junta Directiva y con recursos provenientes de aportes del Gobierno nacional y el producto de recursos de crédito nacional o internacional, el producto de las donaciones de entidades de carácter nacional o internacional, y el valor de los derechos que pagaran las residentes por concepto de matrícula y pensiones.

El conjunto de funciones que se dejan enumeradas no pueden ser cumplidas sino por una entidad descentralizada dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, es decir, por un establecimiento público.

Ni siquiera podría cumplir con todas esas atribuciones una Unidad Administrativa Especial, y menos aún un organismo calificado etéreamente como *"sui géneris"*. La Unidad Administrativa Especial es organizada 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 deben estar sometidos al régimen administrativo ordinario; y así se les dota de personería jurídica y patrimonio propio, más con subordinación a los planes y controles de la entidad administrativa superior.

Ahora bien: De conformidad con las reglas de hermenéutica vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano, desde el siglo XIX, la ley posterior prevalece sobre la anterior, y la primacía de la Constitución Política es indiscutible, hasta el punto de que "es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente" (Ley 153 de 1887, arts. 2º y 9º).

Procediendo, pues, a confrontar la regulación existente para las "Residencias Femeninas del Ministerio de Educación Nacional", de

los años de 1962 y 1963, con las reformas de carácter constitucional y administrativo expedidas en 1968, es posible hacer las deducciones siguientes:

a) "La organización descentralizada" de 1962 equivale hoy en día a entidad descentralizada. Y, más propiamente, a un establecimiento público dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, dadas las funciones que han venido cumpliendo las Residencias;

b) La entidad descentralizada no es dependencia de un Ministerio. Según la ley, está *adscrita* o *vinculada* a un Ministerio o Departamento Administrativo;

c) La Directora es la representante legal de las Residencias, pero su nombramiento ya no corresponde al Ministro de Educación sino al Presidente de la República (Constitución Política, artículo 120, numeral 1º). Y sus funciones, en particular, son las indicadas en el artículo 27 del Decreto-ley 1050 de 1968;

d) La Junta Directiva puede continuar con su actual integración y siempre presidida por el Ministro de Educación Nacional o su delegado. Pero los miembros que no representen al Gobierno, sólo podrán ser elegidos para períodos no mayores de dos años, sin perjuicio de su relación (Decreto 1050 de 1968, art. 28, inciso 2º);

e) El funcionamiento del Fondo Rotatorio es una manera de organizar el patrimonio independiente que tienen las Residencias;

f) Funciones como las de celebrar contratos y negociar empréstitos, son demostrativas de que las Residencias han tenido el reconocimiento de su personería jurídica. Y,

g) Atribuciones como las que se derivan del poder nominador (nombramiento de empleados), creación de cargos, señalamiento de asignaciones, expedición del reglamento general de la entidad, etc., prueban que las Residencias han poseído autonomía administrativa.

IV. Conclusiones.

De las consideraciones expuestas se deduce que las "Residencias Femeninas del Ministerio de Educación Nacional" tienen similitud con la figura jurídica del establecimiento público, y están sometidas a sus propias normas orgánicas en cuanto no pugnen con la reforma constitucional de 1968 y los Decretos-ley 1050 y 3130 del mismo año.

Su inclusión en el Presupuesto de los Establecimientos Públicos Nacionales, que es parte del Presupuesto General de la Nación, surge entonces como un imperativo legal (Constitución Política, artículo 210 y Decreto-ley 294 de 1973).

En los anteriores términos se absuelve 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.

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.— Clasificación.

ALMAGRARIO. Calidad de sus trabajadores.

Las personas al servicio de Almagrario S. A., sociedad de economía mixta del orden nacional en la cual los aportes estatales ascienden al setenta y cuatro punto sesenta y cuatro por ciento (74.64%), no son empleados oficiales sino trabajadores particulares.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre la calidad de los trabajadores al servicio de las sociedades de economía mixta. Radicación número 149.

La consulta que formula el señor Ministro de Agricultura es concretamente la siguiente:

1º Son empleados oficiales quienes laboran al servicio de ALMAGRARIO S. A.?

2º Si lo anterior es cierto, quiénes de estos servidores pueden calificarse como trabajadores oficiales y quiénes como empleados públicos?

Estima el señor Ministro que de conformidad con lo establecido por el artículo 8º del Decreto 1050 de 1968 las sociedades de economía mixta (y ALMAGRARIO es una de ellas) desarrollan sus actividades de naturaleza industrial o comercial "conforme a las normas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagre la ley", pero que con la expedición del Decreto 1848 de 1969 surgió la duda en cuanto a la calidad de los empleados que sirven en dichas sociedades toda vez que les confirió la calificación genérica de "empleados oficiales", sin considerar la participación del Estado dentro del capital social.

La Sala considera y responde:

1º La entidad denominada Almacenes Generales de Depósito de la Caja Agraria, IDEMA y Banco Ganadero, "ALMAGRARIO S. A.", es una sociedad anónima, de economía mixta, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Agricultura y en la cual el capital estatal dentro de su capital social es del 74.64%.

2º El Decreto 1050 de 1968, dictado por el Gobierno nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la Ley 65 de 1967, definió a las sociedades de economía mixta como organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley (art. 8º).

Por lo demás, las sociedades de economía mixta están vinculadas a la Administración Pública y sujetas a su orientación, coordinación y control, en los términos de las leyes y estatutos que las rijan.

3º Las sociedades de economia mixta, junto con los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, conforman los tres tipos de institutos y empresas oficiales que reciben el nombre genérico de *entidades descentralizadas* (Ley 65 de 1967 y Decretos-ley 1050 de 1968 y 3130 de 1968).

4º Respecto de las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, su régimen jurídico es el previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado (Decreto-ley 3130 de 1968, art. 3º).

5º La reforma constitucional de 1968 incorporó las entidades descentralizadas a la Carta Política, pudiendo ser creadas en el orden nacional, departamental o municipal por las respectivas corporaciones de elección popular, a iniciativa del correspondiente jefe del Ejecutivo (Constitución Nacional, arts. 76-10, 187-6 y 197-4). Y por ley, en las Intendencias y Comisarías.

6º El Gobierno nacional, también en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 65 de 1967, procedió a disponer la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y a regular el régimen prestacional de empleados públicos y trabajadores oficiales y, para tal efecto, expidió el Decreto número 3135 de 1968.

Recogiendo una tradición iniciada por la Ley 6ª de 1945 y aplicando criterios más modernos al personal que presta sus servicios a la Rama Ejecutiva del Poder Público, el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 hizo la distinción *entre empleados públicos y trabajadores oficiales.*

De conformidad con la norma precitada, son *empleados públicos* las personas que presten sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos; y *trabajadores oficiales,* los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas.

La disposición agrega en relación con las empresas industriales y comerciales del Estado que las personas que a éstas prestan sus servicios, son trabajadores oficiales; pero que los estatutos de dichas empresas deberán precisar qué actividades de dirección y confianza serán desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

7º Como se observa por lo expuesto en el numeral anterior respecto de empleados públicos y trabajadores oficiales, esta clasificación laboral no comprende a las sociedades de economía mixta.

Sin embargo, cuando el Estado posea en ellas el 90% o más del capital social, el régimen jurídico aplicable es el mismo que rige para empresas industriales y comerciales de tipo oficial, tal como lo prevé el artículo 3º del Decreto-ley 3130 de 1968. Esta norma la reitera tanto el Código de Comercio (Decreto-ley 410 de 1971, art. 464) como el Decreto-ley 130 de 1976, artículo 3º.

La disposición últimamente citada es del tenor siguiente:

> Las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación o de sus entidades descentralizadas fuere igual o superior al noventa por ciento (90%) del capital social, se sujetan a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado.

8º Al ser reglamentado el Decreto-ley 3135 de 1968, por medio del Decreto número 1848 de 1969, se utilizó la denominación genérica *empleados oficiales* para comprender a las personas naturales que trabajan al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales y Comerciales de tipo oficial y Sociedades de Economía Mixta.

De modo que en el Decreto reglamentario quedaron incluidas las sociedades de economía mixta. Pero esta inclusión excede el Decreto principal, objeto de la reglamentación, por cuanto la ley sólo considera a las sociedades de economía mixta asimiladas a empresas industriales y comerciales de carácter oficial, por tener el Estado el 90% o más de su capital.

El artículo 1º del Decreto 1848 de 1969 precisó, además, que los *empleados oficiales* pueden estar vinculados a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria (si son *empleados públicos*) o por un contrato de trabajo (si se trata de *trabajadores oficiales*).

9º El Decreto 1848 de 1969, artículo 3º, señala quiénes tienen la calidad de *trabajadores oficiales*.

Son trabajadores oficiales, en primer lugar, los que prestan sus servicios a las entidades de la Rama Ejecutiva en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, con excepción del personal directivo y de confianza que labore en dichas obras y, además, los siguientes:

> b) Los que prestan sus servicios en establecimientos públicos organizados con carácter comercial o industrial, en las empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

El texto original del inciso transcrito agregaba: *"Con excepción del personal directivo y de confianza que trabaja al servicio de dichas entidades"*, pero esta parte final fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante sentencia del 16 de julio de 1971[1].

10. El artículo 5º del Decreto reglamentario 1848 de 1969 a su turno disponía lo siguiente sobre *clasificación de empleados públicos:*

> En los estatutos de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, a que se refiere el literal b del artículo 3º, se hará la clasificación correspondiente de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales de estas entidades, conforme a las reglas del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y de este Decreto.

Igualmente es necesario advertir que el Consejo de Estado excluyó en la sentencia de nulidad mencionada, dispuso:

> Es nulo el artículo 5º del Decreto 1848 de 1969, en cuanto incluye a las sociedades de economía mixta entre los establecimientos públicos que deben hacer la clasificación correspondiente entre empleados públicos y trabajadores oficiales.

11. Las sociedades de economía mixta son sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado, y están sujetas a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario (Código de Comercio, art. 461).

El grado de tutela administrativa a que se sujeta esta clase de sociedades y, en general, las condiciones de la participación del Estado se determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social (Decreto-ley 1050 de 1968, art. 8º, inciso 2º).

Por lo demás, las sociedades de economía mixta pueden pertenecer al orden nacional (Constitución Política, art. 76, numeral 10), al orden departamental (Constitución Política, art. 187, numeral 6º) o al orden municipal (Constitución Política, art. 196, numeral 4º), debiendo precisarse en sus estatutos la pertenencia a uno de dichos órdenes según la naturaleza y ámbito de los servicios y actividades que se les encomienden, la proporción de las participaciones y la intención de los creadores (Decreto-ley 130 de 1976, art. 5º). Igualmente, por disposición de ley, pueden pertenecer al orden intendencial o comisarial.

12. *Clasificación de las sociedades de economía mixta y conclusiones.*

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Sala estima conveniente hacer una clasificación de los diversos tipos de sociedades de economía mixta y determinar sus efectos jurídicos[2]. A ello procede en la forma siguiente:

1. *Sociedades de economía mixta con participación minoritaria del Estado* (Menos del cincuenta por ciento del capital social). Son empresas comerciales de carácter privado con aporte estatal.

Aportes estatales son los que hacen la Nación, las entidades territoriales (Departamentos, Intendencias, Comisarías o Municipios) o los organismos descentralizados de las mismas personas. Cuando el aporte lo haga una sociedad de economía mixta, se entiende que hay aporte

de capital público en el mismo porcentaje o proporción en que la sociedad aportante tiene, a su vez, capital público o estatal dentro de su capital social (Código de Comercio, art. 467).

Los servidores de estas empresas son trabajadores particulares. Sus contratos se rigen por las normas del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones que lo adicionan o reforman; sin perjuicio de lo establecido por las respectivas convenciones o laudos arbitrales, celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones del derecho colectivo de trabajo comprendidas en el Código Laboral.

2. *Sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado* (Cincuenta por ciento o más del capital social sin llegar al noventa por ciento). Son empresas comerciales de carácter semioficial.

A esta clase de sociedades les es aplicable el artículo 64 de la Constitución Política y algunas normas especiales contenidas en la ley. Veamos:

Sus servidores no podrán recibir, además de su remuneración correspondiente, asignación del *Tesoro Público*, expresión esta última con la cual la Constitución entiende el de la Nación, los Departamentos y los Municipios; ni de empresas en que el Estado tenga parte principal. El artículo 64 constitucional establece, en efecto, la siguiente prohibición:

> Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de *empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado*, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes (Subraya la Sala).

Ya el artículo 4º de la Ley 151 de 1959 había dispuesto que para efectos del artículo 64 de la Constitución Nacional se entiende por "empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado" las compañías, establecimientos bancarios, asociaciones, institutos y organismos en que la Nación, los Departamentos, los Municipios, otra y otras personas jurídicas de derecho público, separada o conjuntamente, tenga o tengan el cincuenta por ciento (50%) o más del patrimonio o capital de la respectiva empresa o institución, como también aquellas instituciones u organismos a que se refiere el artículo 2º de la misma ley.

También cuando en las sociedades de economía mixta la participación estatal exceda del cincuenta por ciento (50%) del capital social, a las autoridades de derecho público que sean accionistas no se les aplicará la restricción del voto y quienes actuaren en su nombre podrán representar en las asambleas acciones de otros organismos públicos (Código de Comercio, art. 466).

Respecto de expropiaciones, estas podrán ordenarse con sujeción al artículo 15 del Decreto-ley 130 de 1976 y las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil, cuando la Nación tengan separada o conjuntamente con otras entidades públicas el cincuenta por ciento (50%) o más de las acciones o cuotas sociales.

Qué calidad tienen las personas que prestan sus servicios en este tipo de sociedades?

Son también trabajadores particulares, cuyos contratos se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones que lo adicionan o reforman; sin perjuicio de lo que establezcan las respectivas convenciones colectivas o laudos arbitrales, celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones del derecho colectivo de trabajo, comprendidos en el Código Laboral. Sin embargo, por expresa disposición del artículo 42 de la Ley 11 le 1986, en las sociedades de economía mixta *municipales* (con participación estatal *mayoritaria*), estos servidores son trabajadores oficiales; pero en los estatutos de estas entidades se precisarán las actividades de dirección o confianza que deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos (Subraya la Sala).

Conviene aclarar que el término *municipal*, para los efectos de la Ley 11 citada, no comprende a la ciudad de Bogotá, por tener ésta el carácter de Distrito Especial no sujeto al régimen municipal ordinario.

3. *Sociedades de economía mixta con aporte estatal igual o superior al noventa por ciento (90%) del capital social.* Son sociedades comerciales de carácter oficial cuyo régimen jurídico es el establecido para las empresas industriales y comerciales del Estado.

En este tipo de sociedad un mismo órgano o autoridad podrá cumplir las funciones de asamblea de accionistas o junta de socios y de junta directiva (Código de Comercio, art. 464).

Cuando en estas sociedades la participación oficial fuere exclusivamente de entidades descentralizadas —dispone el artículo 3º, inciso 2º del Decreto 130 de 1976—, en el respectivo contrato social se señalará quién elige o designa su gerente y se determinarán la composición y presidencia de sus juntas directivas.

Por otra parte, el Decreto-ley 130 de 1976, "por el cual se dictan normas sobre sociedades de economía mixta", expresamente define en su artículo 5º que para los efectos previstos en el mismo Decreto son entidades públicas: La Nación, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y *las sociedades de economía mixta sujetas al régimen previsto para las empresas* (Subraya la Sala). De manera que la ley sólo reconoce el carácter de entidad pública a las sociedades de economía mixta pertenecientes a esta tercera clase, o sea aquellas que por tener el 90% o más del capital público, están sujetas al régimen previsto para las empresas industriales o comerciales del Estado.

En los estatutos de estas sociedades deberá hacerse la clasificación correspondiente de los *empleados públicos* y de los *trabajadores oficiales*, de conformidad con las reglas del artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1969 y su Decreto reglamentario 1848 de 1969. Sus servidores son *empleados oficiales*, para utilizar la expresión genérica que trae el Decreto últimamente citado.

Se concluye, por tanto, dando respuesta concreta a la consulta formulada:

a) Las personas que laboran al servicio de ALMAGRARIO S. A., sociedad de economía mixta del orden nacional en la cual los aportes estatales ascienden al setenta y cuatro punto sesenta y cuatro por ciento (74.64%), no son empleados oficiales sino trabajadores particulares;

b) En ALMAGRARIO S. A., por consiguiente, no es posible clasificar a sus servidores con fundamento en la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales.

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

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón*, *Humberto Mora Osejo*, *Luis Fernando Gómez Duque*, Conjuez.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

1. ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, Tomo LXXXI, números 431-432, páginas 71-80.
2. Esta clasificación tiene antecedente en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado de fecha 18 de noviembre de 1970, ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, Tomo LXXIX, números 427-428, páginas 230-238.

PENSIONADOS. CUOTAS DE AFILIACION.—

ORGANIZACIONES DE TIPO NACIONAL DE TERCER GRADO. En el supuesto de que se encuentren "organizaciones de tipo nacional de tercer grado", el dinero recaudado por concepto de cuotas de afiliación no puede ser entregado a ellas sino devuelto a los pensionados a quienes según sentencia de agosto 6 de 1986, la Corte Suprema de Justicia (declaró inconstitucionales los artículos 10, inciso 2º, artículo 6º de la Ley 4ª de 1976), les pertenece como dueños.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación número 170.

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

"1. El artículo 10 de la Ley 4ª de 1976 establecía:

" 'Las empresas, entidades o patronos que satisfacen pensiones, están obligados, a solicitud de las respectivas organizaciones de pensionados, recaudar, mediante las deducciones del caso, las cuotas de afiliación, periódicas y extraordinarias con que los afiliados a ellas deben contribuir para su sostenimiento.

" 'A los pensionados que no pertenezcan a organización alguna legalmente reconocida, la cuota que se descuente será del medio por ciento del valor de la pensión, sin que dicha cuota sea inferior a diez pesos ($ 10.00) mensuales y entregada a la organización de tipo nacional de la misma industria o entidad que el pensionado designe. Con todo, si transcurridos sesenta (60) días, contados a partir de la fecha en que el trabajador empiece a disfrutar de su pensión, éste no decide a qué organización o entidad deben pasar las cuotas, estas serán entregadas automáticamente a la organización de tipo nacional de tercer grado del sector correspondiente'.

"2. Por su parte, el artículo 6º de la Ley 42 de 1982 reiteró el mandato anterior en los siguientes términos: 'La cuota del medio por ciento del valor de la pensión, de que trata el inciso 2º del artículo 10 de la Ley 4ª de 1976, se descontará obligatoriamente, cada mes, por las Cajas de las empresas, entidades o patronos que pagan dichas

pensiones. Estas cuotas serán entregadas de inmediato a la organización de tipo nacional de tercer grado, del sector correspondiente'.

"3. La Corte Suprema de Justicia en sentencia de agosto 6 de 1985, declaró inexequible el inciso 2º del artículo 10 de la Ley 4ª de 1976, por considerarlo contrario a la libertad de asociación en sentido negativo (derecho de no asociarse), lo cual igualmente deja sin aplicación el citado artículo 6º de la Ley 42 de 1982.

"4. En virtud de lo ordenado por las citadas leyes la Caja Nacional de Previsión Social comenzó a descontar el medio por ciento a los pensionados de dicha entidad. Sin embargo, los dineros recaudados no fueron entregados a ninguna 'organización de tipo nacional de tercer grado del sector correspondiente', no obstante las solicitudes que le hicieran algunas organizaciones de pensionados.

"5. El honorable Consejo de Estado, al ser consultado sobre lo que debe entenderse por 'organización de tipo nacional de tercer grado del sector correspondiente' a que hacen referencia los artículos 10 de la Ley 4ª de 1976 y 6º de la Ley 42 de 1982, en concepto del 5 de abril de 1984 respondió: '...La ley no ha previsto la creación de organizaciones de tercer grado, de carácter mixto, que reúnan asociaciones de pensionados del sector oficial y del privado. Por tanto, cada sector tendrá sus organizaciones de primero y segundo grado de carácter local, regional, de industria, etc., pero los pensionados que las integran deberán pertenecer al respectivo sector, bien oficial o privado, a que corresponda la organización...'

"6. De otra parte, la Ley 43 de 1984 estableció la forma como deben constituirse las organizaciones de pensionados, y otorgó la inspección y vigilancia de estas entidades al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En desarrollo de esta ley fueron dictados el Decreto 1654 de 1985 y la Resolución número 0676 del mismo año, los cuales reglamentaron lo referente a requisitos para la obtención de personerías jurídicas, reformas estatutarias, etc. Es de anotar que el artículo 1º de la Resolución mencionada estableció: '...para efectos del artículo 10 de la Ley 4ª de 1976, de los artículos 1º y 6º de la Ley 42 de 1982 y la Ley 43 de 1984, se entiende por «sector correspondiente», el sector público, oficial y semioficial y el sector privado...'

"7. De conformidad con lo anterior, se consideró que los dineros recaudados en virtud de los descuentos del medio por ciento efectuados a los pensionados de la Caja Nacional de Previsión Social sólo podrían entregarse a aquella organización de tercer grado que cobijará a pensionados del sector público.

"Se pregunta entonces:

"Ante la declaratoria de inexequibilidad del inciso 2º del artículo 10 de la Ley 4ª de 1976, los dineros descontados en virtud de esta norma a los pensionados de la Caja Nacional de Previsión Social, deberán ser entregados a aquella entidad que durante la vigencia de la misma cumpliere con los requisitos de ser una organización de tipo nacional de tercer grado que cobije pensionados del sector público?; o por el contrario, y de no existir ninguna organización que durante la

vigencia de la norma reuniere los requisitos señalados, podrá la Caja Nacional de Previsión proceder a la devolución de dichos dineros, en cabeza de quienes lo aportaron?".

La Sala considera:

1º El artículo 10, inciso 2º de la Ley 4ª de 1976 prescribió:

Esta disposición fue reiterada por el artículo 6º de la Ley 42 de 1982, en cuanto dispuso que "la cuota del medio por ciento del valor de la pensión, de que trata el inciso 2º del artículo 10 de la Ley 4ª de 1976, se descontará obligatoriamente, cada mes, por las cajas de las empresas, entidades o patronos que pagan dichas pensiones. Estas cuotas serán entregadas de inmediato a la organización de tipo nacional de tercer grado, del sector correspondiente".

2º La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 6 de agosto de 1985, declaró inconstitucional el transcrito artículo 10, inciso 2º de la Ley 4ª de 1976. Esta decisión también dejó sin efecto el artículo 6º de la Ley 42 de 1982 que reiteró la disposición declarada inconstitucional.

La Corte Suprema de Justicia estimó, como fundamento de su decisión, que el artículo 10, inciso 2º de la Ley 4ª de 1976 infringió los artículos 30 y 44 de la Constitución que protegen el derecho de propiedad y la libertad de asociación, porque impuso al pensionado a que se refiere una contribución forzosa para "los fondos de organizaciones particulares de las cuales tiene pleno derecho a no formar parte, dentro de la garantía la libertad de asociación".

3º Se pregunta si los dineros que fueron descontados a los pensionados durante la vigencia del artículo 10 de la Ley 4ª de 1976 deben ser entregados a la entidad que sea "una organización de tipo nacional de tercer grado que cobije pensionados del sector público" o si, en caso de que ésta no existiere, puede o no "la Caja Nacional de Previsión proceder a la devolución de dichos dineros, en cabeza de quienes los aportaron".

La Sala considera que las organizaciones gremiales de los pensionados de 1º, 2º y 3º grado primeramente fueron regulados por los artículos 1º a 5º, inclusive, de la Ley 42 de 1982 y posteriormente por la Ley 43 de 1986. El artículo 1º, letra c), *ibídem* definió como organizaciones gremiales "de tercer grado o confederaciones las constituídas por federaciones o entidades de segundo grado y por asociaciones de primer grado". El artículo 4º, parágrafo, de la misma ley mantuvo las organizaciones que se habían constituído, pero autorizó al Ministerio del Trabajo para cancelarles la personería por las causales taxativas que prescribe.

Como se expuso antes, el artículo 10, inciso 2º de la Ley 4ª de 1976, reiterado por el artículo 6º de la Ley 42 de 1982, disponía que el pensionado que no pertenezca a ninguna organización podía escoger la de carácter nacional de la misma industria o entidad que debía recibir el valor de la cuota obligatoria. Pero, si no hacía esta elección en el término de sesenta días contados desde la fecha en que principió

a disfrutar de la pensión, esas cuotas debían ser "entregadas automáticamente a la organización de tipo nacional de tercer grado del sector correspondiente".

Según el contexto de la consulta, algunas "empresas, entidades o patronos" habían recaudado las cuotas periódicas de afiliación de los pensionados cuando, mediante sentencia del 6 de agosto de 1985, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el artículo 10, inciso 2º de la Ley 4ª de 1976. Se trata de saber el destino que deba darse a esos fondos.

Cualquiera que sea el efecto —retrospectivo o futuro— que se reconozca a la sentencia que declaró inconstitucional el indicado precepto, en este caso la conclusión es la misma: Esa disposición no puede ser cumplida. Por consiguiente, aún en el supuesto de que se encuentren "organizaciones de tipo nacional de tercer grado", el dinero recaudado por concepto de cuotas de afiliación no puede ser entregado a ellas, sino devuelto a los pensionados a quienes, según la ameritada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, les pertenece como a dueños.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Trabajo y Seguridad Social 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*.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONGRESISTAS. INHABILIDADES.—

El artículo 201 prohíbe genéricamente elegir simultáneamente a una misma persona Alcalde y Congresista y en la específica de elegir Alcalde al Congresista durante la primera mitad de su período constitucional. Del límite de esta prohibición se infiere la posibilidad de elegir Alcalde al Congresista durante la segunda mitad del período, es decir, habiendo transcurrido la primera.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del Ministro de Gobierno. Radicación número 171.

Se absuelve la consulta del señor Ministro de Gobierno, enviada en Oficio número 0724, que se transcribe textualmente:

"Atentamente someto a consideración de la Sala la siguiente consulta, relacionada con la interpretación y aplicación del artículo 3º del Acto legislativo número 1 de 1986 y artículo 5º de la Ley 78 del mismo año, en los apartes que a continuación se transcriben, referentes a la inhabilidad de los Congresistas para ser elegidos Alcaldes.

"Acto legislativo número 1 de 1986.

"Artículo 3º El artículo 201 de la Constitución Política quedará así:

"....."

"Ley 78 de 1986.

"Artículo 5º Inhabilidades. No podrá ser elegido ni designado Alcalde quien:

"a) .....;

"b) Haya sido Congresista durante la primera mitad de su período;

"....."

A su vez el artículo 112 de la Constitución Política prescribe:

"Las incompatibilidades establecidas por la Constitución y las leyes para los Senadores, Representantes y Diputados, tendrán

vigencia durante el período constitucional respectivo; en caso de renuncia, las incompatibilidades se mantendrán por un año después de su aceptación, si faltare un lapso mayor para el vencimiento del período (art. 35 del Acto legislativo número 1 de 1986)".

De acuerdo a las normas transcritas, se consulta:

1. Los Congresistas en ejercicio o que han ejercido el cargo, cuyo período se inició el 20 de julio de 1986 y termina el 19 de julio de 1990, pueden aspirar válidamente a ser elegidos Alcaldes en las próximas elecciones de marzo, renunciando previamente? En este caso, con cuánto tiempo de antelación debe aceptarse la renuncia?

2. Los Congresistas del período ya citado, que no han ejercido el cargo, pueden aspirar válidamente a ser elegidos Alcaldes en marzo de 1988?

La Sala considera:

Del artículo 201 de la Constitución Política deriva la posibilidad del Congresista para ser elegido Alcalde, transcurrido que haya la primera mitad de su período constitucional, pues durante ésta es inhábil.

El contenido del artículo 201 radica en la prohibición genérica de elegir simultáneamente una misma persona como Alcalde y Congresista y en la específica de elegir Alcalde al Congresista durante la primera mitad de su período constitucional. Del límite de esta prohibición se infiere la posibilidad de elegir Alcalde al Congresista durante la segunda mitad del período, es decir, habiendo transcurrido la primera.

Se es inhábil como Congresista, en cuanto pueda computarse la primera mitad del período, sobre la cual recae la causal deducible del artículo 201 de la Constitución, como único elemento determinante de la inhabilidad.

Se establece la prohibición en atención a la naturaleza de la investidura y al factor cronológico implícito en el transcurso de la primera mitad del período para impedir que la condición privilegiada del Congresista interfiera el resultado electoral frente a otros candidatos a la misma Alcaldía que no son Congresistas.

La incompatibilidad del Congresista de concurrir a la elección de Alcaldes, deriva directamente de la prohibición de hacerlo durante la primera mitad del período. Y la posibilidad de concurrir durante la segunda mitad sólo se abre en cuanto se remueve la inhabilidad y ya no sea aplicable la prohibición.

Sólo puede transcurrir la primera mitad del período respecto de quien haya ejercido la investidura y sólo puede computarse como segunda mitad la subsiguiente al transcurso de la primera.

Luego el de inhabilidad es término fijo, irreductible e improrrogable, determinado por su transcurso e incondicionado en su vigencia,

sobre el cual no incide la voluntad del Congresista. Y la inhabilidad comprende, sin distingos a principales y suplentes y sus efectos no son renunciables pues, la propia Constitución no lo prevé sino se limita a señalarlos por su término y vigencia, determinada ésta por el transcurso del primero.

Así puede operar la prohibición constitucional, con el alcance implícito en el texto de su norma que la establece y su aplicabilidad está subordinada a la voluntad del constituyente, expresada en términos de meridiano sentido, nunca al que el interés particular pretenda o al conato esporádico del intérprete, so pretexto de no percibir clara la expresión del artículo 201 de la Carta.

Prescribe, por demás, el artículo 5º de la Ley 78 de 1986, que no puede ser elegido Alcalde quien es Congresista durante la primera mitad de su período so pena de nulidad. Y que el candidato debe manifestar, con su aceptación y bajo juramento, que no se encuentra inhabilitado (art. 26 *ibidem*).

La voluntad del Congresista de renunciar a su investidura no puede implicar, así, la reducción del término de inhabilidad señalado por la Constitución ni resulta vinculada la renuncia a los supuestos del artículo 112.

Basta la aplicación del artículo 201, para impedir que un Congresista pueda desconocer la vigencia de la inhabilidad durante la primera mitad de su período, determinada sólo por el transcurso de ésta.

El artículo 112 del Acto legislativo número 1 de 1968, se refiere a "incompatibilidades establecidas por la Constitución y las leyes para los Senadores, Representantes y Diputados", vigentes durante el respectivo período constitucional. De ahí su previsión, en caso de renuncia, de prorrogar la vigencia de la incompatibilidad por un año, si faltare un lapso mayor para el vencimiento del período.

Estando cubierto por la inhabilidad para ser Alcalde la primera mitad del período del Congresista, no pueden concurrir, sobre la misma los efectos propios de otras situaciones como la prevista por el artículo 112.

El ejercicio aislado de la investidura de Congresista y del cargo de Alcalde, resulta imperativo, por demás, ante la disposición del artículo 61 de la Constitución Política de que ninguna persona puede ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, autoridad política y autoridad civil.

En consecuencia y en el orden de la consideración precedente, la Sala concluye:

1º No pueden concurrir a la próxima elección de Alcaldes los Congresistas elegidos para el período iniciado el 20 de julio de 1986, pues la primera mitad de dicho período se extiende hasta el 19 de julio de 1988.

2º Los Congresistas del período constitucional 1986-1990 que no han ejercido el cargo, tampoco pueden aspirar válidamente a ser elegidos Alcaldes en marzo de 1988 por cuanto la inhabilidad comprende a los Congresistas, es decir, a los principales y suplentes, hayan o no ejercido el cargo.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA.—

Naturaleza jurídica.

A pesar de no existir norma legal a nivel nacional, departamental, ni municipal sobre la creación del Hospital Universitario San Jorge de Pereira, de conformidad con los principios generales de derecho que rigen el campo de acción de la hermenéutica jurídica, dicho hospital tiene las características de un establecimiento público del orden municipal, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre la naturaleza jurídica y el régimen legal aplicable al Hospital Universitario San Jorge de Pereira. Radicación número 157.

El señor Ministro de Gobierno, atendiendo una solicitud del Alcalde de Pereira, somete a consideración de la Sala la consulta relacionada con la naturaleza jurídica y el régimen legal aplicable al Hospital Universitario San Jorge, de esa ciudad.

El consultante hace, en síntesis, las siguientes observaciones:

a) Que de la creación del Hospital San Jorge no existe norma legal alguna que determine su naturaleza jurídica;

b) Que el Concejo Municipal de Pereira mediante el Acuerdo número 11 de 1913 creó en dicho Hospital algunos cargos de dirección, administración y manejo, dependientes de la corporación edilicia, y en 1922, según Acuerdo número 18, creó unas Juntas Municipales, entre ellas la de Beneficencia, a la cual asignó las funciones de mejoramiento y prosperidad del Hospital, debiendo actuar además como Junta Directiva de los establecimientos de beneficencia y asistencia de carácter municipal;

c) Que la Junta de Beneficencia dictó sus estatutos según Acuerdo número 12 de 1965 y los del Hospital San Jorge por medio del Acuerdo número 23 de 1972. Así dicha Junta se atribuyó la dirección del Hospital hasta 1975, año en que quedó adscrito al Sistema Nacional de Salud;

d) Que el Ministerio de Salud mediante la Resolución número 10100 de 1978 (octubre 30), dispuso que el Hospital San Jorge, fuera universitario;

e) Que el Tribunal Administrativo de Risaralda, en sentencia del 13 de marzo de 1984, expresó que el Hospital San Jorge es un establecimiento público adscrito al Sistema Nacional de Salud por cuanto no es producto de la iniciativa privada sino del Estado;

f) Que la Oficina Jurídica del Ministerio de Salud expresó, en concepto emitido el 16 de septiembre de 1986, que el Hospital debía dar aplicación en su integridad a las normas que organizaron y reglamentaron el Sistema Nacional de Salud (Decretos 056, 350, 356 y 694 de 1975 y 1468 de 1979);

g) Que el señor Ministro de Salud, según Oficio de fecha 26 de junio de 1987, señala que la Junta de Beneficencia puede entrar a clasificar los servicios del Hospital, en su condición de Junta Directiva de dicho establecimiento público, conforme a lo previsto en el artículo 42 de la Ley 11 de 1986. Y que el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, plantea solución similar a la anterior. Y,

h) Que el Alcalde de Pereira reconoce que los Ministerios de Salud y de Trabajo se inclinan hacia la aplicación de las disposiciones legales de 1986 (Ley 11, art. 42 y Decreto 1333, art. 292) por ser especiales y posteriores, pero no comparte este criterio en virtud de que también son normas especiales y prevalentes las contenidas en el Decreto-ley 964 de 1975 y el Decreto reglamentario 1468 de 1979.

En consecuencia, el señor Ministro de Gobierno redacta su consulta en los términos siguientes:

1. Al no existir norma legal de nivel nacional, departamental ni municipal sobre la creación del Hospital Universitario San Jorge de Pereira que permita identificarlo como un establecimiento público, así su organización y funciones le den este carácter, podría decirse que tiene tal naturaleza jurídica, o qué otra podría dársele?

2. Con fundamento en las disposiciones contenidas en los acuerdos dictados por el Concejo Municipal de Pereira, puede atribuírsele a la Junta de Beneficencia el carácter de Junta Directiva del Hospital?

3. Tendría dicha Junta facultades legales, dando aplicación a la Ley 11 y Decreto 1333 de 1986, para clasificar el personal que presta servicios al Hospital de Pereira en empleados públicos y trabajadores oficiales, según las actividades que desempeñen?

4. Qué normas son especiales y prevalentes para su aplicabilidad en el citado centro de salud, las contenidas en los Decretos 056, 350, 356 y 694 de 1975 y 1468 de 1979 sobre régimen del Sistema Nacional de Salud o las de la Ley 11 de 1986 y Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986)?

La Sala considera:

El Hospital San Jorge, de la ciudad de Pereira, parece ser hijo de la vida y no de la ley, a juzgar por el misterio que rodea su origen.

El consultante afirma: "De la creación de este Hospital no existe norma legal alguna que determine su naturaleza jurídica" y también que "no existe norma legal de nivel nacional, departamental ni municipal sobre la creación del Hospital Universitario San Jorge de Pereira..."

Es el mundo de la bruma. Aunque parece que no es de origen particular, fruto de la iniciativa privada, sino oficial. Existen algunos Acuerdos expedidos por el Concejo Municipal de Pereira, empezando por el número 11 de 1913, sobre creación de cargos en dicho Hospital, y otros posteriores (como el Acuerdo 18 de 1922 y el 68 de 1944) que crean una Junta de Beneficencia y le asignan funciones para propender al mejoramiento y prosperidad del Hospital, así como para actuar como Junta Directiva de los establecimientos de beneficencia y asistencia públicas de carácter municipal.

Cuando la Junta de Beneficencia de Pereira dicta los estatutos del Hospital San Jorge por medio del Acuerdo número 023 de 1972, éste dice en su artículo 2º: "El Hospital San Jorge tuvo su origen en el Acuerdo número 022 del honorable Concejo Municipal de Pereira". Pero la disposición es vaga, pues no precisa el año de expedición. El consultante no adjuntó copia de ese supuesto acuerdo, con fundamento en el cual sería posible determinar la naturaleza jurídica del Hospital, y al ser solicitado por la Sala, se respondió que había resultado imposible su consecusión (Oficio número 38271 de 17 de noviembre de 1987, suscrito por el Alcalde de Pereira).

Respecto de su patrimonio, si es que tiene "patrimonio independiente", la situación es igualmente confusa. La Junta de Beneficencia de Pereira (o Junta General o Beneficencia), al expedir sus estatutos mediante el Acuerdo número 012 de 1965, dispuso que la Beneficencia de Pereira era una institución de utilidad común, cuyo objetivo es la prestación de servicios de protección, prevención y curación de enfermedades y el desarrollo de otras acciones de asistencia pública como asilos, ancianatos y los demás que creare en un futuro la Junta de Beneficiencia, tendientes a satisfacer necesidades análogas de la comunidad (art. 1º). Y agrega que forman el patrimonio de la institución (art. 5º):

> Los bienes muebles e inmuebles pertenecientes al Hospital San Jorge y a su departamento de pensionados (Clínica Carvajal) y al Pabellón de Tuberculosos, a las dependencias del Asilo de Ancianos y los bienes muebles semovientes, legados, herencias y donaciones...

Sin embargo, la misma Junta General de Beneficencia de Pereira, produjo luego un cambio fundamental cuando dictó los estatutos del Hospital de San Jorge, contenidos en el Acuerdo número 023 de 1972 (noviembre 15). En efecto, obrando como Junta Directiva del Hospital e invocando en forma abstracta "sus atribuciones legales", en el capítulo segundo de dicho acuerdo titulado *Del origen, patrimonio y representación legal de la institución* (la institución es el Hospital San Jorge), dispuso que el patrimonio legal de la institución lo forman:

> a) Los bienes muebles e inmuebles pertenecientes al Hospital "San Jorge" de Pereira y a su departamento de pensionados (Clí-

nica Carvajal), con todos (sic) sus anexidades y mejoras, y el Pabellón de Tuberculosos, a las dependencias del Asilo de Ancianos, el inmueble perteneciente al antiguo Hospital Infantil (hoy Escuela de Enfermería)... (art. 3º).

De manera que *la institución* a cuyo patrimonio se incorporan los bienes muebles e inmuebles del Hospital resulta ser, por disposición de la Junta de Beneficencia, primero la *Beneficencia de Pereira* y después el *Hospital San Jorge.*

En verdad hay un tratamiento nada jurídico, por parte de una Junta Municipal, de una materia tan importante y delicada como es el patrimonio público. Si el patrimonio del Hospital es propio, independiente del patrimonio municipal, se estaría dando una de las características indispensables para recibir el tratamiento de entidad descentralizada, en su modalidad de establecimiento público; pero si el Hospital carece de patrimonio propio, por estar éste incorporado al del Municipio o al de la Beneficencia de Pereira, faltaría una característica esencial para ser establecimiento público.

Conviene recordar que los establecimientos públicos deben reunir las tres características siguientes:

a) Personería jurídica;

b) Autonomía administrativa, y

c) Patrimonio independiente, constituído con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial (Decreto-ley 1050 de 1968, art. 5º y Decreto-ley 3130 de 1968, art. 1º).

Para ser establecimiento público se requiere, además, que si es del orden nacional haya sido creado por la ley, o autorizado por ésta (Constitución Política, art. 76, ordinales 9º y 10, y Decreto-ley 1050 de 1968, art. 5º); que si pertenece al orden departamental, haya sido creado a iniciativa del Gobernador, por Ordenanza de la respectiva Asamblea (Constitución Política, art. 187, ordinal 6º) y si se incorpora al orden municipal haya sido creado a iniciativa del Alcalde, por el correspondiente Concejo (Constitución Política, art. 197, ordinal 4º).

Con todo, el Hospital San Jorge ha recibido el tratamiento de establecimiento público y, por tanto, de entidad descentralizada del orden municipal, con fundamento en una sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda proferida dentro de un proceso de nulidad en el cual se expresó que el Hospital "no es producto de la iniciativa privada o particular sino del Estado". Respecto de dicha providencia, la Oficina Jurídica del Ministerio de Salud conceptuó acerca de su obligatoriedad y la necesidad consiguiente de dar aplicación a las normas que constituyen el Sistema Nacional de Salud.

Podría argüirse, empero, que la sentencia de nulidad no produce sino el efecto de impedir que continúe ejecutándose el respectivo acto administrativo (Decreto-ley 01 de 1984, arts. 84 y 158); y por otra parte, que no es posible sustituir la voluntad y las atribuciones de los

Concejos en relación con la creación de entidades descentralizadas del orden municipal (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales, y sociedades de economía mixta).

Cómo proceder, entonces, en los casos de falta o ausencia de ley?

Desde el año de 1887, cuando fue expedida la Ley 153, existe en Colombia la siguiente norma de interpretación jurídica:

> 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 (art. 8º).

En el presente caso está demostrado que el Hospital San Jorge de Pereira existe con anterioridad a 1913 y que por lo menos en los últimos años ha venido siendo considerado como un establecimiento público, como consecuencia de un fallo de nulidad proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda y un concepto del Ministerio de Salud.

Estos hechos han generado una costumbre, generalizada y reiterativa, mediante la cual se confiere un determinado carácter al Hospital: El de establecimiento público.

La ciencia jurídica no puede desconocer esta circunstancia, así esté fundada tan sólo en una apariencia, porque la costumbre es también fuente de derecho y porque una solución contraria equivaldría a adoptar criterios artificiales, que pugnarían tanto con la conducta colectiva como con los fines de la seguridad social.

El principio general de derecho que se expresa con las palabras latinas *"error communis facit jus"* (el error común hace derecho), tiene la capacidad de convertir la apariencia en realidad, cuando la situación surge de un error invencible, común a muchos. Y encuentra su justificación, según Bonnecase, en la necesidad de salvaguardar la credibilidad pública.

Ni por entidad privada, ni por mera dependencia de la administración central de Pereira, ha sido tenido el Hospital de San Jorge. Ante el desconocimiento acerca de su origen (por ley material o por voluntad particular), primero el Concejo Municipal de esa ciudad expidió distintos acuerdos que regulaban el funcionamiento de un órgano público y después, más concretamente, ha venido recibiendo el calificativo de entidad descentralizada (establecimiento público).

Es evidente, por otra parte, que en el año de 1975 el Hospital quedó adscrito al Sistema Nacional de Salud en virtud de la expedición de los Decretos números 056, 350, 356 y 694, del mismo año, mediante los cuales el Gobierno ejerció las facultades extraordinarias que le habían sido conferidas por el Congreso para reorganizar el Sistema mencionado, cuyo origen se encuentra en la Ley 65 de 1967 y el Decreto-ley 2470 de 1968.

Según el Decreto-ley 056 de 1975, se entiende por Sistema Nacional de Salud el conjunto de organismos, instituciones, agencias y entidades que tengan como finalidad específica procurar la salud de la comunidad, en los aspectos de promoción, protección, recuperación y

rehabilitación (art. 1º), siendo entidades *adscritas*, como entidades de asistencia pública, todas las personas jurídicas de derecho público que presten servicios de salud a la comunidad, reciban o no aportes del Estado, y entidades *vinculadas*, también como entidades de asistencia pública, todas las personas jurídicas de derecho privado que presten servicios de salud a la comunidad, reciban o no aportes estatales, aunque no tengan el control y la vigilancia a que se refiere el artículo 120, ordinal 19 de la Constitución Política.

El artículo 4º del citado Decreto dispone que el Sistema Nacional de Salud tendrá una organización básica para su dirección en los niveles nacional, seccional y local, y el artículo siguiente determina que para la dirección de dicha organización básica estarán adscritas las entidades creadas por ley de la República, ordenanza departamental, acuerdo municipal, intendencial o comisarial, *y las dependencias de otras entidades del sector público que presten servicios de atención médica.*

La dirección del Sistema a nivel seccional la ejercen los Servicios Seccionales de Salud que funcionan en las capitales de los Departamentos, de las Intendencias, de las Comisarías y en el Distrito Especial de Bogotá (*ibídem*, art. 7º). Los Servicios Seccionales de Salud están organizados como dependencias técnicas del Ministerio de Salud y divididos en Unidades Regionales de Salud.

La ley prevé así mismo la modalidad de *contratos de integración* para el más adecuado funcionamiento del Sistema.

Ahora bien: El Hospital de San Jorge es sede de la Unidad Regional de Pereira y está clasificado como Hospital Universitario, de conformidad con la Resolución número 010100 de 1978, dictada por el señor Ministro de Salud. En los considerandos de esta Resolución, se señala que el Hospital desarrolla como sede Programas de Educación Superior en el área de la Salud y que constituye el centro de referencia de más alta tecnología de la región.

Dadas las características indicadas, la Junta Seccional se integra de conformidad con lo dispuesto por el artículo 29 del Decreto-ley 056 de 1975, que es del tenor siguiente:

> Cuando la sede de Unidad Regional de Salud sea un Hospital Universitario, adscrito al Sistema Nacional de Salud, la Junta Seccional estará integrada por:
>
> a) El Jefe del Servicio Seccional de Salud o su representante, quien la presidirá;
>
> b) El Decano de la Facultad de Medicina correspondiente;
>
> c) Un (1) representante de los Directores de Hospitales de la Unidad Regional de Salud;
>
> d) Un (1) representante de la comunidad, elegido según reglamentación, y
>
> e) Un (1) representante de los profesores de la respectiva Facultad.

La existencia de la Junta Seccional no es obstáculo para que un establecimiento público adscrito al Servicio Nacional de Salud, pueda tener su propia Junta Directiva. En el presente caso, trátase de una Junta organizada de conformidad con las normas que dicte el Concejo Municipal y sujeta en su funcionamiento, al régimen jurídico señalado para el Sistema Nacional de Salud y las prescripciones de orden general que expida la Junta Seccional.

Respecto de la presunta incompatibilidad existente entre las disposiciones que reorganizan y reglamentan el Sistema Nacional de Salud (Decreto-ley 056, 350, 356 y 694 de 1975 y Decreto reglamentario 1468 de 1979) y el artículo 42 de la Ley 11 de 1986, la Sala considera que, por el contrario, tales normas son compatibles y se complementan. El Hospital, por estar adscrito al Sistema Nacional de Salud con carácter de Hospital Universitario, está sujeto en la prestación del servicio de salud al ordenamiento establecido en los Decretos respectivos. Y en cuanto a su personal, le es aplicable el artículo 42 de la Ley 11 de 1986, que en su inciso 1º, dice:

> Los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

La Sala responde:

A la pregunta número uno: A pesar de no existir norma legal a nivel nacional, departamental ni municipal sobre la creación del Hospital Universitario San Jorge de Pereira, de conformidad con los principios generales de derecho que rigen el campo de acción de la hermenéutica jurídica, dicho Hospital tiene las características de un establecimiento público del orden municipal, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

A la pregunta número dos: El atributo de autonomía administrativa confiere a los establecimientos públicos la capacidad de disponer de Junta Directiva, sujeta a la organización que le haya sido dada por la respectiva corporación pública (Congreso, Asamblea Departamental, Concejo) al expedir los correspondientes estatutos básicos.

En Pereira, mediante acuerdos del Concejo expedidos con anterioridad a la conformación del Sistema Nacional de Salud, se atribuyó a la llamada Junta de Beneficencia el carácter de Junta Directiva del Hospital San Jorge.

Esa Junta puede continuar funcionando como Junta Directiva del Hospital, con sujeción al régimen jurídico del Sistema Nacional de Salud y a las prescripciones de orden general que expida la Junta Seccional de Salud.

A la pregunta número tres: La Junta Directiva está autorizada en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 11 de 1986 (incorporado al Código de Régimen Municipal o Decreto-ley 1333 de 1986,

art. 292) para preciar en los estatutos qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, por tratarse de trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas, pues los demás servidores son empleados públicos.

A la pregunta número cuatro: Más que de prevalencia de normas, entre las que forman el régimen legal del Sistema Nacional de Salud (Decretos-leyes 056, 350, 356 y 694 de 1975 y Decreto reglamentario 1468 de 1979) y las que sobre *personal* trae la Ley 11 de 1986, Capítulo VIII (arts. 38 a 45) para los municipios, se trata de disposiciones especiales y complementarias entre sí.

Por consiguiente, ambas se aplican, en su respectivo campo de regulación, al Hospital San Jorge de Pereira.

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*, Ausente con excusa; *Jaime Paredes Tamayo*.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

INCORA.—

Carece de fundamento legal la autorización a los abogados de esta entidad, para representar judicialmente a los interesados en los procesos abreviados para el saneamiento del dominio de pequeñas propiedades rurales.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número 177. Interpretación del artículo 4º del Decreto 508 de 1974 en concordancia con el Decreto 196 de 1971. Representación jurídica de los abogados del INCORA.

El señor Ministro de Agricultura doctor Luis Guillermo Parra Dussán, formula a la Sala la siguiente consulta previas las consideraciones que a continuación expone:

El literal d), artículo 3º de la Ley 135 de 1961, señala: "Son funciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria: ... ...
... ...

"d) Clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad, a objeto de identificar con la mayor exactitud posible las que pertenecen al Estado, *facilitar el saneamiento de la titulación privada* y cooperar en la formación de los catastros fiscales; ..."

El artículo 6º de la Ley 4ª de 1973, a su vez dispone: "Con el objeto de dar adecuado cumplimiento al literal d) del artículo 3º de la Ley 135 de 1961, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias para que, dentro del término de un (1) año contados a partir de la vigencia de la presente Ley y en desarrollo del ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, expida un estatuto que contenga el procedimiento judicial abreviado para el saneamiento del dominio de la pequeña propiedad rural. Tal procedimiento contendrá las provisiones necesarias para el emplazamiento que permita el conocimiento y la comparecencia de terceros que se llamen a derecho.

"Para efectos de este artículo, por pequeña propiedad rural se entiende la que no exceda de quince (15) hectáreas.

"En ejercicio de estas facultades podrá decretarse condonaciones por vía general para impuestos sucesorales relativos a la pequeña propiedad rural determinada en el inciso anterior".

En ejercicio de estas facultades extraordinarias, el Gobierno nacional expidió el Decreto número 508 de 1974, disponiendo en su artículo 4º: "El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—, prestará asistencia jurídica gratuita a los interesados de escasos recursos económicos, para facilitarles el ejercicio de las acciones judiciales previstas en este estatuto y financiará el valor de los gastos que demande el proceso, conforme al reglamento que expedirá la Junta Directiva. El Ministerio de Agricultura coordinará con las entidades vinculadas al sector agropecuario la forma de ampliar los servicios de asistencia jurídica de que trata este artículo".

La Junta Directiva del INCORA, con el objeto de dar cumplimiento a lo ordenado en la norma antes transcrita, dictó el Acuerdo número 0026 del 24 de julio del presente año, copia del cual anexo al presente, y cuyo artículo primero prescribe: "Asígnase a los abogados adscritos a las dependencias regionales la función de prestar asistencia jurídica a los interesados de escasos recursos económicos, para facilitarles el ejercicio de las acciones judiciales previstas en el Decreto número 508 de 1974".

Dicha asistencia comprende la atención de consultas y la representación judicial.

"Parágrafo: El jefe de la respectiva dependencia regional, determinará en cada caso, el abogado que prestará la asistencia jurídica una vez sea recibida la solicitud presentada por el interesado que demuestre encontrarse en la situación económica contemplada en el citado Decreto, y periódicamente informará a la Subgerencia Jurídica sobre el desarrollo de los procesos adelantados con el fundamento en el mismo, a fin de que tal dependencia lleve el control correspondiente".

Se consulta:

Actualmente surgen dudas sobre la viabilidad jurídica para que los abogados del Instituto, que son empleados públicos, puedan recibir poderes y representar judicialmente a terceras personas sin que ello implique violación de las normas del estatuto del ejercicio de la abogacía, Decreto 196 de 1971 especialmente su artículo 39, máxime cuando el manual específico de funciones a nivel de cargo contenido en la Resolución de Gerencia General del INCORA número 02437 de mayo 29 de 1985, prohíbe que los abogados asesores regionales puedan representar judicialmente a campesinos de escasos recursos económicos.

El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y el Ministerio de Agricultura están interesados que se precise si existe obstáculo legal para que los abogados al servicio del Instituto puedan asumir la representación judicial de personas de escasos recursos, dentro de los procesos previstos en el Decreto 508 de 1974, ya que podrían presentarse acusaciones por ejercicio ilegal de la profesión contra los abogados que el INCORA designe para adelantar este programa de asistencia jurídica a particulares.

1. ¿La asistencia jurídica que debe prestar el INCORA de conformidad con lo establecido en el artículo 4º del Decreto 508 de 1974, puede y/o debe implicar la representación judicial de los interesados en las acciones judiciales procedentes o por el contrario, debe limitarse sólo a impartir las orientaciones y consejos que se consideren pertinentes?

2. ¿Puede entenderse como ejercicio de la abogacía en función del cargo, el hecho de que los abogados del INCORA representen judicialmente a los campesinos beneficiarios de programas agrarios?

La Sala considera y responde:

1. La Ley 135 de 1961 en su artículo 3 literal d), señala como función del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria: "Clasificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad, a objeto de identificar con la mayor exactitud posible las que pertenecen al Estado, facilitar el saneamiento de la titulación privada y cooperar en la formación de los catastros fiscales".

2. La Ley 4ª de 1973 en su artículo 6º otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República en los siguientes términos: "Con el objeto de dar adecuado cumplimiento al literal d) del artículo 3º de la Ley 135 de 1961, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias para que, dentro del término de un (1) año, contado a partir de la vigencia de la presente Ley y en desarrollo del ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, expida un estatuto que contenga el procedimiento judicial abreviado para el saneamiento del dominio de la pequeña propiedad rural. Tal procedimiento contendrá las provisiones necesarias para el emplazamiento que permita el conocimiento y la comparecencia de terceros que se llaman a derecho.

"Para los efectos de este artículo por pequeña propiedad rural se entiende la que no exceda de quince (15) hectáreas. En ejercicio de estas facultades podrán decretarse condonaciones, por vía general, para impuestos sucesorales a la pequeña propiedad rural determinada en el inciso anterior".

3. En ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 4ª de 1973 el Presidente de la República expidió el Decreto-ley número 508 de 1974 cuyo artículo 4º prescribe: "El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) *prestará asistencia jurídica gratuita a los interesados de escasos recursos económicos, para facilitarles el ejercicio de las acciones judiciales previstas en este Estatuto y financiará el valor de los gastos que demande el proceso* conforme al reglamento que expedirá la Junta Directiva. El Ministerio de Agricultura coordinará con las entidades vinculadas al sector agropecuario la forma de ampliar los servicios de asistencia jurídica de que trata este artículo" (Subrayas de la Sala).

4. No obstante que las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por la Ley 4ª de 1973 en su artículo 3º hacen referencia a la expedición de un Estatuto sobre Procedimiento Judicial Abreviado para el saneamiento del dominio de la pequeña

propiedad rural, el Decreto-ley 508 de 1974 que las desarrolló en su artículo 4º señaló como función del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—, la de prestar asistencia jurídica a los interesados de escasos recursos económicos al igual que financia los gastos que demandare el proceso. Ahora bien, esta *asistencia* habrá de entenderse en el sentido natural y obvio que a la palabra da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en una de sus acepciones como la "acción de prestar socorro, favor o ayuda". Así las cosas, el INCORA mediante la ayuda de los interesados de escasos recursos económicos facilitará el ejercicio de las acciones judiciales previstas en el Decreto-ley 508 de 1974 y conforme a la misma norma, financiará el valor de los gastos del proceso. En otras palabras, no sólo debe colaborar, facilitar, asesorar, ayudar sino que igualmente debe hacer expedito el respectivo proceso mediante la financiación de los gastos atinentes al mismo. Sin embargo, esto no indica que la función de representación judicial debe estar a cargo de sus empleados; ellos están en la obligación de colaborar con los interesados y facilitarles todos los medios tendientes al logro del objetivo señalado en el Decreto-ley 508 de 1974, pero no será su función la de actuar como apoderados en el respectivo proceso, pues ello no se deduce del artículo 4º del Decreto antes citado, y tampoco les corresponde de acuerdo con las funciones atribuídas al INCORA.

En este mismo orden de ideas, al estar obligado el INCORA a financiar el valor de los "gastos que demande el proceso" debe entenderse que dentro de ellos figuran el valor de los honorarios del profesional del derecho que atienda el caso. Se excluye por tanto cualquier participación activa o pasiva de los abogados del INCORA en los mencionados procesos; su función que habrá de ser obviamente en todo momento diligente, se limita a prestar la asesoría y ayuda que sea indispensable con el objeto de facilitar el saneamiento del dominio de las pequeñas propiedades rurales, en los términos y condiciones ya explicados.

En consecuencia, el Acuerdo número 0026 de 24 de julio de 1987 en cuanto autoriza a los abogados del INCORA para representar judicialmente a los interesados en los procesos abreviados para el saneamiento del dominio de las pequeñas propiedades rurales, carece de fundamento legal, y por tanto no puede ser aplicado.

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

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.— Control fiscal.

Sobre las entidades o personas que "reciban, manejen o dispongan de los 'bienes', 'ingresos' de la Nación", entre los cuales se cuentan los bienes de los establecimientos públicos nacionales.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta del Ministerio de Defensa Nacional. Radicación número 182.

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

"En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, me permito dirigirme a esa Corporación, con el fin de formular la siguiente consulta:

"Si es procedente y legal que la Contraloría General de la República establezca control fiscal en el Hotel 'Hilton Internacional Bogotá' y pretenda intervenir en la operación del Hotel y en la revisión de sus libros.

"Para una mayor ilustración de la Sala, se anotan a continuación los siguientes antecedentes:

"—La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, establecimiento público adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, celebró un contrato con la Compañía Hilton International Co. para la administración de un Hotel en el año de 1972.

"—En el artículo 3º del mencionado contrato, se dice Hilton tendrá el control y las facultades absolutas en la operación del Hotel. Ningún aspecto de este contrato se interpretará como la creación de una sociedad o empresa en coparticipación entre la Caja y Hilton. 'No se considerará que el derecho de la Caja a recibir rentas basadas en las declaraciones financieras con base en las operaciones del Hotel, da a la Caja la facultad de intervenir en la operación misma del Hotel...'

"—El artículo 59 de la Constitución Política establece: 'La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley...'

"—El artículo 60 de la misma Constitución Política dispone: 'El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones... 2. Prescribir los métodos de la contabilidad de la administración nacional y sus entidades descentralizadas, y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes nacionales...'

"—La expresión 'a cualquier título' que figura en el artículo 2º de la Ley 20 de 1975, fue declarada inexequible por la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de mayo 19 de 1987, por considerar que la citada expresión implicaba poder ejercer control fiscal tanto sobre los particulares que ejercen una verdadera gestión fiscal, como sobre los particulares que detentan precariamente dineros o bienes públicos de la Nación o de sus establecimientos públicos, y el control fiscal así concedido no se acomodaba a la Constitución".

La Sala considera:

1º Entre la Caja de sueldos de retiro de la Policía Nacional y la sociedad Hilton International Co. se celebró en 1972 el contrato por el cual aquélla dio en arrendamiento a ésta el inmueble de su propiedad situado en la carrera 7ª de Bogotá y comprendido entre la nomenclatura 32-04 y 32-96, con el objeto de destinarlo al funcionamiento de un hotel. La sociedad Hilton International Co. se comprometió a pagarle a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, como precio del contrato, una renta anual equivalente a los porcentajes estipulados sobre la utilidad bruta de la operación del hotel. Se convino que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional tendrá derecho de inspección y revisión, perceptiva y posterior, de las operaciones del hotel, como también de sus libros y registros de contabilidad.

2º La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, como expone el señor Ministro de Defensa, es un establecimiento público nacional, adscrito al mencionado Ministerio. Según el artículo 2º de la Ley 20 de 1975, la Contraloría General de la República ejerce el control fiscal sobre las entidades o personas que "reciban, manejen o dispongan de los bienes o ingresos de la Nación", entre las cuales se cuentan los establecimientos públicos nacionales como la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. Esta supervisión consiste en ejercer, como regla general, como prescribe el artículo 3º de la misma ley, los controles previo, perceptivo y posterior. Sin embargo, según el artículo 5º *ibidem*, "las empresas industriales y comerciales del Estado tendrán sistemas adecuados de fiscalización que consulten principios modernos de auditoría financiera".

3º Según la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 19 de mayo de 1987, que declaró inconstitucional la expresión "a cualquier título" del artículo 2º de la Ley 20 de 1975, el control numérico legal que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República también comprende a "los particulares que ejercen una

verdadera gestión fiscal" y a las "personas que detentan precariamente dineros o bienes públicos", sobre la base de entender que esas personas administran, excepcionalmente, bienes o fondos públicos.

Pero la sociedad Hilton International Co., según el referido contrato de arrendamiento celebrado con la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, no ejerce una gestión fiscal ni detenta ni administra dineros o bienes públicos. Por consiguiente, es una entidad privada, sobre la cual la Contraloría General de la República no tiene facultad de ejercer el control numérico legal de su gestión económica.

Sin embargo, como a la Contraloría incumbe ejercer el control previo, perceptivo y posterior de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, le corresponde fiscalizar sus bienes y rentas, en estas incluídas las que percibe de la sociedad Hilton International Co. por concepto del referido contrato de arrendamiento.

De manera que la Contraloría General de la República debe vigilar, en la forma indicada, la gestión fiscal de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, como lo hace con todos los establecimientos públicos nacionales, mas no la de una empresa privada que no maneja bienes ni fondos públicos, como es la sociedad Hilton International Co.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

RESGUARDOS INDIGENAS.—

La administración corresponde a los cabildos de las parcialidades de indígenas: Estas pueden tener representación en las Juntas Administradoras Locales.

COMUNAS Y CORREGIMIENTOS MUNICIPALES. Tienen organizaciones y funciones muy diferentes a las parcialidades indígenas.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno. Radicación número 175.

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

"De manera atenta someto a consideración de la Sala que usted preside, la consulta referente a normas sobre descentralización administrativa, concretamente los artículos 311 y siguientes del Código de Régimen Municipal, relativos a Juntas Administradoras Locales y a la División de los Territorios de los Municipios en Comunas y Corregimientos frente a los Resguardos Indígenas que se rigen por la Ley 89 de 1890 y demás disposiciones vigentes contenidas en la Legislación Indígena Nacional.

"De conformidad con las normas citadas, para la mejor administración de los servicios, los Concejos pueden a iniciativa del Alcalde, dividir el territorio del Municipio en Comunas, cuando se trate de áreas urbanas y corregimientos, en los casos de las zonas rurales.

"El mencionado texto legal establece en los artículos referidos que en cada Comuna o Corregimiento habrá una Junta Administradora Local, señalándose sus funciones. Entre otras, el artículo 315 les asigna la distribución de partidas que a favor de estas se incluyan en los presupuestos nacionales, departamentales o municipales.

"La Legislación Indígena es de carácter especial, en relación con la Legislación General de la República; la Ley 57 de 1887 en su artículo 5º numeral 1º establece que... 'La disposición relativa en un asunto especial, prefiere a la que tenga carácter general'.

"La Ley Agraria estima que para la definición y protección de los derechos territoriales indígenas existen motivos de utilidad pública y de interés social (Sentencia del 9 de febrero de 1982, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente 2449, Incora, versus Corocoras Tomo Ltda.).

"La Ley 89 de 1890, y por extensión, todo el contenido de la Legislación Indígena Nacional es de orden público, por ser expedida por interés público y social (Consejo de Estado, consulta número 1978 del 16 de noviembre de 1983, hecha por el señor Ministro de Agricultura, Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo).

"También expresó el Consejo de Estado en el referido concepto del 16 de noviembre de 1983, entre otras cosas:

" '6º La Ley 89 del 25 de noviembre de 1890, reconoce la existencia de los Cabildos Indígenas como formas autónomas de gobierno de las parcialidades y le señala las reglas para su constitución, período de duración y forma de posesión (art. 3º). Igualmente, les asigna como funciones, entre otras, la de repartir las tierras comunes (numerales 4 y 5 del art. 7º), ejercer el gobierno económico de la respectiva parcialidad (art. 4º), la realización y custodia de censos (numeral 1º, art. 7º), intervenir en la venta, hipoteca o arrendamiento de tierras del Resguardo (numeral 7º, art. 7º), la potestad de imponer sanciones correcionales a los miembros de la comunidad (art. 5º) y llevar la representación judicial y extrajudicial de los asuntos del Resguardo (arts. 23, 24 y 25)'.

" '7º Por Resolución número 126 de 1923 expedida por la Gobernación del Departamento de Caldas, dictada como resultado de una consulta elevada por el Personero Municipal de Quinchía referente a la calidad de los miembros del Cabildo y de sus actos, dispuso en su artículo 1º que «los pequeños Cabildos Indígenas son entidades de carácter público especial y los documentos que expidan en ejercicio de sus funciones, son instrumentos públicos o auténticos»'.

"Como puede verse, la Ley 89 de 1890 en sus artículos 3º, 4º y 7º, atribuyen a los Cabildos, facultades económicas y administrativas y la Ley 55 de 1905, impone a los Municipios el respeto a los derechos de los indígenas en las tierras de Resguardos.

"La Resolución número 126 de 1923 referida, fue consagrada como norma de carácter nacional mediante Resolución nacional del 29 de julio de 1924".

"Con fundamento en las normas citadas y en las consideraciones anteriores se consulta:

"1. Tienen plena aplicación los artículos 311 y siguientes del Código de Régimen Municipal, respecto de los Resguardos Indígenas?

"2. En caso positivo, pueden asimilarse por analogía los Resguardos Indígenas a Corregimientos, y los Cabildos Indígenas a Juntas Administradoras Locales, para los efectos de prestación de servicios públicos, canalización de recursos y división territorial compatible con la ocupación indígena?

"3. Pueden los Cabildos Indígenas cumplir las funciones asignadas a las Juntas Administradoras Locales?

"4. Pueden los Cabildos Indígenas celebrar con los Municipios, contratos o convenios para la ejecución de obras de desarrollo y mejoramiento de los municipios, incluyendo contratos de fiducia para recaudación y manejo de contribuciones o tasas a que se refieren los artículos 375 a 378 del Código de Régimen Municipal?".

La Sala considera:

1º Los resguardos de indígenas, regulados por la Ley 89 de 1890 con carácter económico y social, tienen por finalidad proteger y recuperar las propiedades de los indígenas. La administración corresponde a los cabildos de las parcialidades de indígenas que tienen, entre otras facultades, según el artículo 7º, ordinal 4º de la Ley 89 de 1890, la de "distribuir equitativa y prudencialmente, con aprobación del Alcalde del Distrito, para el efecto de elaborar entre los miembros de la comunidad las porciones de resguardos que se mantengan en común, procurando sobre todo que ninguno de los partícipes, casados o mayores de dieciocho años, quede excluído del goce de alguna porción del mismo resguardo", como también la de "impedir que ningún indígena venda, arriende o hipoteque porción alguna del resguardo, aunque sea a pretexto de vender las mejoras, que siempre se considerarán accesorias a dicho terreno" (art. 7º, ordinal 7º, *ibídem*), sin perjuicio de que el resguardo puede ser dividido entre sus miembros conforme a lo dispuesto por la misma ley (arts. 14 a 22 *ibídem*). Por consiguiente, como la Sala expuso en concepto del 16 de noviembre de 1983, se trata "de una ley protectora de los indígenas, semejante a las muchas que se expidieron en la época colonial" que, por fundarse en motivos de interés público o social, es de orden público. De donde se concluye que las parcialidades indígenas son entidades públicas de carácter especial, encargadas de proteger a los indígenas conforme a las disposiciones de la Ley 89 de 1890.

2º Las comunas y corregimientos municipales, regulados por los artículos 311 a 316 del Decreto-ley 1333 de 1986, son divisiones administrativas del territorio municipal, en cada uno de los cuales debe existir una "Junta Administradora Local", en la forma que determinen los concejos municipales y con las funciones prescritas por el artículo 312 *ibídem*; pero, según el artículo 313 del mismo Decreto-ley, "no menos de la tercera parte de los miembros de la Junta serán elegidos por votación directa de los ciudadanos de la comuna o corregimiento correspondiente". Además, de acuerdo con la misma disposición, "los miembros principales y suplentes de las corporaciones de elección popular no podrán hacer parte de las Juntas Administradoras Locales" y el período de estas debe coincidir con el de los concejos municipales.

Lo expuesto indica claramente que las comunas y corregimientos municipales tienen organización y funciones muy diferentes de las parcialidades de indígenas y que, por lo mismo, estas no pueden ejercer las funciones que corresponden a aquellos.

Lo propio cabe afirmar de las Juntas Administrativas Locales que, como entidades administrativas, son diferentes de las parcialidades de indígenas y, por lo mismo, estas no pueden sustituirlas: Unas y otras tienen origen, organización y objetivos diferentes.

Sin embargo, en los municipios con población indígena, los concejos municipales bien pueden disponer que las parcialidades de indígenas tengan representación en las Juntas Administrativas Locales; además, la población indígena tiene derecho a participar en las elecciones populares que se realicen para elegir, de conformidad con la ley, por lo menos a la tercera parte de los miembros de cada Junta Administradora Local (arts. 4º de la Ley 89 de 1890 y, 3º, número 3, del Acuerdo Internacional de Protección a los Indígenas —Ley 31 de 1967— y 313 del Decreto-ley 1333 de 1986).

3º Las parcialidades o comunidades de indígenas son, como conceptuó la Sala el 16 de noviembre de 1983, "entidades públicas, de carácter especial, encargadas de proteger a los indígenas conforme a las prescripciones de la Ley 89 de 1890"; con personería jurídica por directa disposición de la ley, actúan mediante los cabildos de indígenas.

Por consiguiente, pueden celebrar los convenios y contratos necesarios para el cumplimiento de su finalidad y promover las controversias pertinentes para la defensa y recuperación de los derechos de la población indígena.

En este orden de ideas, de conformidad con el artículo 375 del Decreto-ley 1333 de 1986, las parcialidades de indígenas pueden "vincularse al desarrollo y mejoramiento de los municipios mediante su participación en el ejercicio de las funciones y la prestación de los servicios que se hallen a cargo de estos" y al efecto pueden celebrar "con los municipios y sus entidades descentralizadas los convenios, acuerdos o contratos a que hubiere lugar para el cumplimiento o la ejecución de determinadas funciones u obras", como también los "contratos de fiducia" que, según el 377 del Decreto-ley 1333 de 1986, tienen por objeto confiar "a la entidad contratista la recaudación y el manejo e inversión de determinadas contribuciones o tasas".

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

LOTERIAS. PLANES DE PREMIOS.—

Los planes de premios que ofrecen el 54% del valor de los BILLETES DE LOTERIAS, aprobadas por el Ministerio de Salud, están en consonancia con el artículo 7º, ordinal 2º de la Ley 12 de 1932 y deben tener aplicación.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta del Ministerio de Salud, sobre vigencia de los planes de premios de las Loterías, adoptado bajo la vigencia de la Ley 12 de 1932, artículo 7º. Radicación número 186.

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

"Comedidamente me permito elevar ante ustedes la siguiente consulta, previas estas consideraciones:

"1. El artículo 7º de la Ley 12 de 1932, había señalado en el 54% del valor de los billetes, como la suma mínima que las loterías deben destinar al pago de los premios modificando así el artículo 2º de la Ley 64 de 1923.

"2. El Código de Régimen Departamental, Decreto 1222 de 1986, en su artículo 194 codificó erróneamente el texto del artículo 2º de la Ley 64 de 1923 referente al 64% del valor de los billetes como premios de la lotería.

"Entre otros, este artículo fue corregido por el Decreto 1736 de 1986 volviendo el porcentaje al 54%; pero con base en demanda que está siendo conocida por la Sección Primera del honorable Consejo de Estado, ese órgano en auto ejecutoriado el 3 de junio de 1987 suspendió provisionalmente el Decreto 1736 de 1986, por lo cual está vigente el artículo 194 del Decreto-ley 1222 de 1986. Código de Régimen Departamental.

"3. Las loterías del país, antes de la ejecutoria de la suspensión provisional del Decreto 1736, habían establecido planes de premios que ofrecen el 54% del valor de los billetes, aprobados por este Ministerio y en conformidad con la norma vigente en ese entonces. Dichos planes de premios tienen vigencia indeterminada, puesto que rigen hasta cuando la respectiva lotería los modifique y el Ministerio apruebe el correspondiente acto.

"Con base en la situación descrita, surge la inquietud sobre si deben las loterías para cumplir con el artículo 194 del Código de Régimen Departamental, proceder de inmediato a modificar sus planes de premios para ofrecer como tales un 64% del valor de los billetes o si por el contrario continúa vigente el plan de premios adoptado con base en el 54%. En esta última hipótesis, sólo deberán ajustarse los planes de premios al 64% cuando la lotería decida modificar el plan vigente en la actualidad por estar contenido el mismo en un acto administrativo de la lotería aprobada por otro acto válidamente expedido por este Ministerio.

"Frente a lo anotado se pregunta:

"Estando vigente debe aplicarse hasta la fecha en que se decida modificarlo, el acto contentivo del plan de premios de las loterías que ofrecen como premios un 54% del valor de los billetes de la lotería, expedido bajo la vigencia de normas legales que así lo establecían?

"Para este Ministerio es de singular importancia la respuesta a la consulta, puesto que están en estudio los presupuestos de las loterías que reflejan el valor de los planes de premios".

La Sala considera:

1º El artículo 2º de la Ley 64 de 1923 dispuso que "el sesenta y cuatro por ciento (64%) del valor de los billetes 'que componen cada sorteo', constituye 'el mínimo que puede destinarse al pago de los premios...' de las loterías. El artículo 7º, ordinal 2º de la Ley 12 de 1932 reformó la norma antes transcrita al disponer que 'el mínimo que podrá destinarse al pago de los premios será el cincuenta y cuatro por ciento (54%) en vez del sesenta y cuatro por ciento (64%) establecido en el artículo 2º de la Ley 64 de 1923...' Esto significa que al entrar en vigencia la Ley 3ª y el Decreto-ley 1222 de 1986 estaba vigente la disposición transcrita".

2º Sin embargo, el artículo 194 del Decreto-ley 1222 de 1986, expedido en ejercicio de facultades extraordinarias y *pro témpore* conferidas al Gobierno por el artículo 35, letra b) de la Ley 3ª de 1986, con el objeto de "codificar las disposiciones constitucionales y legales vigentes para la organización y el funcionamiento de la Administración Departamental", incluyó, entre las disposiciones vigentes, el aparte transcrito del artículo 2º de la Ley 64 de 1923, no obstante que había sido modificado, como se indicó, por el artículo 7º, ordinal 2º de la Ley 12 de 1932.

3º El Gobierno nacional verificó el error y trató de enmendarlo mediante el artículo 1º del Decreto reglamentario 1736 de 1986 que reprodujo en lo esencial, en lugar del artículo 2º de la Ley 64 de 1923, el 7º, ordinal 2º de la Ley 12 de 1932. Pero la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante auto del 24 de febrero de 1987, que se encuentra en firme, dispuso la suspensión provisional, entre otras disposiciones, del artículo 1º del Decreto 1736 de 1986; esta providencia se fundó en que la enmienda del error no podía efectuarse sino mediante ley o decreto con fuerza legislativa, no por medio del decreto reglamentario demandado.

4º Sin embargo la Sala considera que el artículo 35, letra b) de la Ley 3ª de 1986 sólo confirió facultades extraordinarias al Gobierno para compilar las disposiciones constitucionales y legales relativas a la administración departamental; que el artículo 339 del Decreto-ley 1222 de 1986, declarado exequible por sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 13 de noviembre de 1986, no derogó ninguna disposición sino que declaró que, de conformidad con el artículo 35, letra b), de la Ley 3ª de 1986, "están derogadas las normas de carácter legal sobre organización y funcionamiento de la Administración departamental no codificada en este estatuto"; que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia que también profirió el 13 de noviembre de 1986, así interpretó y declaró exequible el artículo 385 del Decreto-ley 1333 de 1986, sustancialmente idéntico al artículo 339 del Decreto-ley 1222 de 1986 y que, en consecuencia, procede examinar si, no obstante lo dispuesto por el artículo 194 del Decreto-ley 1222 de 1986, prevalece o no sobre él el artículo 7º, ordinal 2º de la Ley 12 de 1932.

5º La Sala considera que el artículo 7º, ordinal 2º de la Ley 12 de 1932 modificó el artículo 2º de la Ley 64 de 1923 y que esa disposición no ha sido reformada, sustituída o derogada; que si el artículo 194 del Decreto-ley 1222 de 1986 compiló o codificó, como si estuviera en vigor, el artículo 2º de la Ley 64 de 1923, ello no obsta para que se estime vigente el artículo 7º, ordinal 2º de la Ley 12 de 1932 que lo reformó; porque, si es regla de hermenéutica jurídica que las disposiciones legales especiales y posteriores modifican o subrogan las anteriores que les sean contrarias (art. 3º de la Ley 153 de 1887), también es principio general de derecho que las compilaciones o codificaciones, como la dispuesta por el artículo 35, letra b) de la Ley 3ª de 1986, deben coincidir o concordar con las anteriores disposiciones legales vigentes; y si existe contraposición entre aquellas y estas, *prevalecen, sobre las que fueren ilegalmente codificadas, las que se encontraban vigentes cuando se realizó la codificación.* De donde la Sala concluye que por tratarse, no de una reforma sino de una codificación, el artículo 7º, ordinal 2º de la Ley 12 de 1932, prevalece sobre el artículo 194 del Decreto-ley 1222 de 1986.

6º Lo expuesto significa que los planes de premios que ofrecen el 54% del valor de los billetes de las loterías, aprobados por el Ministerio de Salud, están en consonancia con el artículo 7º, ordinal 2º de la Ley 12 de 1932 y deben tener aplicación.

Si el artículo 1º del Decreto reglamentario 1936 de 1986 está suspendido provisionalmente, mediante auto que debe cumplirse hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, ello no obsta para que pueda y deba cumplirse el artículo 72, ordinal 2º de la Ley 12 de 1932.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Salud y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Autorizada la publicación con oficio de la fecha 26 de febrero de 1988.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

MONOPOLIO POSTAL Y SERVICIO DE CORREO SUPER-RAPIDO.—

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre el campo de aplicación del Monopolio Postal y el servicio de correo super-rápido. Radicación número 174.

Después de hacer algunas referencias de tipo legal acerca del denominado Monopolio Postal, y respecto de la modalidad de correo super-rápido, incluído el servicio privado conocido común e internacionalmente con el nombre COURIER el señor Ministro de Comunicaciones, doctor Fernando Cepeda Ulloa, formula a la Sala la siguiente consulta:

I. Contraviene la acción de los "Courriers" el Monopolio Postal que ejerce el Estado a través de la Administración Postal Nacional?

II. Unicamente a través de los contratos administrativos de Agencias de Correo y de Asociación para el servicio del correo aéreo (arts. 215 y 216 del Decreto 222 de 1983), pueden los particulares prestar el servicio público postal o el de correo aéreo en los ámbitos interno e internacional?

III. Puede considerarse la Mensajería Especializada como actividad cumplida en desarrollo de contrato mercantil "Transporte de Cosas", previsto en el Capítulo III del Título IV del Código de Comercio y, por tanto, podría regularlo el Gobierno como Servicio Extrapostal?

La Sala considera:

El servicio de correos es, por definición, un servicio público que tiene por objeto el transporte de la correspondencia oficial y privada.

El Diccionario de la Lengua Española utiliza también la expresión correspondencia correo, para indicar con ella el conjunto de cartas que se reciben o expiden.

Dada su enorme importancia social, la correspondencia confiada a los correos ha sido convertida por el Estado en una función administrativa, ejercida ya directamente por empresas estatales, o bien por intermedio de particulares que —previa la celebración de los respectivos contratos— cooperan en la prestación del servicio.

El envío de correspondencia trasciende a menudo las fronteras de los Estados, convirtiéndose en una actividad que requiere de la intervención y regulación de los Gobiernos. De ahí que el criterio orientador haya sido el siguiente:

La organización del servicio de correos se rige por las disposiciones de la Unión Postal Universal (UPU) y de la Unión Postal de las Américas y España (UPAE), en defecto de ellas por la ley colombiana, y a falta de ésta por la reglamentación que expida el Gobierno.

El criterio mencionado nació con la expedición del Código Fiscal de 1910 y se reitera, directamente o indirectamente, en normas posteriores sobre la materia: Leyes 124 de 1913, 76 de 1914, 82 de 1916 y Decretos 1418 de 1945, 137 de 1950, 3267 de 1963, 1580 de 1974, 195 de 1976 y 75 de 1984.

Pero aún con anterioridad, desde la época en que fue redactada y entró a regir nuestra Constitución Política, ya el legislador establecía que "el servicio de correos y telégrafos de la República, está sujeto a la dirección suprema del Estado" (Ley 36 de 1886, art. 2º). Ocurría ello cinco años después de haber ingresado Colombia a la Unión Postal Universal.

Los constituyentes de 1886 incluyeron en la Carta Política el siguiente precepto:

> La correspondencia confiada a los telégrafos y correos es inviolable. Las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados, sino por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley, y con el único objeto de buscar pruebas judiciales (...). Podrá gravarse, pero nunca prohibirse en tiempo de paz, la circulación de impresos por los correos.

Este texto con las modificaciones introducidas por el Acto legislativo número 1 de 1945, corresponde al artículo 39 de la codificación vigente, a cuyo tenor dice:

> La correspondencia confiada a los correos y telégrafos es inviolable. Las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados sino por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales (...). Para la tasación de impuestos y para los casos de intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás papeles anexos (...). Podrá gravarse, pero nunca prohibirse en tiempo de paz, la circulación de impresos por los correos.

El principio de la inviolabilidad de la correspondencia tiene rango y jerarquía constitucional; mediante él se procura garantizar la libertad de circulación e impedir que se atente contra el secreto que la correspondencia puede contener.

Fue precisamente la necesidad social de garantizar la libertad y el secreto de la correspondencia, la razón primordial que indujo a los Estados —con mayor o menor amplitud— a consagrar en su favor el denominado Monopolio Postal.

Postal es, según el Diccionario, "lo concerniente al ramo de correos". Y para la ley colombiana por servicio postal se entiende, el servicio de correos y los servicios financieros de carácter postal, en el ámbito nacional e internacional.

Pues el Monopolio Postal y Telegráfico en favor del Estado (Ley 76 de 1914, art. 17) o sencillamente el Monopolio Postal (Decreto 1418 de 1945, art. 5º), obedece, según la ley (Decreto 1580 de 1974) a estas finalidades:

1. Garantizar la libertad y el secreto de la correspondencia; y

2. Asegurar al Gobierno nacional la comunicación directa con todos sus funcionarios y colaboradores en el territorio nacional y con ello el mantenimiento del orden y la defensa de la Nación.

Como consecuencia de la existencia del Monopolio Postal, el legislador colombiano utiliza expresiones como las siguientes:

> Es función privativa del Estado el establecimiento, sostenimiento y manejo del correo aéreo. El Gobierno prestará este servicio directamente o por administración delegada (Decreto 1418 de 1945, art. 6º).
>
> El servicio postal tiene carácter público y su prestación corresponde al Estado, con observancia de la legislación nacional e internacional (Decreto 1580 de 1974, art. 2º).
>
> La prestación del servicio de correos compete exclusivamente al Estado... (Decreto 75 de 1984), etc.

En Colombia corresponde ejercer a nombre del Estado el Monopolio Postal, a la Administración Postal Nacional (ADPOSTAL), establecimiento público adscrito al Ministerio de Comunicaciones. Como consecuencia, entre sus atribuciones está la de "prestar y explotar los servicios postales en el ámbito nacional e internacional" (Decreto-ley 3267 de 1963 y Decreto 195 de 1976). Y entre sus obligaciones, la de "entregar los envíos de correspondencia, así como los servicios especiales, complementarios y financieros, a los destinatarios, en las mismas condiciones en que fueron confiados al Servicio Postal" (Decreto 1580 de 1974, art. 75). Este último Decreto preceptúa que el manejo de correo se efectuará directamente por ADPOSTAL, pero cuando no pueda hacerlo por sí misma, podrá contratarlo con particulares, de acuerdo con los reglamentos postales (*ibídem*, art. 61).

Además de lo previsto en los convenios internacionales, los envíos postales que hacen parte del Monopolio comprenden lo siguiente:

a) Las cartas;

b) Las tarjetas postales;

c) Los impresos hasta 1.000 gramos;

d) Los envíos publicitarios;

e) Los envíos o recibos de todo tipo con la dirección del destinatario;

f) Los envíos agrupados de cartas;

g) Las encomiendas postales hasta 2.000 gramos de peso;

h) El servicio de Correo Electrónico (Decreto 75 de 1984, art. 4º).

El artículo 6º del Decreto últimamente citado, prohíbe la admisión, transporte o reparto urbano, interurbano o internacional de cualquiera de los bienes y servicios que se acaban de enumerar, sin previo contrato con la Administración Postal Nacional.

En cuanto a las *modalidades* de prestación del servicio postal, el Ministerio de Comunicaciones distingue cuatro clases de correo:

1. Correo tradicional.

2. Correo super-rápido o "sensible al tiempo".

3. Correo electrónico.

4. Servicios Postales Especiales.

Así se desprende de lo dispuesto en la Resolución 1248 de 1984, expedida por el Ministerio de Comunicaciones con fundamento en la facultad de reglamentación que le corresponde de los servicios del sector de Comunicaciones, atribuída por el Decreto 3267 de 1963 y, además, atendiendo a la facultad que tiene ADPOSTAL para utilizar y recurrir a todos los medios y modalidades de comunicación para reducir al máximo posible el tiempo de los envíos postales entre el remitente y el destinatario, en procura de lograr la plena satisfacción de los usuarios, al tenor del Decreto 75 de 1984, artículo 4º, parágrafo primero.

De manera que una de las ramas en que se divide el correo, o una de las modalidades de prestación del servicio postal, es el correo super-rápido, que el artículo 3º de la Resolución 1248 de 1984, define en los siguientes términos:

> Se entiende por correo super-rápido el servicio postal que preste el Estado directamente o por contratación dentro del marco de las normas postales internas e internacionales, con tarifas comerciales reguladas por el Estado, para la admisión, transporte y entrega de envíos postales tradicionales o similares, documentos urgentes y en general documentos sensibles al tiempo, por la modalidad de entrega en propia mano con comprobante de entrega bajo firma, con una calidad garantizada y con un tiempo máximo entre la admisión y la entrega de 12 horas dentro del territorio nacional y de 48 horas en el ámbito internacional. Cuando el servicio de correo super-rápido se preste por contratación, se limitará únicamente a las cartas-documentos, impresos y encomiendas hasta 2 kilos.

Respecto de la actividad particular en el ramo de correos, en las Actas de la UPU, que son tratados intergubernamentales obligatorios para los países miembros, se encuentra formulada la siguiente observación:

> Las empresas privadas de transporte de correo sólo pueden ejercer sus actividades en el plano internacional en la medida

> en que sus servicios sean tolerados en el plano nacional, *tanto por la Administración Postal del país de expedición como por la del país de destino.* Si no es así, corresponde a la Administración del país que no admite estos servicios intervenir en función de sus leyes nacionales para hacer que se respete el monopolio (Subraya la Sala).

El correo super-rápido es, pues, función del Estado, modalidad del Monopolio Postal; comprende las cartas-documentos, impresos y encomiendas hasta dos (2) kilos. Solamente tales rubros, en cuanto exceden el peso indicado, quedan por fuera del Monopolio, como un servicio extrapostal.

Y nada se opone a que tales envíos vayan asegurados. Así como se asegura el contenido, por el monto de la declaración, de las "Cartas con valor declarado" (Decreto 1580 de 1974, art. 18, literal g). O como en el servicio interno sólo se aceptan las *encomiendas aseguradas* dentro de los llamados "Servicios postales complementarios" de que trata la Sección IV, correspondiente al artículo 23 del Decreto 1580 de 1974. O como se dispone en la regulación del contrato de conducción de correos:

> El contratista se obliga para con ADPOSTAL a recibir, recolectar y distribuir el correo nacional de correspondencia ordinaria, certificada o *asegurada,* ya sea por vía aérea o de superficie, de un sitio a otro, sometiéndose a itinerarios, frecuencias y horarios establecidos por la entidad contratante (Decreto 222 de 1983, art. 212).

El servicio de correo super-rápido está incluido por algunos países dentro del Monopolio Postal, mientras otros lo regulan como un servicio privado extrapostal. En Colombia es el servicio "Corra". En otras naciones es el servicio denominado COURIER, cuya prestación está a cargo de particulares; cumple operaciones especializadas de recibo, conducción y entrega de documentos y encomiendas sensibles al tiempo. También en Colombia el sistema COURIER ha tomado auge en la última década, dando lugar a la formación de la Asociación Colombiana de Empresas de Mensajería Especializada. Al margen de esta Asociación, empero, existen otros particulares que se ocupan en la misma actividad.

La legislación nacional ha insistido al reglamentar el Monopolio Postal, en que éste compete exclusivamente al Estado pero que el envío de correspondencia puede ser prestado directamente por la entidad pública o por personas naturales o jurídicas, en este último evento por la vía de la contratación. Así, por ejemplo, el Decreto 1418 de 1945 alude a que el servicio puede ser prestado directamente o por administración delegada; el Decreto 1580 de 1974 se refiere a los contratos de concesión para el manejo de los correos; y el Decreto 75 de 1984, establece que ADPOSTAL podrá contratar envíos de correspondencia con particulares de acuerdo "con lo dispuesto en el Decreto-ley 222 de 1983, en concordancia con el artículo 53 del Decreto 1393 de 1970".

Siempre que el Estado considere que la cooperación de los particulares es "importante y eficaz en favor del servicio de correos", puede proceder a la celebración de uno cualquiera de los contratos que la ley autoriza, y que son básicamente los siguientes:

1. Conducción de correos;

2. Agencias de correo; y,

3. Asociación para el servicio de correo aéreo (Decreto 222 de 1983, arts. 212, 215 y 216).

La Sala responde:

A la pregunta I. La acción de los "Courriers" contraviene al Monopolio Postal si se ejerce por fuera y al margen de éste. Pero su funcionamiento es legalmente admisible mediante la contratación del servicio por la Administración Postal Nacional.

A la pregunta II. Los particulares pueden prestar el servicio público postal o el de correo aéreo en los ámbitos interno e internacional, acudiendo a la celebración con el Estado, según el caso, de uno cualquiera de los contratos que regula el Capítulo 15 del Título VIII del Decreto-ley 222 de 1983 (Estatuto Contractual de la Nación y sus entidades descentralizadas). Tales contratos son: El de conducción de correos, el de agencia de correos y el de asociación para el servicio del correo aéreo.

A la pregunta III. El transporte es un contrato en que una de las partes se obliga con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar estas al destinatario (Código de Comercio, art. 981).

En el contrato de transporte de cosas, las partes son: El transportador, el remitente y el destinatario (*ibídem*, art. 1008).

La Mensajería Especializada podría considerarse como actividad cumplida en desarrollo del contrato mercantil denominado transporte de cosas y, por tanto, regulado por el Estado como un servicio extrapostal, tan sólo en aquellos aspectos no comprendidos en el Monopolio Postal. Así, por ejemplo, en las cartas-documentos de más de dos kilos de peso; en el envío de impresos de más de 1.000 gramos, y en el envío de encomiendas postales de más de 2.000 gramos de peso.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CREDITO DE FOMENTO.— Concepto.

Diferencias con el crédito de cartera ordinaria. Leyes 5ª de 1973, 21 de 1985, Decretos reglamentarios números 1561, 1562 de 1973 y 178 de 1986.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre el crédito de fomento para el sector agropecuario. Radicación número 189.

El señor Ministro de Agricultura, doctor Luis Guillermo Parra Dussán, formula a la Sala la consulta que está concebida en los términos siguientes:

Con fundamento en el artículo 98 del Decreto 01 de 1984 y en razón a que se ha presentado algunas dudas sobre el otorgamiento y ejecución de créditos de fomento de los regulados por la Ley 5ª de 1973, los Decretos 1561 y 1562 del mismo año y demás normas complementarias que regulan la materia, me permito elevar consulta sobre los puntos que a continuación relaciono:

1º Qué se entiende por crédito de fomento?

2º En opinión de esa honorable Corporación, cuáles deben ser los elementos constitutivos de la noción de crédito de fomento?

3º Cuáles son las diferencias entre el crédito de fomento y el crédito de cartera ordinaria?

La Sala considera:

Los expertos estiman que el origen del crédito agropecuario en Colombia es el año de 1923, cuando la Misión Kemmerer recomendó la organización del sistema bancario y la creación del Banco de la República. Este último tenía, entre sus atribuciones, el otorgamiento de préstamos a corto plazo para el sector agropecuario.

Con la fundación en 1924 del Banco Agrícola Hipotecario y a partir de los primeros años de la década del treinta, de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, el país comenzó a definir una política de estímulo a los cultivadorse de la tierra, los mineros y los

pequeños industriales, mediante préstamos a corto, mediano y largo plazo, enmarcada en el concepto que la reforma constitucional de 1936 llamaría de intervención del Estado en la economía.

De la década de los años cincuenta, data el otorgamiento en el Banco de la República de un cupo de redescuento para el fomento de actividades productivas; la fundación de los Bancos Cafetero y Ganadero; la obligación para los bancos comerciales de destinar un porcentaje de sus depósitos (inicialmente el 12%) al fomento de las actividades agrícolas, ganaderas y pesqueras; y la regulación contenida en la Ley 26 de 1959, con la que se pretendió armonizar la legislación en materia de crédito agropecuario.

Pero sin duda la disposición más importante de los últimos años en cuanto a la función interventora del Estado para el otorgamiento de crédito dirigido al sector primario de la economía, es la Ley 5ª de 1973, dictada con la finalidad de capitalizar la producción agropecuaria, orientarla con sentido social y procurar utilizar racionalmente el potencial humano de nuestras zonas rurales.

El aspecto central de aquella ley consistió en la creación del Fondo Financiero Agropecuario (FFAG), incorporando a él el Fondo Financiero Agrario (FFA) que desde 1966 funcionaba en el Banco de la República por disposición de la Junta Monetaria, y de este modo ampliar el *sistema de redescuento*. La ley autorizó, en efecto, al Banco de la República para emitir títulos de crédito denominados "Títulos de Fomento Agropecuario", que debían ser suscritos por los bancos comerciales (Título de "Clase A") o colocados entre empresas oficiales o de economía mixta (Títulos de "Clase B"); y dispuso que con el producto de la colocación de dichos títulos, el Banco de la República constituyera y administrara un fondo de redescuento de los préstamos de fomento agropecuario, que es precisamente el Fondo Financiero Agropecuario.

Así mismo la Ley 5ª de 1973 creó el Consejo Asesor de la Política Agropecuaria como órgano del Ministerio de Agricultura, el Fondo de Asistencia Técnica a los pequeños agricultores y ganaderos, y reguló la constitución y funcionamiento de los Fondos Ganaderos que, dedicados al fomento y mejora de la industria ganadera, son sociedades anónimas de economía mixta del orden nacional, organizadas con participación de la Nación o de los departamentos, municipios, intendencias o comisarías, los cuales suscribirán las acciones de "Clase A", pues las de "Clase B" se destinarán a la suscripción de los particulares; dichas acciones, por lo demás, las eximió del pago de impuestos de renta y complementarios.

La Ley 5ª asignó también funciones a la Junta Monetaria para determinar las condiciones que deben reunir los préstamos para su redescuento, así como el monto, modalidades y porcentajes de redescuento, el cual no podrá ser inferior al 65% de la operación crediticia. Y enunció las principales actividades financiables a mediano y largo plazo con cargo al Fondo Financiero Agropecuario, de conformidad con planes previamente aprobados por el Ministerio de Agricultura. El listado se encuentra incluído en el artículo 15 de la ley.

Respecto de los requisitos para el redescuento de préstamos (a corto, mediano y largo plazo) de fomento agropecuario, la Ley 5ª exigió que tales préstamos se hayan concedido por la Caja Agraria, 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", o por los bancos comerciales; que se hayan otorgado con sujeción a los programas y requisitos establecidos por el Ministerio de Agricultura; que la operación de redescuento se haga de conformidad con las disposiciones legales y los reglamentos de la Junta Monetaria; y que la asistencia técnica y el control de inversiones se lleve a cabo por las entidades y en las condiciones señaladas por la ley.

La ley en referencia fue reglamentada por los Decretos 1561 y 1562 de 1973, el primero en lo atinente a los recursos del Fondo de Asistencia Técnica a los Pequeños Agricultores y Ganaderos, y el segundo de manera general. De esta última reglamentación conviene destacar los siguientes aspectos:

a) Corresponde al Ministerio de Agricultura la elaboración de los *programas de producción y fomento para las distintas actividades agropecuarias*, con base en los cuales se determinarán las actividades agrícolas, ganaderas, forestales o pesqueras que pueden financiarse con derecho a redescuento en el Fondo Financiero Agropecuario; y la definición del carácter de pequeños agricultores y ganaderos, teniendo en cuenta las condiciones sociales, económicas y ecológicas de las diferentes regiones;

b) Compete a la Junta Monetaria determinar la *distribución de los recursos disponibles* entre las distintas actividades agrícolas y pecuarias que pueden financiarse con redescuento en el FFAG;

c) Son *beneficiarios del crédito* del FFAG, las personas naturales o jurídicas domiciliadas en el país que, demostrando su calidad de dueños, arrendatarios, poseedores o tenedores de buena fe de predios susceptibles de producción en cualquiera de las actividades agropecuarias objeto de financiación, acrediten ante las entidades prestamistas que dichos predios están siendo explotados económicamente o que existen proyectos de explotación; y,

d) Determina que son de corto plazo los créditos hasta por dos años, de mediano plazo hasta 8 años y a largo plazo, de más de 8 años.

Por otra parte, la Ley 21 de 1985, estableció líneas de crédito con cargo al Fondo Financiero Agropecuario para financiar actividades de comercialización, transformación primaria y conservación de productos agrícolas, pecuarios, pesqueros y de acuicultura, siendo sus beneficiarios las Cooperativas de agricultores, ganaderos, pescadores y acuicultores, así como las Asociaciones Gremiales de productores agropecuarios, pesqueros y de acuicultura, sin ánimo de lucro, debidamente registradas en el Ministerio de Agricultura.

Además de la ampliación de las líneas de crédito, la Ley 21 creó en el Banco de la República un Fondo de Garantías para respaldar los créditos otorgados por el FFAG a los usuarios que no pueden

ofrecer las garantías exigidas normalmente por los intermediarios financieros y, como consecuencia de sus disposiciones, determinó que el presupuesto del FFAG se distribuye por su Comité Administrador teniendo en cuenta el monto global de recursos para producción y comercialización, la estructura de plazos establecidos por la Junta Monetaria y los programas específicos de producción que elabore el Ministerio de Agricultura.

La Sala responde:

A la pregunta número 1. El crédito de fomento representa una política del Estado dirigida a dotar de recursos crediticios a un determinado sector, o subsector o agente económico privado, con el fin de obtener especiales objetivos de carácter económico o social.

Situado dentro de la estrategia general de intervención del Estado en la economía, el crédito de fomento es un instrumento de desarrollo que cumple funciones económicas y sociales, ya sea de carácter antiinflacionario o de distribución del ingreso, o como factor de generación de empleo, descentralización económica, sustitución de importaciones y, por supuesto, de impulso a sectores que merecen una atención prioritaria.

A la pregunta número 2. El crédito de fomento para el sector agropecuario, conforme a las Leyes 5ª de 1973 y 21 de 1985, y los Decretos reglamentarios 1561 y 1562 de 1973 y 178 de 1986, tiene como elementos constitutivos su regulación por el Estado, la canalización del otorgamiento de los préstamos a corto, mediano y largo plazo por entidades estatales de fomento o financieras de intermediación (Caja de Crédito Agrario, Bancos Cafetero y Ganadero, Fondos Ganaderos, Corporaciones financieras, bancos comerciales, etc.), la sujeción a los planes y requisitos establecidos por el Ministerio de Agricultura y a los reglamentos de la Junta Monetaria sobre condiciones que deben reunir los préstamos para su redescuento, así como el complemento de la asistencia técnica, la supervisión y la evaluación.

A la pregunta número 3. Al crédito de cartera ordinaria se aplican las regulaciones bancarias normales, de modo que la banca comercial asigna libremente el crédito en función de factores tales como la liquidez, la rentabilidad, las garantías y la reciprocidad.

Los créditos ordinarios o de consumo están destinados a atender necesidades corrientes de los usuarios en cuanto a capital de trabajo, educación, salud, recreación, etc., y corresponden a líneas de captación en cuentas corrientes, depósitos de ahorros, certificados de depósito a término, encargos fiduciarios, redescuentos, bonos, etc.

Los créditos conocidos como de "Ley 5ª", son otorgados a los clientes de la entidad crediticia que sean personas naturales o jurídicas, vinculadas por cuenta corriente, de ahorros o por cualquier forma de depósito y que demuestren su calidad de propietarias, poseedoras o tenedoras de predios susceptibles de producción en cualquiera de las actividades agropecuarias objeto de financiamiento.

Los créditos de fomento, por razón de sus características, tienen reglamentación estatal, destinación específica y se efectúan en determinadas condiciones, generalmente más favorables, relacionadas con tasas de interés, garantías de cumplimiento y plazo de amortización.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONTRATOS DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS DE LA CORPORACION NACIONAL DE TURISMO QUE LABORAN EN LAS OFICINAS SECCIONALES DEL EXTERIOR.— TRASLADO DE TRABAJADORES AL EXTERIOR O AL INTERIOR. Pasos que debe respetar la Corporación.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre los contratos de trabajo de los empleados de la Corporación Nacional de Turismo que laboran en las oficinas seccionales del exterior. Radicación número 193.

El señor Ministro de Desarrollo Económico, doctor Fuad Char Abdala, luego de hacer algunas observaciones generales sobre el origen y funcionamiento de la Corporación Nacional de Turismo, formula a la Sala la siguiente consulta:

1. Puede la Corporación dentro de las facultades de que dispone, consignadas en el respectivo contrato de trabajo y en normas legales y reglamentarias, trasladar a sus trabajadores, contratados para prestar sus servicios en el exterior, a otras seccionales ubicadas fuera del territorio nacional o a la sede principal u oficinas seccionales del interior de la República, respetando su nivel jerárquico, su remuneración en dólares si se le traslada a otra oficina del exterior o asignándole una remuneración en moneda colombiana, en el segundo evento?

2. Puede la Corporación ordenar legalmente a trabajadores que hubiesen laborado inicialmente en Colombia y trasladados posteriormente al exterior, nuevamente presten sus servicios en cargos de igual o superior nivel jerárquico al desempeñado en el exterior, ubicándolos en su oficina principal o en sus seccionales del interior del país, con remuneración en pesos colombianos?

La Sala considera:

1. La Corporación Nacional de Turismo, creada por medio del Decreto-ley 2700 de 1968, es una empresa industrial y comercial del Estado que se encuentra vinculada al Ministerio de Desarrollo Económico.

De conformidad con el artículo 8º del citado Decreto, los estatutos determinarán quiénes de los trabajadores de la Corporación, además del Gerente, tendrán la calidad de empleados públicos.

Al expedirse en el año de 1977 el Decreto número 3018, por el cual se aprobaron los estatutos de la Corporación Nacional de Turismo, quedó establecido que el Gerente es un empleado público de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República (*ibídem*, arts. 32 y 36 inciso final), y que las demás personas que prestan sus servicios a la Corporación son *trabajadores oficiales*, vinculados mediante contrato de trabajo (*ibídem*, art. 36, incisos 1º y 2º).

La Corporación dispone, para el cumplimiento de sus objetivos sociales, de oficinas que con el carácter de seccionales funcionan tanto en el interior como en el exterior del país. Los trabajadores oficiales que están a su servicio fuera del territorio nacional, devengan su remuneración en dólares estadounidenses, y en sus respectivos contratos se ha estipulado una cláusula según la cual se obligan a desempeñar cualesquiera otras funciones que se les asignen, relacionadas con las actividades o negocios de la Corporación que no exijan una técnica especial y diferente, incluyendo el traslado a otros municipios y lugares que se les señalare, siempre que tales cambios no impliquen disminución en la categoría y remuneración del trabajador.

2. La Ley 6ª de 1945, que representó un gran avance en materia laboral y el antecedente más importante del Código Sustantivo de Trabajo expedido tres años después (contenía disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo), definió que existe contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la *continuada dependencia* de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio (art. 1º) y para los casos de incumplimiento de lo pactado, introdujo para todo contrato de trabajo la condición resolutoria tácita, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable (art. 11).

3. Reglamentada la Ley 6ª de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, por medio del Decreto 2127 del mismo año, ya en forma más explícita se determinó que la existencia del contrato de trabajo estaba supeditada a la concurrencia de estos tres elementos:

a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y

c) El salario como remuneración del servicio.

Como consecuencia, el contrato de trabajo no deja de serlo ... por el sitio en donde se realice (art. 3º).

Habiendo sido consideradas las disposiciones que regulan el trabajo humano como de orden público, es obvio que ellas contienen el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores, razón por la cual son condiciones absolutamente nulas (y no obligan a los contratantes aunque se expresen en el contrato) aquellas que *desmejoren la situación del trabajador* en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, las convenciones colectivas, los

fallos arbitrales o reglamentos de la empresa, y además, las que tiendan a limitar o entorpecer el libre ejercicio de los derechos políticos o civiles del trabajador (*ibídem*, art. 18).

Por lo demás, y cuando el servicio haya de prestarse fuera del país, los gastos de transporte del trabajador, y los de su familia, en su caso, estarán exclusivamente a cargo del patrono (*ibídem*, art. 23); y en tratándose de servicios que deban prestarse dentro del país, pero a una distancia mayor de doscientos kilómetros de la residencia de los trabajadores, los contratos deberán estipular que los gastos que implique la movilización de los trabajadores hasta el sitio de trabajo y los de su regreso al lugar de origen, serán exclusivamente de cargo del patrono (*ibídem*, art. 24).

4. Expedido en 1948 el Código Sustantivo del Trabajo, cuya vigencia se dispuso a partir del 1º de enero de 1951, su órbita de regulación jurídica quedó circunscrita a las relaciones de derecho individual de trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo de trabajo, oficiales y particulares (*ibídem*, art. 3º).

Por consiguiente, las relaciones de derecho individual del trabajo entre la administración pública y sus servidores, se rigen por estatutos especiales; y de modo expreso dejó vigentes las normas que regulan el salario mínimo, el seguro social obligatorio, y el derecho individual del trabajo en cuanto se refiere a los *trabajadores oficiales* (*ibídem*, arts. 4º y 492).

5. En virtud de la celebración de un contrato de trabajo, el patrono adquiere la facultad de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y de imponerle un reglamento. Dispone por tanto, en la relación laboral, de un poder directivo o subordinante. Consecuencia del mismo es el llamado *ius variandi locativo*, mediante el cual puede disponer el traslado del trabajador a otro sitio de trabajo. Pero esta potestad laboral no es absoluta o ilimitada, por cuanto está sujeta no sólo a las cláusulas del contrato de trabajo, sino también a las que se derivan de la protección legal a que tiene derecho el trabajador que ha aceptado ejecutar al servicio del patrono, una actividad material o intelectual, permanente o transitoria.

De manera que si el poder de dirección corresponde al empresario, el trabajador por su parte está amparado por el derecho a que su situación no sea desmejorada, de conformidad con el principio de la "condición más beneficiosa", que sirve para dar a su trabajo la debida protección.

El cambio de lugar o sitio de trabajo no puede ser el resultado de una caprichosa manera patronal de proceder (*ad libitum*, se dice en el lenguaje jurídico tradicional) sino que debe obedecer, por el contrario, a razones justificativas, consideradas objetivamente, de alcance humano o técnico, tendientes a mejorar la organización o funcionamiento de la empresa.

Por consiguiente, para los efectos indicados es preciso tener en consideración estos dos aspectos correlativos: Las necesidades del

servicio (que constituyen la causa justificativa del traslado) y los derechos del trabajador (que deben ser siempre respetados).

Aceptar que el traslado del trabajador es un derecho del empleador, unilateral y omnímodo, sería tanto como admitir que el patrono está en posesión de una "patente de corso laboral" que, en la práctica, puede convertirse en un despido libre, tan sólo encubierto o disfrazado.

La decisión empresarial de trasladar al trabajador tiene, por definición, un carácter excepcional. Pues si no fuera así, se estaría soslayando peligrosamente la hermenéutica jurídica en materia laboral, la misma que exige obrar dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social. Por lo demás, no es la movilidad del personal sino su inamovilidad, el presupuesto que permite al trabajador (y a su familia) organizar su vida.

A este propósito, la Corte Suprema de Justicia tiene como guía la siguiente tesis:

> El traslado permanente debe causar el menor perjuicio posible al trabajador y a su familia, y da lugar, en consecuencia a las previsiones, reparaciones y compensaciones que resulten equitativas según las circunstancias (aviso anticipado, gastos del traslado, facilidades de vivienda, atención a la familia, etc.)[1].

Trátase, pues, *según las circunstancias*, de obtener el justo equilibrio entre el derecho del patrono a ordenar el traslado y el derecho del trabajador a que dicho traslado le cause el menor perjuicio posible.

6. El traslado del personal que presta sus servicios a la Corporación Nacional de Turismo, cuya oficina principal se encuentra en Bogotá y las oficinas seccionales del exterior en Nueva York, Caracas, Madrid y París, requiere no solamente la garantía de que al trabajador le serán respetadas su "categoría y remuneración", sino que se tomarán las previsiones y compensaciones que resulten equitativas a fin de mantener las mismas condiciones económicas de que disfrutaba. Se impone por tanto, comunicar el traslado con suficiente tiempo y los gastos que esa decisión implique, deben ser cubiertos por la empresa. Estos pagos no constituyen salario, pues su verdadera intención es la de contribuir a que sirvan al trabajador para desempeñar a cabalidad sus funciones y que, en ningún caso, el traslado pueda irrogar lesión a su patrimonio.

La Sala responde:

A la pregunta número 1. De conformidad con el respectivo contrato de trabajo, la ley y la jurisprudencia, la Corporación Nacional de Turismo puede por necesidades del servicio trasladar a sus trabajadores, contratados para prestar servicios en el exterior, a otras seccionales ubicadas fuera del territorio nacional o a la sede principal u oficinas seccionales del interior de la República, respetando su nivel jerárquico, su remuneración en dólares si se traslada a otra oficina del exterior o asignándole la remuneración equivalente en moneda nacional, en el segundo evento, siempre que se hagan por parte de

la Corporación las previsiones y compensaciones que las circunstancias exigen: Aviso con suficiente antelación, pago de los gastos de transporte, etc. Se exceptúa el caso en que en el contrato de trabajo se hubiere pactado laborar con exclusividad en un determinado sitio.

Si existiere sobre-remuneración, ésta variará de acuerdo con el índice del costo de vida en la ciudad asignada como sede laboral.

A la pregunta número 2. La Corporación Nacional de Turismo puede por necesidades del servicio ordenar a sus trabajadores que hubiesen laborado en Colombia y hayan sido trasladados al exterior, que nuevamente presten sus servicios en cargos de igual o superior nivel jerárquico al desempeñado en el exterior, ubicándolos en su oficina principal o en sus seccionales del interior del país, con la remuneración equivalente en pesos colombianos, siempre que se hagan por parte de la Corporación las previsiones y compensaciones que las circunstancias exigen: Aviso con suficiente antelación y pago de los gastos de transporte, etc. Se exceptúa el caso en que en el contrato de trabajo se hubiere pactado laborar con exclusividad en un determinado sitio.

Si existiere sobre-remuneración, ésta variará de acuerdo con el índice del costo de vida en la ciudad asignada como sede laboral.

Transcríbase en copias auténticas, al señor Ministro de Desarrollo Económico y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

1. Sala de Casación Laboral, Sección Primera, sentencia del 21 de noviembre de 1983. Magistrado ponente doctor Fernando Uribe Restrepo.

CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE LA GUAJIRA.—

Entre sus funciones ESENCIALES, tiene la de "CONSERVACION Y PRESERVACION" del medio ambiente y la "PREVENCION Y CONTROL" de la contaminación del mismo.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta del Departamento Nacional de Planeación, sobre competencia de la Corporación Autónoma Regional de la Guajira —Corpoguajira—. Radicación número 179.

Se absuelve la consulta que la señora Jefe del Departamento Nacional de Planeación hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"a) Si la competencia asignada a la Corporación Autónoma Regional de la Guajira, CORPOGUAJIRA, por la letra e) del artículo 4º del Decreto 3453 de 1983, la autoriza para la administración y manejo de los recursos naturales, tierras, aguas y bosques, en los términos y condiciones previstos en el Decreto 2811 de 1974, con la sola limitación, en materia de aguas, en cuanto a los tipos usos, de que trata la letra i) del mismo artículo 4º;

"b) Si la competencia para la administración y manejo de las aguas superficiales y subterráneas comprende las funciones de conservación y preservación y, específicamente, las de prevención y control de la contaminación".

La Sala considera:

1º El Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente tiene, entre otras facultades, la de "regular el uso, aprovechamiento, comercialización, movilización y en general el manejo de los recursos naturales renovables en todo el territorio nacional", conforme a las reglas que al efecto prescribe la ley (art. 38, ordinal 3º del Decreto-ley 133 de 1976). Algunas de las funciones que corresponden al mencionado instituto han sido transferidas a las Corporaciones autónomas regionales que, en cuanto a ellas, lo han sustituído. Esto explica que al Inderena correspondan, según la transcrita cláusula general de competencia, las materias en ella indicadas, salvo las que, por disposiciones especiales y posteriores, han sido transferidas a las corporaciones autónomas regionales. Pero, como la Sala expuso

en concepto del 21 de agosto de 1987, Inderena y las corporaciones autónomas regionales tienen por finalidad la protección del medio ambiente y, por lo mismo, deben ejercer sus competencias coordinadamente, en armónica complementariedad.

2º En el concepto del 21 de agosto de 1987 la Sala absolvió una consulta del señor Ministro de Agricultura relacionada con la competencia de la Corporación Autónoma Regional de la Guajira, regulada por el Decreto-ley 3453 de 1983. El señor Jefe del Departamento Administrativo de Planeación Nacional, en la consulta que ahora la Sala absuelve, plantea, respecto de esa misma competencia, nuevos aspectos, no considerados ni absueltos en el concepto del 21 de agosto de 1987.

3º La primera pregunta consiste en definir si el artículo 4º, letra e) del Decreto-ley 3453 de 1983 faculta o no a la Corporación Autónoma Regional de la Guajira para la administración y manejo de las tierras, aguas y bosques conforme a lo dispuesto por el Decreto-ley 2811 de 1974, con la limitación prescrita por el artículo 4º, letra i) del mismo Decreto.

El artículo 4º, letra e) del Decreto-ley 3453 de 1983, entre otras facultades, atribuye a la Corporación Autónoma Regional de la Guajira "determinar los usos, destinos y reservas de tierra, aguas y bosques con el propósito de regular y ordenar el uso racional de los recursos naturales y la protección del medio ambiente y fomentar los desarrollos urbanos, agropecuarios, industriales, turísticos y mineros, y la explotación de los recursos en armonía con la preservación y utilización adecuada del medio ambiente".

Del claro tenor literal del precepto transcrito se infiere que faculta a la Corporación Autónoma Regional de la Guajira para tomar las medidas necesarias, en relación con la tierra, aguas y bosques, tendientes al cumplimiento de su finalidad: Ellos deben conducir al uso racional de los recursos naturales, a la preservación del medio ambiente y a su utilización adecuada para el desarrollo del país. Como bien se afirma en el contexto de la consulta, el artículo 4º, letra i) del Decreto-ley 3453 de 1983 prescribe una limitación de la indicada competencia de la corporación en relación con las aguas, en los siguientes términos textuales: "Reglamentar, administrar y regular la utilización de las aguas superficiales y subterráneas para abastecimientos públicos, industriales, agropecuarios y mineros". Esto significa que, en relación con la administración de las aguas, la competencia de la Corporación Autónoma Regional de la Guajira queda circunscrita a los aspectos regulados por la transcrita disposición.

4º La segunda pregunta consiste en determinar si la competencia de la Corporación Autónoma Regional de la Guajira para el manejo de las aguas "comprende las funciones de conservación y preservación y, específicamente, las de prevención y control de la contaminación".

La Sala considera que la finalidad y las funciones específicas de la Corporación Autónoma Regional de la Guajira consisten en preservar los recursos naturales, determinar los usos, destinos y reservas de los mismos y controlar que se los beneficie en forma racional. A este respecto, el artículo 4º, letra e) del Decreto-ley 3453 de 1983,

específica e inequívocamente le prescribe a la Corporación Autónoma Regional de la Guajira proteger el medio ambiente y hacer que los recursos naturales se preserven y utilicen adecuadamente. Por consiguiente, también es evidente que la Corporación Autónoma Regional de la Guajira tiene, entre sus funciones esenciales, la "conservación y preservación" del medio ambiente y la "prevención y control de la contaminación" del mismo.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a las señoras Jefe del Departamento Administrativo de Planeación Nacional y Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

PERSONERO MUNICIPAL.—

(Ley 11 de 1986 y Decretos 1332, 1333, arts. 134 a 152).

1. Carácter con que actúa.

2. Empleados municipales del sector centralizado del municipio sobre las cuales ejerce su vigilancia; respecto del personal, vinculado a la administración descentralizada del municipio.

3. Exclusión del control por parte de la personería.

PERSONERO MUNICIPAL DE MEDELLIN.

Competencia con respecto a los servidores de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda.

La Procuraduría General de la Nación asume la aplicación de sanciones disciplinarias en relación con el representante legal de dicha empresa, sin que en esta materia exista competencia concurrente con la Personería de Medellín.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre la competencia del Personero de Medellín con respecto a los empleados y trabajadores de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada y los miembros de su Junta Directiva. Radicación número 197.

Por iniciativa de la "Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada" y después de transcribir algunas disposiciones del Código de Régimen Municipal relacionados con atribuciones de los Personeros y de la Procuraduría General de la Nación, el señor Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, formula a la Sala la consulta siguiente:

1. ¿Cuál es el ámbito de la competencia del Personero Municipal de Medellín con respecto a los funcionarios de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada?

2. ¿La expresión "empleados y trabajadores municipales", cobija a todos los servidores de la empresa?

3. A quién le compete la vigilancia de la conducta oficial de los trabajadores de la empresa, ¿al Personero Municipal o a la Procuraduría General de la Nación, o se trata de una competencia concurrente?

La Sala considera:

1. La Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá es una sociedad de responsabilidad limitada constituída entre entidades de derecho público (el Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín), mediante escritura pública número 1020 del 31 de mayo de 1979 y perteneciente al orden municipal.

2. De conformidad con los datos anteriores que suministra la consulta, se trata de una entidad descentralizada indirecta o de segundo grado, que debió ser clasificada en el acto de su constitución dentro de una de las categorías que establece el Decreto 1050 de 1968 (Decreto 3130 de 1968, art. 4º).

3. Como consecuencia de lo dispuesto por la Ley 11 de 1986 y el Decreto 1332 del mismo año, incorporados al Código de Régimen Municipal (Decreto-ley 1333 de 1986, arts. 135 a 152), en los municipios el Personero es un funcionario que ostenta este doble carácter:

A) De agente del Ministerio Público, y

B) De defensor del pueblo o veedor ciudadano.

4. Como Agente del Ministerio Público, el Personero interviene en los procesos penales de competencia de los Jueces municipales, de instrucción criminal y de circuito (en este último caso cuando no actúe de manera permanente un fiscal) mediante la presentación de los recursos que de acuerdo con la ley puede interponer e, igualmente, está facultado para solicitar la práctica de las pruebas conducentes al esclarecimiento de la verdad. Sin embargo, en cualquier estado del proceso puede ser desplazado por el agente especial del Ministerio Público que para el efecto designe el Procurador General de la Nación, por el funcionario en quien éste delegue dicha atribución, o por el fiscal del Juzgado de conocimiento.

5. Entre las funciones que la ley asigna al Personero como defensor del pueblo o veedor ciudadano, la Sala destaca para los efectos de la consulta la contenida en la regla 4ª del artículo 139 del Código de Régimen Municipal, cuyo tenor es el siguiente:

> Vigilar la conducta de los empleados y trabajadores municipales y velar porque desempeñen cumplidamente sus deberes y se les exija responsabilidad por las faltas que cometan.

Según la norma transcrita, la tarea del Personero como vigilante de la conducta oficial de los servidores municipales es omnicomprensiva, por cuanto la expresión *empleados y trabajadores* municipales comprende a todos aquellos, siendo equivalente la denominación genérica de *empleados oficiales* que para abarcar a las dos clases indicadas utiliza el artículo 1º del Decreto 1848 de 1969.

El ejercicio de dicha atribución, además, sirve para hacer la debida concordancia entre los artículos 139, ordinal 4º, y 292 del Código de Régimen Municipal; según esta última disposición, "los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales".

Por ende, todos los servidores de la *administración central municipal* (tanto sus empleados como sus trabajadores), están sometidos a la vigilancia de su conducta oficial por la Personería, entidad a la cual corresponde también y como consecuencia, velar porque tales servidores desempeñen cumplidamente sus deberes y se les exija, por las faltas que cometan, la responsabilidad a que haya lugar.

6. Respecto del personal vinculado a la *administración descentralizada municipal,* conviene señalar:

a) Si se trata de establecimientos públicos, sus servidores son empleados públicos, pero en los estatutos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo;

b) Si se trata de empresas industriales y comerciales o de sociedades de economía mixta municipales con participación estatal mayoritaria, el personal se vincula con el carácter de trabajadores oficiales, pero debiendo precisar los respectivos estatutos qué actividades de dirección o confianza serán desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos;

c) Los miembros de las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas municipales, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos (Ley 11 de 1986, art. 32 y Código de Régimen Municipal, art. 162).

Ahora bien: En este sector descentralizado de la actividad municipal, el poder de vigilancia que corresponde a la Personería se ejerce en relación con sus trabajadores y empleados, así en los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales, como en las sociedades de economía mixta en las cuales la participación de capital oficial es mayoritaria. Dicho poder de vigilancia no incluye, por tanto, a los miembros de las Juntas Directivas, quienes, si bien ejercen funciones públicas, carecen de la calidad de empleados públicos, por una parte; y por la otra, la ley expresamente los somete a un régimen especial de vigilancia.

También es menester excluir del sistema de vigilancia que ejerce la Personería, a los representantes legales de las entidades descentralizadas municipales, pues así lo quiso de manera expresa el legislador ordinario al expedir la Ley 11 de 1986, como se verá en el acápite siguiente.

7. La Ley 11 de 1986 o Estatuto Básico de la Administración Municipal, dispuso en su artículo 33 (incorporado al Código de Régimen Municipal, art. 163):

> Las sanciones a que hubiere lugar por violación de las normas sobre inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades

de las Juntas Directivas y de sus miembros y de los representantes legales de las entidades descentralizadas se hará por la Procuraduría General de la Nación.

Significa lo anterior que la función de vigilancia y consiguiente poder disciplinario con respecto a los representantes legales de las entidades descentralizadas y los miembros de sus Juntas Directivas, pertenece a la Procuraduría General de la Nación, con el carácter de competencia exclusiva y no concurrente, aunque el Procurador podría, bajo su responsabilidad, desconcentrar la tarea de la vigilancia en funcionarios adscritos al Ministerio Público. Trátase de una norma especial que prevalece sobre el régimen común aplicable en materia disciplinaria a los servidores municipales.

La Sala responde:

De conformidad con los criterios expuestos, se procede a dar respuesta concreta a cada uno de los interrogantes formulados, así:

Al número 1. El ámbito de la competencia del Personero de Medellín con respecto a los servidores de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, se extiende a la vigilancia de la conducta oficial de sus empleados públicos y trabajadores oficiales, debiendo velar porque desempeñen cumplidamente sus deberes y exigirles de conformidad con la ley, responsabilidad por las faltas que cometan.

La expresada competencia no comprende al Gerente de la Empresa, por tener el carácter de representante legal de la misma y estar atribuida la labor de vigilancia y la capacidad para imponer sanciones con respecto a ese funcionario, por violación a las normas sobre inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidad, a la Procuraduría General de la Nación.

Al número 2. La expresión *empleados y trabajadores municipales,* aplicada a la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, cobija a todos los servidores de la Empresa, quienes genéricamente pueden ser denominados *empleados oficiales,* según la terminología empleada por el Decreto 1848 de 1969, artículo 1º.

Sin embargo, y como es necesario hacer la interpretación armónica de los artículos 139, ordinal 4º, 163 y 192 del Código de Régimen Municipal, la expresión "empleados y trabajadores municipales" que utiliza la norma primeramente citada, no comprende al Gerente o representante legal de la Empresa para los efectos de la vigilancia oficial de su conducta y la imposición de sanciones, en cuanto esta atribución ha sido asignada en vez del Personero Municipal, a la Procuraduría General de la Nación por la norma citada en segundo lugar.

Al número 3. La vigilancia de la conducta oficial de los trabajadores de la Empresa —tal como está formulada la pregunta— corresponde al Personero de Medellín.

La expresión "trabajadores" se refiere obviamente a los trabajadores oficiales y junto con los empleados públicos, están sometidos a la vigilancia de su conducta oficial por la Personería Municipal.

Por otra parte, la Procuraduría General de la Nación asume la aplicación de sanciones disciplinarias en relación con el representante legal de la Empresa y los miembros de la Junta Directiva de la misma, sin que en esta materia exista competencia concurrente con la Personería de Medellín.

Transcríbase en sendas copias auténticas, al Jefe del Departamento Administrativo y a la Secretaría Jurídica, ambos de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONGRESISTAS EN JUNTAS DIRECTIVAS DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS NACIONALES.—

No es posible su participación. Infracción al principio de separación de poderes contenido en el artículo 55 de la Constitución Nacional.

Imposibilidad para el Presidente de la República de hacer tales nombramientos.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número 200. Miembros del Congreso de la República incompatibilidades existentes para integrar la Junta Directiva de un Establecimiento Público del orden nacional. Ley 33 de 1985.

El Ministro de Trabajo y Seguridad Social, doctor Diego Younes Moreno formula a la Sala una consulta, previas las siguientes consideraciones:

1. Por medio de la Ley 33 de 1985, se creó el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

2. De conformidad con el artículo 17 de la mencionada ley, la Junta Directiva de dicho establecimiento está integrada: "a) Por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, o su delegado, quien la presidirá; b) Por los directores administrativos del Senado de la República y de la Cámara de Representantes o sus delegados, o por los funcionarios que hagan sus veces; c) Por un representante de los jubilados y uno de los empleados del Congreso de la República, con sus respectivos suplentes, designados por el Presidente de la República para períodos de dos (2) años".

3. Actualmente en el Congreso de la República cursa el proyecto de ley 87, "por el cual se modifica la Ley 33 de 1985 y se dictan otras disposiciones", que en su artículo 1º consagra: "El artículo 17 de la Ley 33 de 1985 quedará así: La Junta Directiva del Fondo estará integrada por:

a) El Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado, quien la presidirá;

b) Un Senador y un Representante con su respectivo suplente, elegido por las Comisiones Séptimas de Cámara y Senado en su condición de afiliados;

c) Un representante de los pensionados por el fondo y un representante de los empleados oficiales, con su respectivo suplente, elegidos directamente por ellos".

Pregunta:

La investidura de Senador o Representante crea incompatibilidad para formar parte de la Junta Directiva del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, considerando que, directamente son beneficiarios del mismo?

La Sala considera y responde:

1. No es posible que miembros del Congreso hagan parte de una Junta Directiva de un establecimiento público nacional porque ello implicaría que asumen la función administrativa que corresponde a la Rama Ejecutiva del Poder Público, mediante una coadministración de un establecimiento público que es de la estructura de dicha rama. Ello constituye una infracción al principio de separación, de la independencia de las funciones de las ramas del Poder Público, contenido en el artículo 55 de la Constitución Nacional.

2. El Congreso de la República es una Corporación cuyas funciones provienen exclusivamente del artículo 76 de la Constitución, entre las cuales no se encuentra, ni podría estar comprendida, la facultad de que sus miembros hagan parte de una Junta Directiva de un Establecimiento Público Nacional. La ley no les puede conferir esa atribución porque ella equivaldría a una autoautorización, con desconocimiento de los artículos 20 y 63 de la Constitución que prescriben el principio según el cual las funciones públicas tienen que estar atribuídas, no autoconferidas.

3. El Congreso actúa como una Corporación que en sus mesas directivas, Comisiones y Cámaras, cumple las funciones que le confiere la Constitución. Sus miembros, individualmente considerados, deben ejercer las funciones legislativas propias de su carácter y no pueden tener otras atribuciones de naturaleza distinta provenientes de las leyes como serían las de ser miembros de Junta Directivas de establecimientos públicos nacionales.

4. No puede, además, el Presidente de la República nombrar como miembros de la Junta Directiva de un establecimiento público nacional a los Senadores y Representantes, principales y suplentes, porque de conformidad con el artículo 109 de la Constitución sólo puede conferirles empleo de Ministro y Viceministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador, Alcalde de Bogotá, Agente Diplomático, y Jefe Militar en tiempo de guerra, con la observancia de que lo relativo a Alcalde de Bogotá quedó modificado por el Acto legislativo número 1 de 1986 que estableció la elección popular

de Alcaldes. La aceptación de cualquiera de aquellos empleos por un miembro del Congreso, produce vacante transitoria por el tiempo que desempeñe el cargo.

5. Se agrega que el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, creado como establecimiento público nacional por la Ley 33 de 1985 y adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, tiene por objeto esencial atender prestaciones sociales de los miembros y empleados del Congreso, pero orgánica y materialmente es un instituto descentralizado de la administración nacional. De donde se deduce que los Senadores y Representantes pueden beneficiarse de los servicios y percibir las prestaciones a cargo del mencionado Fondo, pero no inmiscuirse en su administración como por ejemplo la celebración de contratos, porque ellos constituyen la Rama Legislativa del Poder Público.

En los anteriores términos *se absuelve así,* la consulta planteada a esta Sala por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

IMPUESTO DE LA LEY 4ª DE 1966 SOBRE REAJUSTE DE PENSIONES.— APLICACION A LAS ENTIDADES OFICIALES DEL SECTOR AGROPECUARIO.

Es aplicable a las CUENTAS Y NOMINAS QUE PAGUEN LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS, ENTRE ELLAS LAS QUE TIENEN TAL CALIDAD EN RELACION CON EL "MINISTERIO DE AGRICULTURA", así sean vinculadas o adscritas.

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

Consejero ponente: *Doctor Gonzalo Suárez Castañeda.*

Referencia: Radicación número 074. Consulta sobre la aplicación del impuesto contemplado en la Ley 4ª de 1966 a las entidades oficiales del sector agropecuario.

El señor Ministro de Agricultura (E) ha formulado a la Sala una consulta, en los siguientes términos:

"1. La Ley 4ª de 1966 dispuso que 'toda cuenta o nómina que paguen por cualquier concepto la Nación, Departamentos, Intendencias, Comisarías, Distrito Especial de Bogotá, Municipios, Corregimientos, Inspecciones de Policía e Institutos Descentralizados, causará un impuesto de diez centavos ($ 0.10) por cada cien pesos o fracción, con destino a las Cajas de Previsión respectiva, o en su defecto para la entidad pagadora' (art. 1º). Exceptuó, sin embargo de dicho impuesto, 'las cuentas de cobro por auxilio, devoluciones de impuestos y traspasos de fondos recaudados por las entidades de derecho público con destino a otras personas, por prestaciones sociales, las que se formulen entre sí las entidades de derecho público y las de los establecimientos públicos dedicados exclusivamente a la beneficencia'.

"2. La Ley 4ª se reglamentó por el Decreto número 3123 de 1966 y fue modificada por la Ley 33 de 1985, que aumentó el impuesto al cinco por mil, tratándose de nóminas de personal, y del diez por mil, en los demás casos, con las excepciones allí establecidas.

"3. Las entidades descentralizadas del Sector Agropecuario, adscritas o vinculadas al Ministerio de Agricultura, en el desarrollo de sus actividades, descuentan el impuesto especial señalado sobre pagos a terceros por concepto de servicios prestados o adquisición de bienes. Igualmente se ha aplicado la norma al pago de obligaciones financieras contraídas con bancos privados u oficiales.

"4. Estas últimas entidades han formulado serios reparos a los descuentos, argumentando que la remuneración o contraprestación por el crédito, únicamente radica en los intereses, ya que el capital constituye la devolución de un activo y no la adquisición de éste, de manera que no puede dar lugar al cobro de impuesto por Ley 4ª. Pero agregan en relación con el descuento por interés, que de esta manera se disminuye en tal forma la rentabilidad de la operación, que resulta un mal negocio dar crédito a las entidades oficiales. Esta última determinación, o lo que ella supone, representa una grave posibilidad, sobre todo frente a entidades como el IDEMA, que necesita casi permanentemente de financiación bancaria.

"Con base en las anteriores consideraciones, comedidamente formulamos la siguiente consulta:

"Debe exigirse el impuesto de previsión social contemplado en la Ley 4ª de 1966, cuando las entidades oficiales del sector agropecuario paguen los créditos recibidos de entidades bancarias de carácter particular u oficial?

"De los honorables Consejeros, atentamente,

"LUIS GUILLERMO PARRA DUSSAN (Fdo.). Viceministro de Agricultura. Encargado de las funciones del Despacho del Ministro".

La Sala considera y responde:

La Ley 4ª de 1966 tuvo por objeto proveer nuevos recursos a las Cajas de Previsión, reajustar las pensiones de jubilación e invalidez de los trabajadores de las entidades de derecho público y dictar otras disposiciones relacionadas con la misma materia.

En su artículo 1º la mencionada Ley 4ª estableció lo siguiente:

"Artículo 1º Toda cuenta o nómina que paguen por cualquier concepto la Nación, Departamentos, Intendencias, Comisarías, Distrito Especial de Bogotá, Municipios, Corregimientos, Inspecciones de Policía e Institutos Descentralizados, causará 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.

"Se exceptúan las cuentas de cobro por auxilio, devoluciones de impuestos y traspasos de fondos recaudados por las entidades de derecho público, con destino a otras personas; por prestaciones sociales, las que se formulen entre sí las entidades de derecho público y las de los establecimientos dedicados exclusivamente a la beneficencia.

"El Gobierno nacional reglamentará las formas de cobrar este impuesto que empezará a regir seis meses después de la vigencia de esta Ley".

Más adelante, el Decreto número 3123 de 1966, reglamentario del artículo 1º de la Ley 4ª, dispuso al respecto:

"Artículo 1º Sobre toda nómina o cuenta que por cualquier concepto paguen la Nación, los Departamentos, Intendencias, Comisarías, Distrito Especial de Bogotá, Municipios, Corregimientos, Inspecciones de Policía, Institutos y Empresas Descentralizados, deberá cubrirse un impuesto de previsión social, en proporción de diez centavos ($ 0.10) por cada cien pesos ($ 100.00) o fracción de cien pesos ($ 100.00). El producido de dicho impuesto se distribuirá en la siguiente forma:

"a) Para la Caja Nacional de Previsión Social, con excepción de lo que se indica en seguida, cuando los pagos los efectúe la Nación;

"b) Para la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, cuando los pagos los efectúe el Ministerio de Comunicaciones y sus institutos y empresas descentralizadas;

"c) Para la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, cuando los pagos los haga el Ministerio de Defensa Nacional y los establecimientos públicos a él adscritos. Si los pagos se hacen con cargo del Presupuesto de la Policía Nacional, del Fondo Rotatorio, de la Caja de Retiro o de cualquiera de los establecimientos propios de la Policía, el impuesto será dividido proporcionalmente a los aportes de los socios, entre la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares;

"d) Para la respectiva Caja de Previsión o entidad de seguridad social, o, en su defecto, para la entidad pagadora de prestaciones sociales, cuando las cuentas o nóminas sean cubiertas por los Departamentos, Intendencias, Comisarías, Distrito Especial de Bogotá, Municipios, Corregimientos, Inspecciones de Policía, Institutos y Empresas Descentralizados.

"Parágrafo 1º Se exceptúan las cuentas de cobro por auxilios, devoluciones de impuestos y traspasos de fondos recaudados por las entidades de derecho público con destino a otras personas; por prestaciones sociales; las que se formularen entre sí las entidades de derecho público y las de los establecimientos dedicados exclusivamente a la Beneficencia".

La Ley 33 de 1985, por la cual se vinieron a dictar nuevas medidas en relación a las Cajas de Previsión y a las prestaciones sociales para el sector público, estableció, en sus artículos 5º y 6º, lo siguiente:

"*Artículo 5º* 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.

"*Artículo 6º* En caso de incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 1º de la Ley 4ª de 1966 y en el artículo anterior, las Cajas de Previsión podrán determinar la cuantía de la obligación mediante providencia administrativa, que, en firme, presta mérito ejecutivo. Las obligaciones que surjan de estas providencias, se harán efectivas ante la jurisdicción coactiva y de ellos se deberá dar noticia a la Procuraduría General de la Nación para los fines disciplinarios pertinentes".

"El empleado oficial que hubiere hecho el descuento o recibido el pago, deberá totalizar mensualmente el valor de lo recaudado por estos conceptos y lo remitirá a la Caja de Previsión correspondiente dentro de los diez primeros días del mes siguiente al del recaudo".

Pues bien, se pregunta el señor Ministro de Agricultura, si el impuesto con destino a las Cajas de Previsión Social, contemplado en las normas acabadas de transcribir, debe exigirse cuando "las entidades oficiales del sector agropecuario", ya sean adscritas o vinculadas al Ministerio de Agricultura, paguen los créditos recibidos de entidades bancarias de carácter oficial o particular.

Al crear el impuesto del cual se ha venido hablando, el artículo 1º de la Ley 4ª de 1966 dispuso que tal gravamen se causaría cuando, entre otras entidades de derecho público, "los institutos descentralizados" pagaran una cuenta o nómina "por cualquier concepto".

La norma utilizó la denominación "institutos descentralizados", según la terminología en boga antes de 1968; esa denominación era entonces bastante ambigua, pero en líneas muy generales puede decirse que se utilizaba para designar las entidades estatales que no hacían parte del sector centralizado de la administración; o sea que la voluntad del legislador al expedir la Ley 4ª, fue la de que las cuentas y nóminas pagadas por estas entidades que no pertenecían a la administración central, dieran lugar al cobro del impuesto, tal como la misma norma lo establecía respecto de las cuentas pagadas por la Nación, los departamentos, etc., inclusive, el Decreto reglamentario 3123 de 1966 fue más explícito, pues dijo que el tantas veces mencionado impuesto se aplicaría a las nóminas o cuentas pagadas por "los institutos y empresas descentralizadas" y en alguno de sus ordinales llegó a referirse a las que fueran pagadas por "los establecimientos públicos".

La reforma administrativa de 1968 (fundamentalmente en los Decretos-ley 1050 y 3130 de ese año) esclareció cuales son las características jurídicas de las "entidades descentralizadas", distinguiéndolas del sector central de la administración el cual está representado por la persona jurídica "Nación", y precisó que dichas entidades son de tres clases: Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta; los primeros son organismos adscritos a la administración (como, por ejemplo, el INCORA y el ICA, en relación al Ministerio de Agricultura) y las demás, organismos vinculados a ella (como, por ejemplo, el Banco Cafetero, la Caja Agraria, el IDEMA, respecto del mismo Ministerio). Es decir que las "entidades descentralizadas" corresponden actualmente a lo que en la Ley 4ª de 1966 se denominó "institutos descentralizados".

En consecuencia, el impuesto establecido por la Ley 4ª de 1966 y reiterado por el artículo 5º de la Ley 33 de 1985, cuya finalidad es la de fortalecer los ingresos de las Cajas de Previsión Social para que estas puedan cumplir con los objetivos prestacionales para los cuales han sido creadas, es aplicable a las cuentas y nóminas que paguen las entidades descentralizadas, entre ellas las que tienen tal calidad en relación con el Ministerio de Agricultura, así sean vinculadas o adscritas.

Es conveniente hacer notar que este impuesto debe ser pagado no por la entidad sino por el beneficiario de la cuenta o nómina, esa fue la intención del legislador tal como puede leerse en las actas de los debates adelantados en el Congreso para la aprobación de la Ley 4ª (Historia de las leyes, Legislatura de 1966, Tomo I, Imprenta Nacional, 1980).

Por otra parte, la norma creadora del impuesto expresa claramente que "toda cuenta o nómina que paguen *por cualquier concepto*" las entidades allí enumeradas, causará el gravamen en cuestión; no hizo distinción la ley sobre si la cuenta correspondiente hubiera de pagarse para adquirir bienes o servicios o si su finalidad pudiera ser la de reembolsar algún crédito o los intereses del mismo; es decir, no se estableció relación entre el objetivo del pago y la causación del impuesto con destino a las cajas de previsión; de modo que en la expresión "cualquier concepto" utilizada en el texto legal, queda comprendido el pago de préstamos a entidades bancarias, tanto por concepto de capital como de intereses, lo mismo que cualquier otro pago que se haga.

Así que, en principio, las cuentas pagadas para cancelar préstamos bancarios dan lugar al cobro del impuesto.

Cabe, sin embargo, hacer una distinción con base en la naturaleza jurídica del banco que recibe el pago: Si el banco es particular, el impuesto se causa; pero si es una entidad bancaria de carácter oficial (ya sea una empresa comercial del Estado —como el Banco Cafetero— o una sociedad de economía mixta —como el Banco Popular, el Banco Central Hipotecario, la Caja Agraria o el Banco Ganadero—) es decir, si se trata de bancos que son entidades descentralizadas de la administración pública, que tienen su origen en el derecho público (aunque su actividad se realice, por disposición de la ley, por regla general, conforme a las normas del derecho privado), las cuentas pagadas a ellos, incluídas obviamente las que correspondan a pago de créditos, están exentas del impuesto, pues les es aplicable la excepción prevista en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 4ª de 1966, reiterada por la Ley 33 de 1985, por tratarse de cuentas formuladas entre entidades de derecho público.

En esta forma se deja absuelta la consulta.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

PRESTACIONES SOCIALES DE LOS FUNCIONARIOS DE ECOMINAS.— EMPLEADOS OFICIALES DE ECOMINAS AFILIADOS AL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES.

Entidad de previsión social que debe reconocer y pagar la pensión de jubilación. Decreto-ley 433 de 1971, Decreto-ley 1650 de 1977, Ley 33 de 1985, Decreto-ley 3135 de 1968 y Decreto reglamentario 1848 de 1969.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número 196. Prestaciones sociales de los funcionarios de ECOMINAS. Ley 33 de 1985 y Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

El señor Ministro de Minas y Energía doctor Guillermo Perry Rubio, eleva a la Sala una consulta conforme a las siguientes consideraciones:

1. *Antecedentes.*

1.1. El 28 de septiembre de 1987, en respuesta a la consulta radicada bajo el número 151 formulada por este Despacho a petición de ECOMINAS, la honorable Sala de Consulta absolvió las inquietudes planteadas, en los siguientes términos:

"a) Los empleados oficiales (empleados públicos y trabajadores oficiales) de ECOMINAS, que sean afiliados forzosos al Instituto de Seguros Sociales, tendrán derecho a percibir pensión de jubilación a cargo de este Instituto, siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos: 20 años de servicio, 55 de edad y 500 semanas de cotización. Estas pensiones excluirán para los mismos empleados la aplicación de lo previsto por los Decretos-ley 3135 de 1968 y 1848 de 1969";

"b) Los demás empleados oficiales al servicio de ECOMINAS que no sean afiliados forzosos al Instituto de Seguros Sociales tienen derecho a percibir pensión de jubilación de conformidad con el Decreto-ley 3135 de 1968 y 1848 de 1969".

2. La División de Seguros de la Oficina Jurídica Nacional del Instituto de Seguros Sociales en relación con los llamados afiliados forzosos, ha conceptuado lo siguiente: "Que el Decreto-ley 1650 de 1977 que determina el régimen de la administración de los Seguros Sociales Obligatorios, en su artículo 6º, al tratar de los afiliados forzo-

sos establece que deberán afiliarse forzosamente al régimen de los Seguros Sociales Obligatorios, los trabajadores nacionales y extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o aprendizaje, los funcionarios de la seguridad social a que se refiere el Decreto 1650 de 1977 y los pensionados por el régimen de los Seguros Sociales Obligatorios.

"El artículo 133 del precitado Decreto-ley 1659 dispone: De los actuales afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales. El régimen de los Seguros Sociales Obligatorios se aplicará a los trabajadores que actualmente están afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y a sus derechohabientes".

"El artículo 139 del citado Estatuto legal estatuye (sic): De otros afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales. Los servidores del Estado que en la actualidad están afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales conservarán tal calidad con respecto al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales.

"De las normas mencionadas se deduce claramente que el artículo 6º, dejó de incluir a los empleados oficiales entre los afiliados forzosos, respetando las inscripciones vigentes a la fecha de expedición (18 de julio de 1977). Esta disposición debe interpretarse en forma armónica con lo establecido en el artículo 134 que se refiere no sólo a servidores del Estado que venían afiliados al Instituto antes de su vigencia si no a los empleadores estatales que se encontraban inscritos antes de empezar a regir las normas en comento. En razón a que la afiliación al régimen de los Seguros Sociales es obligatoria respecto a la empresa, que es la entidad que debe inscribir al trabajador al sistema de la seguridad social que la ley define.

"Por lo anteriormente expuesto, el Instituto considera legal las afiliaciones de los trabajadores de las empresas públicas de Medellín que ingresaron a esa entidad con posterioridad al 18 de julio de 1977 ya que debe tenerse en cuenta es la fecha de inscripción de la empresa ante el Instituto de los Seguros Sociales que en el caso que nos ocupa fue anterior a 1977 y no la del ingreso del trabajador; con esto se evita el manejo discriminado, respecto al otorgamiento de diferentes prestaciones".

Este es también el caso de ECOMINAS que en situación similar, se inscribió como empleador estatal ante el Instituto de Seguros Sociales durante la vigencia de los Decretos 3041 de 1966 y 433 de 1971 que la obligaron de manera forzosa a hacerlo.

3. Concordantes con el hecho anterior, la Dirección General del Instituto de Seguros Sociales, mediante circulares 0873 del 1º de agosto de 1984 y 01112 del 17 de septiembre de 1984, tomó la determinación de aceptar legalmente la afiliación de los trabajadores que ingresaron con posterioridad a la expedición del Decreto 1650 de 1977 a las empresas oficiales ya afiliadas y que se encuentren a paz y salvo en sus pagos con el Instituto de Seguros Sociales.

4. En atención a este criterio, el Instituto de Seguros Sociales ha aceptado las afiliaciones de los trabajadores de ECOMINAS, que ingresaron con posterioridad al 18 de julio de 1977 fecha de expedición del Decreto 1650 de aquel año.

Se consulta:

Teniendo en cuenta las disposiciones legales transcritas, se plantean los siguientes interrogantes:

1. De acuerdo con el concepto emitido por la Dirección Legal del Instituto de Seguros Sociales, los actos administrativos o circulares 00873 y 01112 de 1984 expedidas por este Instituto, y el hecho cierto de que el Instituto de Seguros Sociales aceptó la afiliación de los trabajadores de ECOMINAS que ingresaron con posterioridad al 18 de julio de 1977, se puede concluir antes, que todos los trabajadores de esta empresa, inscritos antes o después de la vigencia del Decreto 1650 de 1977, tienen la calidad de asegurados forzosos, para el efecto de percibir pensión de jubilación de parte de ese Instituto.

2. Qué efecto jurídico tiene para ECOMINAS y el Instituto de Seguros Sociales, el hecho de que este Instituto haya aceptado la inscripción de trabajadores que ingresaron con posterioridad al 18 de julio de 1977, actuaciones estas que han sido ratificadas por medio de circulares o actos administrativos que conservan plena validez?

3. De acuerdo con la respuesta dada inicialmente por el honorable Consejo de Estado y dado que en ECOMINAS existen trabajadores oficiales que han prestado 20 años o más de servicio a distintas entidades oficiales, que tienen de edad 55 años, que fueron inscritos por la empresa ante el Instituto de Seguros Sociales con posterioridad al 18 de julio de 1977 habiendo sido aceptados por éste pero que a la fecha no han cotizado el mínimo de 500 semanas, qué entidad de previsión social es la que debe reconocer y pagar la respectiva pensión de jubilación?

4. Teniendo en cuenta que el Instituto de Seguros Sociales en su relación con los trabajadores particulares para efecto de reconocer y pagar pensiones de invalidez, vejez y muerte, exige ciertos requisitos (60 años de edad, 500 semanas mínimas) señalados en los Decretos 1824 de 1965 y 3091 de 1966, y que a su vez el artículo 13 de la Ley 33 de 1985 califica al Instituto de Seguros Sociales como una entidad de previsión social y establece otros requisitos para otorgar pensión de jubilación a los servidores públicos, excluyendo el mínimo de semanas de cotización, se puede entonces, interpretar, que esa Ley 33 que es posterior a los Decretos antes mencionados, no exige para efectos de la pensión de jubilación de los servidores públicos afiliados sino los de la propia Ley 33, como son 20 años de servicio y 55 de edad.

5. Habiendo establecido el honorable Consejo de Estado, en el numeral 2º de la respuesta a la consulta radicada con el número 151 que "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", y siendo que estos Decretos establecen en sus artículos 14, 27, 28 y 75 que el reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación se hará por la entidad de previsión social a la cual se halla afiliado el trabajador, que el caso de ECOMINAS es el Instituto de Seguros Sociales, y teniendo en cuenta las circulares o actos administrativos emanados del propio instituto por medio de las cuales se aceptó la inscripción de los trabajadores de ECOMINAS

que ingresaron con posterioridad al Decreto 1650 de 1977 por hallarse la empresa inscrita desde antes, se pregunta, es entonces el Instituto de Seguros Sociales quien como entidad de previsión social (art. 13, Ley 33) el que debe reconocer y pagar las pensiones de jubilación de los trabajadores de ECOMINAS que se afiliaron con posterioridad al Decreto 1650 de 1977?

La Sala considera y responde:

1. Conforme ya lo expresó la Sala en concepto de veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (Radicación 151), 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, cuando se trate de empleados del orden nacional: Asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificaciones por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

2. En el mismo concepto sostuvo: "Para 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 estatus, tenga entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualquiera de dichos 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*)".

Significa lo anterior, que, para efectos de la Ley 33 de 1985 el Instituto le Seguros Sociales ISS, se considera una Caja de Previsión para el pago de las pensiones de jubilación de aquellos empleados públicos y trabajadores oficiales que figuren como sus afiliados, bien porque lo hubieren sido en los términos del Decreto-ley 433 de 1971 o bien con posterioridad al Decreto-ley 1650 de 1977. Las inscripciones como afiliados, ratificadas por circulares o actos administrativos, han creado situaciones jurídicas concretas que hay que respetar, y han constituído a los afiliados como asegurados forzosos del Instituto.

3. Así las cosas, la Ley 33 de 1985 como Estatuto Especial y posterior que regula el régimen pensional de los empleados públicos y trabajadores oficiales prevalece sobre las normas que regulan el régimen de pensiones administrado por el Instituto de Seguros Sociales ISS, y de allí que en cuanto a su reconocimiento y pago debe estar a lo señalado en el artículo 1º de la Ley 33 en lo que se refiere a aquellos empleados públicos, trabajadores oficiales y funcionarios de seguridad social que sean afiliados, en cuanto prescribe que el que haya servido veinte (20) años contínuos o discontínuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) 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, y que en todo caso, a partir de la vigencia de dicha ley, ningún empleado oficial podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso o escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por la vía general, establezca el Gobierno.

4. La anterior conclusión ya había sido indicada por esta Sala, en el concepto antes mencionado al señalar que "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*" (subraya en esta oportunidad la Sala).

5. *En conclusión, el Instituto de Seguros Sociales* debe pagar a los empleados oficiales (empleados públicos, trabajadores oficiales y funcionarios de seguridad social) *que fueren sus afiliados* —en el caso consultado los de la Empresa Colombiana de Minas—, *la pensión de jubilación* en los términos de la Ley 33 de 1985, y habrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ella, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos, tal como lo establece el artículo 2º de la Ley 33 de 1985.

En los anteriores términos *se absuelve así*, la consulta formulada a esta Sala por el doctor Guillermo Perry Rubio, Ministro de Minas y Energía.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CARRERA JUDICIAL.—

SELECCION POR EL SISTEMA DE MERITOS. El procedimiento comprende tres aspectos: La convocatoria, el concurso y el período de prueba.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre aplicación del Estatuto de la Carrera Judicial (Decreto-ley 052 de 1987), en el caso de que sea declarado desierto un segundo concurso. Radicación número 201.

El señor Ministro de Justicia doctor Enrique Low Murtra, formula a la Sala la consulta que concibe en los siguientes términos textuales:

El Decreto 052 de 1987, "por el cual se revisa, reforma y pone en funcionamiento el Estatuto de la Carrera Judicial", en su artículo 31 expresa:

> "Cuando el concurso fuere declarado desierto porque ninguno de los aspirantes hubiere obtenido calificación aprobatoria o por otras causas, se procederá a realizar una nueva convocatoria y selección".

De acuerdo con lo expresado por el Procurador General de la Nación, se han presentado dificultades de orden práctico con la vigencia de esta norma, para el nombramiento de los Fiscales de Juzgados Superiores, por lo cual se hace necesario que la honorable Sala de Consulta y Servicio Civil absuelva los siguientes interrogantes:

1. ¿Declarado desierto un segundo concurso, debe la Procuraduría General de la Nación convocar a otros, indefinidamente, hasta tanto haya quienes lo aprueben?

2. ¿Se entiende que la Procuraduría General de la Nación cumple con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 052 de 1987, cuando cita a dos concursos, así estos sean declarados desiertos?

3. En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, ¿puede el Procurador General de la Nación, en ejercicio de la atribución contenida en el artículo 144 de la Constitución Nacional, nombrar en propiedad a los Fiscales de los Juzgados Superiores de las listas presentadas por los Fiscales de los respectivos Tribunales Superiores?

La Sala considera:

Objeto de un reiterado mandato imperativo por los constituyentes de los años 1945, 1957, 1968 y 1979, la Carrera Judicial apenas ahora parece abrirse paso con real vigencia práctica como consecuencia de la expedición del Decreto-ley número 052 de 1987, en el cual se establecen sus órganos administradores y los de apoyo técnico y operativo, se determina el proceso de selección e ingreso, se señalan las funciones y requisitos para el ejercicio de los empleos de la Rama Jurisdiccional y de las Fiscalías, se organiza el régimen disciplinario y se dictan normas para el funcionamiento, como organismo especial de carácter docente, de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".

El antecedente normativo de la nueva reglamentación sobre Carrera Judicial está conformado por el Decreto-ley 250 de 1970 y el Decreto reglamentario 1660 de 1978. Aunque ambas disposiciones conservan fuerza jurídica en cuanto no contradigan la nueva reglamentación, es lo cierto que no lograron trascender al campo práctico y operativo en tan importante materia, cuyo objetivo esencial es el de garantizar la eficiencia en la administración de justicia. Por eso, solamente ahora encuentra la Carrera Judicial su camino de incidencia en la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público (Fiscalías) en virtud del Decreto 052 de 1987 que, expedido por el Gobierno en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 52 de 1984, "revisa, reforma y pone en funcionamiento" su Estatuto Orgánico.

El fundamento de la Carrera Judicial es el sistema de méritos, con el cual se pretende asegurar en igualdad de oportunidades el ingreso y ascenso en el servicio de funcionarios (los Magistrados, Jueces y Fiscales de la República) y empleados subalternos, de conformidad con criterios que aseguren la estabilidad e independencia de los mismos.

Surge, pues, como un primer principio, el que puede ser denominado, utilizando la terminología de la ley, de igualdad de oportunidades, para efectos del ingreso y promoción en el servicio de la Administración de Justicia.

Con el fin de garantizar el efectivo desarrollo del principio sobre igualdad de oportunidades, la ley prevé la selección por el sistema de méritos, para lo cual establece un procedimiento que comprende tres aspectos: La convocatoria, el concurso y el período de prueba.

Para el supuesto de que el concurso fuere declarado desierto porque ninguno de los aspirantes hubiere obtenido calificación aprobatoria "o por otras causas", el Decreto 052 de 1987 dispone en su artículo 31 que debe procederse a realizar una nueva convocatoria y selección.

Conviene mencionar que el antecedente inmediato de la norma en referencia son los artículos 66 del Decreto 250 de 1970 y 38 del Decreto 1660 de 1978. De conformidad con los mismos, la autoridad nominadora podrá proveer en propiedad los cargos, sin necesidad de concurso, cuando ... "el concurso sea declarado desierto por primera vez".

Una interpretación lógico-jurídica de la materia que se analiza nos llevaría a la conclusión siguiente: Que el artículo 31 del Decreto 052 de 1987 reformó los artículos 66 del Decreto 250 de 1970 y 38 del Decreto 1660 de 1978 y, como consecuencia, la autoridad nominadora solamente puede proveer en propiedad el cargo, cuando el concurso sea declarado desierto por segunda vez.

Declarado desierto un segundo concurso, la ley considera que ya se ha dado suficiente desarrollo al principio de la igualdad de oportunidades y, por tanto, no es necesario proceder a la convocatoria de nuevos concursos, hasta que pueda elaborarse una lista de admisibles con sus respectivas calificaciones de antecedentes. A partir de entonces, la autoridad nominadora estará en aptitud legal para proveer el cargo en propiedad.

La Sala responde:

A la pregunta número 1. Declarado desierto un segundo concurso, ya no es función de la Procuraduría General de la Nación la convocatoria a otros, indefinidamente, hasta tanto haya quienes lo aprueben.

A la pregunta número 2. Es entendido que la Procuraduría General de la Nación cumple con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 052 de 1987, cuando cita a dos concursos, así estos hayan sido declarados desiertos.

A la pregunta número 3. Como consecuencia de la respuesta afirmativa dada a la pregunta inmediatamente anterior, el Procurador General de la Nación, en ejercicio de la atribución contenida en el artículo 144 de la Constitución Política, puede nombrar en propiedad a los Fiscales de los Juzgados Superiores de las listas presentadas por los Fiscales de los respectivos Tribunales Superiores.

Transcríbase en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Justicia y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

INSFOPAL.— NATURALEZA JURIDICA DE ALGUNOS APORTES EFECTUADOS POR ESTE A ENTIDADES DE LAS CUALES ES SOCIO.

Las sumas que fueron transferidas a las entidades de carácter local, mediante apropiaciones específicas en el presupuesto de gastos de inversión de la Nación, constituyen "inversiones indirectas", no constituyen acciones o derechos sociales del INSFOPAL y las obras o servicios provenientes de las inversiones indirectas, pertenecen a las correspondientes entidades locales.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta del Departamento Nacional de Planeación y Ministerio de Hacienda, sobre naturaleza jurídica de algunos aportes efectuados por el INSFOPAL a entidades de las cuales es socio. Radicación número 202.

Se absuelve la consulta que los señores Jefes del Departamento Nacional de Planeación y Ministro de Hacienda hacen a la Sala en los siguientes términos textuales:

"a) Las sumas correspondientes a apropiaciones presupuestales que fueron transferidas a entidades de las cuales es socio el INSFOPAL, lo fueron como pago de derechos sociales o acciones del INSFOPAL en ellas, que están aún por legalizarse o perfeccionarse? o;

"b) Son, por el contrario, "inversiones indirectas" de la Nación, en los términos del artículo 160 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, efectuadas a través del INSFOPAL?;

"c) Si la respuesta al último interrogante es afirmativa, las obras resultantes de tales inversiones ingresaron al patrimonio de la entidad finalmente beneficiaria de la aprobación? o;

"d) Por tratarse de una inversión indirecta con recursos del Presupuesto de la Nación, las obras ejecutadas o parte de ellas son de su propiedad, y el ente receptor de la apropiación es un mero administrador de tales bienes nacionales?".

Los señores Ministro de Hacienda y Crédito Público y Jefe del Departamento Administrativo de Planeación exponen los aspectos que originan la consulta, en síntesis, así:

1. Que el Instituto de Fomento Municipal —INSFOPAL— fue creado por el Decreto 94 de 1977, reorganizado por el número 2804 de 1975 y suprimido por el número 077 de 1987.

2. Que el mencionado Instituto es socio o tiene derechos "en las empresas de obras sanitarias (empos), en las sociedades de acueductos y alcantarillados (acuas) y en las compañías de servicios públicos", los cuales deben liquidarse "dando preferencia, en su orden, según el caso, a los municipios, departamentos, intendencias y comisarías".

3. Que en el curso de la liquidación del Instituto de Fomento Municipal la Junta liquidadora ha tratado de determinar los derechos sociales de que es titular y que en este proceso "ha encontrado que el INSFOPAL transfirió valores a las entidades de las cuales era socio, sin que en todos los casos esos valores se hubieran convertido formal y realmente en nuevos derechos sociales".

4. Que, sin embargo, se han presentado sobre el particular dos divergentes interpretaciones jurídicas, a saber:

a) La primera consiste en considerar que los "valores transferidos" constituyen derechos por legalizar, "que acrecentarían el monto y la participación del INSFOPAL en las entidades respectivas de las cuales es socio, o que deberían juzgarse como créditos a favor del INSFOPAL para ser cancelados por las mismas entidades";

b) La segunda interpretación estima, con fundamento en el Decreto-ley 294 de 1973, que se trata de transferencias que no están destinadas a convertirse en nuevas acciones o derechos de INSFOPAL, sino que son "inversiones directas de la Nación, a través del INSFOPAL".

La Sala considera:

1º Los bienes o recursos de INSFOPAL, como los de todos los establecimientos públicos nacionales, eran administrados mediante decisiones de su Junta o Consejo Directivo que debía ejecutar su representante legal. Por consiguiente, las acciones o derechos que el Instituto de Fomento Municipal tenía en empresas sanitarias, de acueductos y alcantarillados, en compañías de servicios públicos sólo pudo adquirirlos por propia y autónoma decisión, como correspondía a un establecimiento público nacional dotado, por disposición de la ley, de personería jurídica y patrimonio autónomo, pero no mediante una apropiación presupuestal.

2º Según el anexo que se acompaña a la consulta, las apropiaciones presupuestales de que se trata se hicieron, en todos los casos, con carácter específico, para financiar obras o servicios de interés local. Estas mismas apropiaciones presupuestales fueron directas, sin vinculación o nexo alguno con las acciones o derechos que el INSFOPAL tenía en algunas entidades de carácter local y, habida consideración de su finalidad y de no haber originado "contraprestaciones de bienes

o servicios" (art. 160 del Decreto-ley 294 de 1973), constituyeron "inversiones indirectas" de la Nación en obras o servicios de carácter local.

3º La Nación hizo estas "inversiones indirectas", por conducto de INSFOPAL, como aportes o transferencias de fondos del Estado para obras o servicios locales de interés para la comunidad. Por lo mismo, esos recursos, como las obras o los servicios en que se invirtieron, no pertenecen a la Nación sino a las entidades locales que recibieron sus aportes o su ayuda para realizarlos.

4º La Nación sólo habría podido ser accionista o titular de derechos en las sociedades y asociaciones de carácter regional y local mediante un acto de vinculación a cualquiera de esas entidades, debidamente autorizado por la ley, pero no por medio de una mera apropiación presupuestal; y en las empresas industriales y comerciales de carácter regional y local, esto ni siquiera habría sido posible porque, según la Constitución, ellas se crean y organizan unilateralmente por la correspondiente entidad territorial con recursos propios del departamento, la intendencia, la comisaría o el municipio. De ahí que la ayuda que puede prestarles la Nación tenga que ser, necesariamente, con recursos que les transfiere para que se integren a su propio patrimonio.

La Sala, con fundamento en lo expuesto, responde:

1º Las sumas que fueron transferidas a las entidades de carácter local, mediante apropiaciones específicas en el presupuesto de gastos de inversión de la Nación, constituyen "inversiones indirectas" de la misma entidad, como aportes o ayudas a cada una de las entidades beneficiadas. Por consiguiente, esas sumas no constituyen acciones o derechos sociales del Instituto de Fomento Municipal.

2º Las obras o servicios provenientes de las "inversiones indirectas" de la Nación, a que se refiere el punto anterior, pertenecen a las correspondientes entidades locales, por haber sido realizados con ayuda financiera de la Nación, hecha a las entidades locales en forma directa, incondicional e irreversible.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE VACACIONES Y PRIMA DE VACACIONES DE CONGRESISTAS.—

Incompetencia de las Mesas Directivas de la Cámara y del Senado de la República.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número 208. Reconocimiento y pago de las vacaciones y prima de vacaciones a los Representantes a la Cámara.

El doctor Luis Fernando Alarcón Mantilla, Ministro de Hacienda y Crédito Público eleva a la Sala una consulta, previas las siguientes consideraciones textuales:

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público —Dirección General del Presupuesto— ha objetado por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad el reconocimiento y pago de las vacaciones y prima de vacaciones de los Representantes a la Cámara por considerar que se trata de una prestación social que no está creada por ley y no puede hacerse extensiva por vía de interpretación o analogía de las establecidas para los empleados y trabajadores oficiales del orden nacional.

Constitucionalmente siempre se ha entendido como *miembros* del Congreso a los Senadores y Representantes y nunca se les ha tratado como *empleados* de la Rama Legislativa.

Las Leyes 72 de 1931, 6ª de 1945, 64 de 1946, 48 de 1962 y el Decreto-ley 1045 de 1978, no establecieron prestaciones sociales para los miembros del Congreso. La Ley 65 de 1946 que contiene disposiciones sobre cesantía y jubilación, consagra en su artículo 1º el auxilio de cesantía para "los asalariados de carácter permanente al servicio de la Nación en cualquiera de las Ramas del Poder Público". El Decreto-ley 1723 de 1964 señala expresamente las prestaciones de los Senadores, Representantes y Diputados, entre las cuales no están las vacaciones y la prima correspondiente.

El artículo 113 de la Constitución Política, conforme al Acto legislativo número 1 de 1968, decía en su inciso final: "El régimen de prestaciones y seguridad social de los miembros del Congreso será determinado por la ley a iniciativa de estos, pero no podrá ser superior al que se señale para los Ministros del Despacho".

Posteriormente el Acto legislativo número 1 de 1983 modificó en todas sus partes el texto anterior, quedando así: "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".

Aun cuando la mesa directiva de la Cámara de Representantes expidió la Resolución 112 del 2 de agosto de 1987, mediante la cual se dictaron normas para el reconocimiento y pago de las vacaciones y prima de vacaciones de los Representantes a la Cámara, el artículo 20 de la Constitución Política radica responsabilidad en los funcionarios públicos por infracción de la Constitución o la ley y por extralimitación de funciones u omisiones en su ejercicio, lo que nos lleva a consultar:

1. Las mesas directivas de la Cámara de Representantes y del Senado de la República pueden dictar normas para el reconocimiento y pago de vacaciones y prima de vacaciones de los miembros del Congreso?

2. Las disposiciones legales que han establecido y fijado las prestaciones sociales de los empleados y trabajadores oficiales del orden nacional se extienden a los miembros del Congreso por vía de interpretación y analogía?

3. De conformidad con el artículo 56 del Decreto-ley 1222 de 1986, los miembros del Congreso tendrían derecho al reconocimiento y pago de vacaciones y prima de vacaciones que se causen a partir de día de su publicación?

La Sala considera y responde:

1. La Ley 72 de 1931 en su artículo 22 dice: "Todo empleado u obrero de los establecimientos públicos, oficinas o empresas oficiales que durante un año contínuo hubiere prestado sus servicios, tendrá derecho a quince días de vacaciones remuneradas.

"Estas vacaciones se darán por turno, a fin de no interrumpir la buena marcha de las entidades respectivas".

2. La Ley 6ª de 1945 en su artículo 17 las prestaciones oficiales de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, y entre las prestaciones patronales, en el artículo 12 literal e) establece quince días contínuos de vacaciones remuneradas, por cada año de servicio, para los empleados y obreros nacionales, con lo que reitera lo reconocido en el artículo 2º de la Ley 72 de 1931.

3. La Ley 64 de 1946 en su artículo 5º reiteró que las vacaciones remuneradas de que trata el ordinal e) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 serán de quince (15) días.

4. La Ley 48 de 1962 en su artículo 7º preceptúa: "Los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales gozarán de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas por los servidores públicos en la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen".

La misma Ley en su artículo 13 dice que: "El Gobierno reglamentará la presente Ley en lo atinente a las prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales, con el propósito de facilitar su más pronta y segura efectividad".

5. El Decreto 1723 de 1964, por el cual se reglamenta la Ley 48 de 1962, y en complemento del mandato del artículo 13 de la misma, no contempló las vacaciones y su regulación como prestación reconocible a los miembros del Congreso.

6. La Ley 5ª de 1969 en su artículo 3º comprende a los Senadores y Representantes sobre la acumulación de servicios oficiales y semioficiales y les computa las sesiones ordinarias o extraordinarias de esas corporaciones como si hubiese asistido los doce meses del año calendario, todo ello para efectos de la jubilación.

Y el artículo 4º determina: "Los miembros de las Corporaciones Públicas a que se refiere el artículo 3º de la presente ley, gozarán de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6ª de 1945, y demás disposiciones que la adicionen o reformen..."

7. El artículo 56 del Decreto 1222 de 1986, Código de Régimen Departamental, establece: "Los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales gozarán de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen".

8. Del historial legislativo anterior aparece que, aunque la ley, *en forma directa* no determina las vacaciones como prestación social de los miembros del Congreso, *el reconocimiento está definido por la remisión* legal que se hace a la Ley 6ª de 1945, que establece las vacaciones para los empleados y obreros oficiales.

No acontece similar situación con la prima de vacaciones porque por parte ninguna la legislación referida la crea y la remite al beneficio de los miembros del Congreso. La remisión que hace la Ley 48 de 1962 y 5ª de 1969 debe entenderse referida a la Ley 6ª de 1945, que expresamente mencionan, y a las demás leyes que estuvieran vigentes cuando se expidieron. Ninguna de estas contempla la prima de vacaciones.

9. *Las vacaciones y la prima de vacaciones son prestaciones sociales* cuya creación es competencia del legislador de conformidad con el artículo 76, de la Constitución, numeral 9º, y la reglamentación de la ley que origina la prestación es potestad del Presidente de la República según el artículo 120 numeral 3º de la Carta. *Consecuente con esto resulta manifiestamente inconstitucional, por invasión de competencia,* la Resolución 112 de agosto 2 de 1987, mediante la cual

la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes dictó normas para el reconocimiento y pago de las vacaciones y prima de vacaciones de los Representantes a la Cámara.

Las personas y entidades públicas sólo pueden hacer en derecho público lo que en forma expresa les esté atribuido y permitido en el orden jurídico establecido, y en el caso, la reglamentación sobre la forma de pago de las vacaciones, de origen legal, es atribución propia del Presidente de la República.

10. *La Resolución 112 de agosto 2 de 1987 en referencia, es además, ilegal, porque extralimita las funciones de la Ley 17 de 1970,* "por el cual se dictan normas sobre las Comisiones del Congreso", que en su artículo 8º no le concede a la Comisión de la Mesa de la Cámara tomar determinaciones como las de establecer el reconocimiento y pago de vacaciones y prima de vacaciones, pues las funciones taxativamente son bien diferentes:

"1ª Coordinar las labores de la respectiva Cámara y velar por su ordinario y eficaz funcionamiento.

"2ª Exigir de las Comisiones el normal desarrollo de las funciones a ellas encomendadas.

"3ª Presidir las sesiones plenarias de la Cámara respectiva y elaborar el orden del día para las mismas.

"4ª Representar a la Cámara correspondiente ante las otras Ramas del Poder Público y en todos los actos públicos o privados donde su presencia sea requerida y necesaria.

"5ª Elaborar conforme a las leyes preexistentes y en asocio de la Comisión de la Mesa de la otra Cámara, el proyecto de ley de apropiaciones anuales para el funcionamiento del Congreso.

"6ª Nombrar y remover los empleados para el servicio de la Cámara respectiva que la ley haya creado y cuya designación no corresponda a dicha Cámara en pleno, o a las Comisiones. En la designación se dará representación proporcional a los partidos y a las diversas secciones del país.

"7ª Dictar el reglamento de trabajo de los empleados de la Cámara correspondiente y velar por su cumplimiento.

"8ª Nombrar las Comisiones Accidentales cuya designación le corresponda.

"9ª Dirigir la Policía interior de cada Cámara".

11. *También resulta ilegal, por invasión de competencia, la Resolución 112 de agosto 2 de 1987 de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes frente a la Ley 33 de 1985* "por el cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las Prestaciones Sociales para el Sector Público". En el artículo 15 se creó el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, como establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, entre cuyas actividades están: "1. Efectuar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los

Congresistas, de los empleados del Congreso y de los empleados del mismo Fondo. 2. Expedir, con la aprobación del Gobierno nacional, reglamentos generales para la atención de las prestaciones a su cargo", y en el artículo 18 entre las funciones de la Junta Directiva "e) Adoptar el reglamento general sobre las condiciones y los términos necesarios para el reconocimiento y efectividad de las prestaciones económicas".

12. *No puede tomarse como fuente legal* de las prestaciones de vacaciones y prima de vacaciones para los miembros del Congreso el Decreto-ley 1045 de 1968, "por el cual se fijan reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional", porque dicho Decreto es aplicable respecto de algunas entidades de la administración pública, del orden nacional entendiéndose por tal, taxativamente, según el artículo 2º "la Presidencia de la República, los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencia, los Establecimientos Públicos y las Unidades Administrativas Especiales".

Con base en lo expuesto la Sala responde:

1. Las Mesas Directivas de la Cámara y del Senado de la República carecen de competencia para dictar normas sobre el reconocimiento y pago de vacaciones y prima de vacaciones de los miembros del Congreso.

2. Las prestaciones sociales de los miembros del Congreso deben tener fuente expresa en la ley.

3. Los miembros del Congreso tienen derecho al reconocimiento y pago de vacaciones que prescribe la ley, pero la reglamentación sobre la forma de reconocerlas y pagarlas corresponde al Presidente de la República, de conformidad con el artículo 120, ordinal 3º de la Constitución Nacional.

4. Los miembros del Congreso carecen de derecho al reconocimiento y pago de prima de vacaciones.

En los anteriores términos, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, *absuelve* la consulta formulada a esta Corporación, por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Luis Fernando Alarcón Mantilla.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.—

Casos en que se da legalmente la revisión por el Consejo de Estado.

CONTRATOS DE SUMINISTRO Y FINANCIACION. Condiciones para asimilación a empréstito.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta sobre: Requisitos para la validez y perfeccionamiento de contratos. Radicación número 203.

El señor Ministro de Defensa Nacional, en Oficio número 2338, envió a la Sala la siguiente consulta:

"1. Conforme al artículo 49 del Decreto-ley 222 de 1983, una vez se cumplan los requisitos y formalidades establecidas en los artículos precedentes, los contratos celebrados por la Nación cuya cuantía sea o exceda de $ 50.000.000.00 o su equivalente en moneda extranjera, requieren concepto favorable del Consejo de Ministros, previo el estudio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y los contratos escritos de la Nación deberán someterse a la firma del señor Presidente de la República, si esta función no hubiere sido delegada.

"2. A su vez el artículo 50 del citado Decreto expresa, que los contratos de la Nación cuya cuantía sea o exceda de $ 50.000.000.00 o su equivalente en moneda extranjera deben someterse a la revisión de legalidad del Consejo de Estado.

"3. Sin embargo con motivo de la expedición del Código Contencioso Administrativo, en sus artículos 253 y siguientes se dispone que los contratos de la Nación, excluídos los de empréstito interno y externo, cuya cuantía sea o exceda de $ 50.000.000.00 o su equivalente en moneda extranjera, deberán someterse a la revisión de legalidad del Consejo de Estado.

"En desarrollo de lo ordenado por el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo, el Gobierno nacional reajustó los valores absolutos de ese Código, mediante el Decreto 2269 de 1987 por el bienio comprendido entre el 1º de enero de 1988 y el 31 de diciembre de 1989, durante el cual se somete a revisión del Consejo de Estado, aquellos contratos cuya cuantía sea o exceda de $ 105.210.000.00.

"4. Como quiera que el artículo 235, literal a) del Decreto 222 de 1983, prevé que, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos que les son propios, se someterán a las disposiciones del presente Estatuto sobre contrato de empréstito, los siguientes actos cuando contengan plazos para el pago mayores de 1 año: a) Los créditos de proveedores, esto es, la adquisición de bienes y/o servicios con plazo para el pago, se ha entendido que en el caso priman las normas sobre contrato de empréstito, pero bajo la exigencia de que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros y a la posterior revisión de legalidad por parte del Consejo de Estado, así se trate de las cuantías delegadas por el señor Presidente de la República, en desarrollo del artículo 135 de la Constitución Política y de los artículos 248 y 249 del Decreto-ley 222 de 1983, según el último de los cuales, el Presidente de la República podrá delegar en las autoridades a que se refiere el artículo anterior, la facultad de celebrar contratos en cuantía inferior a $ 50.000.000.00 o a US$ 5.000.000 de dólares estadounidenses o su equivalente en otras monedas extranjeras.

"5. La anterior facultad la delegó el señor Presidente de la República en el Decreto 402 de 1983, en cabeza de los Ministros y Jefes de Departamento Administrativo, en las cuantías antes indicadas y previo además en el inciso 2º del artículo 2º después de delegar en el Ministro de Hacienda y Crédito Público, la facultad de celebrar los contratos de empréstito a que se refiere el Capítulo 17 del Título VIII del Decreto extraordinario 222 de 1983, que sin embargo, tratándose de las operaciones a que se refieren los literales a) y d) del artículo 235 del mismo Decreto, podrán celebrar los contratos respectivos los Ministros o Jefes de Departamento Administrativo en las cuantías anteriormente señaladas.

"El citado Decreto empezó a regir el 10 de febrero de 1983 y se encuentra vigente en la fecha.

"Con base en las anteriores consideraciones, me permito consultar a esa Sala lo siguiente:

"a) Puede un Ministro o Jefe de Departamento Administrativo, celebrar contratos de suministro o de suministro y financiación, por sí solo y sin necesidad de obtener concepto favorable del Consejo de Ministros y la posterior revisión de legalidad del honorable Consejo de Estado, cuando la cuantía del contrato no alcance la suma de US$ 5.000.000 de dólares estadounidenses o su equivalente en otras monedas extranjeras?;

"b) El concepto favorable del Consejo de Ministros es un trámite forzoso así como la revisión de legalidad del Consejo de Estado, cuando la cuantía del contrato no alcanza a $ 50.000.000.00 o a US$ 5.000.000 millones de dólares estadounidenses o su equivalente en otras monedas extranjeras?;

"c) Conforme a los artículos 253 y siguientes del Código Contencioso Administrativo podría pedirse al honorable Consejo de Estado, la revisión de un contrato de suministro y financiación cuya cuantía no alcance a los US$ 5.000.000 millones de dólares estadounidenses o su equivalente en otras monedas".

Consideraciones de la Sala:

El régimen de cuantías para la celebración, revisión y delegación de los contratos; está sujeto a reajustes bienales, de acuerdo con la certificación del DANE sobre la variación que registre el índice de precios al consumidor en el respectivo bienio (art. 265 del C. C. A., modificado por el Decreto 597 del 5 de abril de 1988).

Así y en atención al vencimiento del bienio iniciado el 1º de enero de 1985, el Gobierno nacional, mediante Decreto 2269 de 1987, reajustó el valor absoluto expresado en el artículo 253 del Código Contencioso Administrativo a la cantidad de ciento cinco millones doscientos diez mil pesos ($ 105.210.000.00).

El régimen de revisión de contratos por el Consejo de Estado, según el artículo 253 del Código Contencioso Administrativo, excluye los de empréstito interno y externo, y somete a revisión los demás contratos cuando la Nación los celebre y su cuantía corresponda o exceda la reajustada por el Decreto 2269 de 1987 a ciento cinco millones doscientos diez mil pesos ($ 105.210.000.00). "Los celebrados por otras entidades públicas también se someterán a esta revisión cuando así lo disponga expresamente la ley".

Los actos que se asimilan a empréstito, como la adquisición de bienes y/o servicios con plazo para el pago mayor de un (1) año, están sometidos por el artículo 235 del Decreto 222 de 1983 a las disposiciones de tal estatuto sobre contrato de empréstito. En efecto expresa el del artículo 232:

> "Del perfeccionamiento de los *contratos de empréstito*. Los contratos de empréstito se perfeccionarán mediante su publicación en el Diario Oficial, requisito que se entiende cumplido en la fecha del pago de los derechos correspondientes o de la orden impartida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público —Dirección General de Crédito Público—.
>
> "*Parágrafo*. El requisito aquí previsto se entenderá cumplido en relación con los créditos de proveedores que celebren la Nación para el ramo de Defensa Nacional y los organismos de tal sector para la adquisición de material reservado o de guerra, con la inserción en el Diario Oficial de las cláusulas correspondientes al valor, forma de pago y costos de la financiación".

La regulación especial del contrato de empréstito y de los contratos al mismo asimilados, prescinde de los requisitos generales establecidos respecto de los demás contratos de la administración. Sin embargo, según el artículo 59 de la Ley 55 de 1985:

> "En desarrollo de lo previsto en el inciso 1º del artículo 239 del Decreto extraordinario 222 de 1983, el Gobierno podrá someter a revisión de legalidad por el Consejo de Estado los contratos de empréstito externo de la Nación, de las entidades territoriales y descentralizadas. La revisión comprenderá la autorización legal en virtud de la cual el contrato se celebre; la competencia de los funcionarios y la capacidad de las demás partes que en él inter-

vienen; el régimen legal de las estipulaciones acordadas; las prescripciones de orden fiscal y, en general, todo lo relativo a su celebración.

"El dictamen del Consejo de Estado que declare válidamente celebrado el contrato, no será susceptible de controversia jurisdiccional".

Además, el artículo 28 de la Ley 7ª de 1986 dispone:

"La facultad del artículo 59 de la Ley 55 de 1985 se extenderá a los contratos que la Nación garantice, y a las garantías respectivas".

Los contratos a que se refieren los literales a) y d) del artículo 235 del Decreto 222 de 1983 están asimilados a los de empréstito y, por lo tanto, se rigen por las mismas disposiciones que lo regulan.

Por consiguiente, con los fundamentos expuestos la Sala responde:

1º De conformidad con el Decreto 222 de 1983, cuando la cuantía del contrato sea inferior a 50 millones de pesos o a US$ 5 millones de dólares estadounidenses, puede un Ministro o Jefe de Departamento Administrativo celebrar por sí solo el contrato de suministro y cuando la cuantía sea igual o superior a la cantidad de $ 105.210.000.00 debe someterlo a la revisión de legalidad del Consejo de Estado, previo concepto favorable del Consejo de Ministros al tenor del artículo 253 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con el Decreto 2269 de 1987 y del artículo 49 del Decreto-ley 222 de 1983.

Si el contrato es de suministro y financiación con plazo mayor de un año, se asimila a empréstito y cabe entonces, distinguir dos hipótesis: Si el contrato es de empréstito interno o externo. En el primer caso no estaría sometido a la revisión de legalidad del Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 253 del Código Contencioso Administrativo. En cambio los contratos de empréstito externo y los asimilados a ellos *pueden* ser sometidos a la revisión de legalidad que incumbe al Consejo de Estado de conformidad con el artículo 59 de la Ley 55 de 1985 y el artículo 28 de la Ley 7ª de 1986, sin perjuicio de lo dispuesto por el parágrafo del artículo 232 del Decreto 222 de 1983. También *pueden* someterse a la revisión de legalidad los contratos garantizados por la Nación y las correspondientes garantías.

2º Cuando la cuantía del contrato de suministro no alcanza a $ 50 millones de pesos, no es requisito de perfeccionamiento del contrato la revisión de legalidad del Consejo de Estado ni el concepto favorable del Consejo de Ministros. Cuando la cuantía sobrepase la cantidad de $ 105.210.000.00 es requisito forzoso la revisión del Consejo de Estado y el previo concepto favorable del Consejo de Ministros de conformidad con el artículo 253 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con el Decreto 2269 de 1987 y con el artículo 49 del Decreto 222 de 1983.

3º Si se trata de contrato de suministro y financiación, asimilable a empréstito externo, *puede* someterse sin referencia a la cuantía, a la revisión de legalidad del Consejo de Estado de conformidad con el artículo 59 de la Ley 55 de 1985.

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

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO I

DECRETOS DEL GOBIERNO

DROGAS, INSUMOS DE LA INDUSTRIA FARMACEUTICA, MATERIAL QUIRURGICO Y PRODUCTOS RELACIONADOS CON EL SECTOR SALUD.—

Precios: Fijación, control. FACULTADES DEL MINISTERIO DE SALUD.

El Gobierno —MINISTERIO DE SALUD PUBLICA— está expresamente facultado por la ley para, de una parte, determinar las drogas, las mismas de la industria farmacéutica, material quirúrgico y de todos los productos relacionados con el sector de la salud, cuyos precios deben someterse a control y, de otra parte, para fijar los precios de los bienes antes mencionados, es decir, de aquellos productos atrás relacionados que hayan sido sometidos al control, tal como claramente lo disponen los artículos 2º, literal b) y 3º, literales a) y e) del Decreto-ley 149 de 1976, facultades que han sido ejercidas a través de los Decretos 281 de 1975, modificado por el Decreto 522 de 1976 y de la Resolución 6376 de 1980, normas que el Decreto 1604, de 1985 invoca a más de la Ley 9ª de 1979, esta última en la medida en que expresamente reitera en el artículo 438 que compete al Ministro de Salud reglamentar lo relacionado con la IMPORTACION Y EXPORTACION de los mencionados productos.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 311. Demandantes: Asociación Pro-Bienestar de la Familia Colombiana —PROFAMILIA— y otros.

Se decide la demanda que en acción pública instauraron la Asociación Pro-Bienestar de la Familia Colombiana —PROFAMILIA— y en nombre propio los ciudadanos Miguel Trías Fargas y Eustorgio Sarria con la finalidad de obtener se declare la nulidad del parágrafo 1º del artículo 6º del Decreto número 1604 de 11 de junio de 1985 "por el cual se dictan unas disposiciones en relación con la importación de medicamentos" expedido por el Gobierno nacional, conformado para este efecto por el señor Presidente de la República y el Ministro de Salud Pública.

Antecedentes:

A. *La demanda.*

1. El texto del aparte de la disposición acusada es del siguiente tenor:

"Artículo 6º .....

"Parágrafo 1º En ningún caso, el precio será superior al 20% del costo C.I.F. de la importación".

2. Como hechos de la demanda se aducen en síntesis, los siguientes:

a) El Decreto número 1604 de 22 de junio (sic) de 1985 del cual hace parte la disposición acusada fue expedido por el Gobierno —Presidente de la República y Ministro de Salud Pública—;

b) En el preámbulo del citado Decreto se invocan las atribuciones conferidas en la Ley 9ª de 1979 y en el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución;

c) La aplicación de la norma acusada "objetivamente significa que el importador, sin ánimo de lucro, de un medicamento necesario para el cumplimiento de los fines de protección social propios debe perder el 80% de su valor de importación";

d) PROFAMILIA es una institución privada sin ánimo de lucro, con personería jurídica reconocida por Resolución número 1958 de 11 de junio de 1966 y su representante es el doctor Miguel Trías Fargas;

e) Dados los fines sociales y actividades científicas que PROFAMILIA satisface es indispensable la importación de medicamentos;

f) Una simple operación aritmética evidencia el grave perjuicio económico y social que se deriva, para toda persona, de la aplicación de la norma impugnada.

3. Como normas violadas y concepto de violación de las mismas plantean los actores en resumen, lo siguiente:

a) El acto contenido en el Decreto número 1604 de 11 de junio de 1985 es a la luz del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo un acto administrativo, que según el artículo 84 *ibídem* es demandable por toda persona cuando ha sido expedido por funcionario u organismo incompetente, como ocurre en el caso *sub lite,* pues en el parágrafo acusado se contiene una decisión de carácter general "que genera una situación jurídica objetiva, o sea una ley, acto legislativo, que sólo el Congreso Nacional puede expedir, salvo casos de excepción, según lo ordena el artículo 76 de la Constitución. Por tanto, el Presidente de la República y su Ministro de Salud carecen de competencia para ello, afectando de nulidad su conducta";

b) La Ley 9ª de 1979 que invoca el Decreto mencionado es el Código Sanitario vigente, el cual consta de 607 artículos, que integran 12 Títulos que reglamentan lo atinente a protección del medio ambiente; saneamiento de aguas, potabilización, etc.; salud ocupacional;

saneamiento de edificaciones; alimentos (producción, transformación, transporte, etc.), ocupándose del aspecto de drogas en el Capítulo VI, artículos 428, 429, 438, 564 y 565, de los cuales se infiere que las atribuciones al Gobierno son típicamente administrativas: Vigilancia y control, como es lo propio de la Rama Ejecutiva, pero en parte alguna se le autoriza para legislar sustituyendo al Congreso;

c) El artículo 120 de la Constitución Nacional no permite el ejercicio de la potestad reglamentaria en los términos en que lo hizo el Gobierno con apoyo en el ordinal 3º del mismo, sin violar los artículos 2º y 76 de la misma Constitución.

Ejercer la potestad reglamentaria dentro de los términos de la Constitución para la cumplida ejecución de las leyes, no es cuestión de orden legislativo o jurisdiccional, sino administrativo, comoquiera que las normas legales no operan por su sola virtualidad, siendo indispensable señalar o adoptar medidas o procedimientos, que sin modificar su espíritu, y por el contrario sujetándose a él, las conviertan en instrumento eficaz frente a la realidad social;

d) Al obligar la norma acusada a entregar al beneficiario un medicamento con una pérdida en su precio de importación igual al 80%, se viola el artículo 30 de la Constitución que garantiza la propiedad privada.

B. *Los alegatos de conclusión.*

1. La parte demandante argumentó en síntesis, lo siguiente:

a) Se viola el artículo 30 de la Constitución que garantiza la propiedad privada, pues las entidades sin ánimo de lucro que importan medicamentos esperan venderlos, por lo menos, al precio de compra, pues de lo contrario trabajarían a pérdida y esto no es posible ni aún para tal tipo de entidades, vulnerándose así el derecho que tiene la importadora a recuperar el precio pagado como valor de importación.

El único caso que autoriza la Constitución para un desposeimiento legal de la propiedad privada es el de la expropiación, que tiene lugar por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador y por causa de guerra.

En el caso del parágrafo 1º del artículo 6º del Decreto número 1604 de 1985 no se dan los supuestos de la expropiación, ni se trata tampoco de un caso de intervención económica, pues según el artículo 32 de la Carta, ésta sólo es viable por mandato de la ley y la Ley 9ª de 1979 no está autorizando una intervención de este tipo como se desprende de su articulado;

b) La norma acusada no está conforme con la Ley 9ª de 1979 que pretende reglamentar según el encabezamiento del Decreto 1604 de 1985, ya que como Decreto reglamentario que es, debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar, respetando su letra y su espíritu.

En la Ley 9ª de 1979, en el Título referente a drogas y medicamentos no se contiene autorización al Gobierno para fijar precios a los medicamentos importados y aunque el artículo 444 señala que el Ministerio de Salud reglamentará la venta de drogas, tal previsión no otorga facultad al Gobierno para fijar tales precios.

El Código Sanitario o Ley 9ª de 1979 es un conjunto de disposiciones que garantizan una protección a la salud pública y que regulan los servicios administrativos encargados de que ello se cumpla, pero intervenir en la fijación de precios de los medicamentos que se importan, no es medida de carácter sanitario y por tanto, no se compadece con el espíritu mismo de la ley que se afirma desarrollar y al hacerlo se infringen los artículos 120, ordinal 3º y 20 de la Carta.

2. La parte demandada aduce en su alegato de conclusión en resumen, lo siguiente:

a) El artículo 2º del Decreto-ley número 149 de 27 de marzo de 1976 dispone que el establecimiento de la política de precios, su aplicación, así como la fijación de los precios de los bienes y servicios sometidos a control, corresponde, según el literal b) al Ministerio de Salud Pública, para las drogas, insumos de la industria farmacéutica, material quirúrgico y todos los productos relacionados con el sector de la salud;

b) La Resolución número 6376 de 25 de julio de 1980 establece el procedimiento para fijar y revisar los precios de los medicamentos;

c) El artículo 564 de la Ley 9ª de 1979 prevé que corresponde al Estado como regulador de la vida económica y como orientador de las condiciones de salud dictar disposiciones para asegurar una adecuada situación de higiene y seguridad en todas las actividades y vigilar su cumplimiento a través de las autoridades de salud.

El Título V de la misma Ley contiene disposiciones sobre producción, circulación y expendio de drogas y medicamentos;

d) El análisis concatenado de lo dispuesto por el Decreto-ley 149 de 27 de marzo de 1976, de la Resolución número 6376 de 1980 y de los apartes pertinentes del Código Sanitario, llevan a la conclusión de que el Ministerio de Salud es competente y ostenta facultad para fijar precios a los medicamentos.

C. *El concepto de la Fiscalía.*

Considera el señor Fiscal Primero debe accederse a la súplica de la demanda y para ello argumenta, así:

a) "Desde un punto de vista elemental de mercadeo es obvio que la persona que importe un bien cobijado por el régimen del Decreto 1604 de 1985 al tener esa restricción para fijar su precio de venta está obligado a asumir una pérdida enorme (80%), configurándose un desposeimiento legal del Estado al importador pues le restringe el derecho que éste tiene a comercializar el producto obteniendo obviamente sus ganancias, en tratándose de personas que tengan ánimo de lucro, o por lo menos a recuperar la inversión, en los casos de las personas que no operen con fundamento en tal ánimo";

b) La norma acusada no constituye ni un caso de expropiación, por cuanto no reúne las características propias de esta figura, ni implica ejercicio de la facultad del Estado de intervención en la economía, pues ésta presupone mandato legal y la norma que podría servir de fundamento o sea la Ley 9ª de 1979 no autoriza tal intervención, por lo que ella implica vulnerar uno de los más sagrados derechos constitucionales, cual es el de la propiedad privada consagrado en el artículo 30 de la Carta.

Consideraciones:

Por razones de claridad, considera la Sala deben analizarse los cargos planteados en forma separada, así:

A. Incompetencia del Gobierno —Presidente de la República y Ministerio de Salud Pública—.

I. El Decreto número 281 de 21 de febrero de 1975, que el Decreto número 1604 de 1985 parcialmente acusado invoca, regula lo atinente al registro de medicamentos, productos alimenticios, cosméticos, materiales de curación, plagicidas de uso doméstico, detergentes y otros productos que inciden en la salud y en su artículo 5º hace obligatorio el mencionado *registro* en el Ministerio de Salud Pública para todos los bienes antes mencionados, sometiéndolos así a control y agregando en el parágrafo 2º de aquél que todas las personas o entidades oficiales, semioficiales o privadas que con fines comerciales o de investigación importen o fabriquen alguno o algunos de los productos antes indicados quedarán sujetas a las leyes y reglamentos respectivos, salvo las excepciones que establezca la Comisión Revisora que allí mismo se regula.

En el artículo 16, parágrafo, expresamente se dispone que para *fijar el costo* de los productos materia de regulación *el Gobierno nacional* no computará el precio de los empaques de lujo, es decir la norma está haciendo mención expresa de la facultad de fijación de precios para tales productos por parte del Ejecutivo.

El citado Decreto 1604 de 1985 fue modificado por el Decreto número 522 de 1976, también invocado en el Decreto número 1604, el cual con relación a las normas que antes se destacaron, restringió la posibilidad de exoneración de la obligación de someterse a registro al caso único de los productos que se destinen a investigación científica, es decir, eliminó la posibilidad de tal exoneración para el caso de producción o importación con fines de comercialización (art. 5º, parágrafo 2º) y aclaró el parágrafo del artículo 16 del Decreto 281 precisando lo que se entiende por empaque de lujo para efectos de la *fijación de precios por parte del Gobierno nacional*, reiterando así la mención de la citada facultad.

II. *El Decreto-ley número 149 de 27 de enero de 1976* "por el cual se suprime la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, se redistribuyen sus funciones y se revisa la organización de la Superintendencia de Industria y Comercio", en su artículo 2º dispone que el establecimiento de la política de precios, su aplicación, así como la *fijación de precios de los bienes y servicios sometidos a control, co-*

rresponde, literal b), *al Ministerio de Salud Pública en tratándose de drogas, insumos de la industria farmacéutica, material quirúrgico y todos los productos relacionados con el sector de la salud* y en el artículo 3º agrega textualmente lo siguiente:

"Artículo 3º Para el cumplimiento del artículo anterior, las mencionadas entidades tendrán las siguientes funciones en cada uno de los sectores de su competencia:

"a) Establecer y aplicar la política de precios;

"b) Elaborar estudios sobre la producción, distribución y consumo nacionales;

"c) Trazar políticas sobre abastecimiento de la demanda nacional y recomendar las medidas pertinentes;

"d) Determinar los bienes y servicios cuyos precios deban someterse a control de acuerdo con las disposiciones legales vigentes sobre la materia;

"e) *Fijar los precios de los bienes y servicios bajo control;*

"f) Fijar, cuando lo consideren conveniente, los descuentos o porcentajes que los productores, fabricantes o comerciantes tengan establecidos o establezcan en favor de sus agentes o distribuidores, determinando en cada caso los que se justifiquen, y señalando los precios correspondientes, y

"g) Las que ha venido ejerciendo el Consejo Directivo de la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, y que no estén asignadas a otra autoridad" (El subrayado no es del texto).

III. El Código Sanitario o Ley 9ª de 24 de enero de 1979 "por la cual se dictan medidas sanitarias" en su Título VI, artículos 428 a 477 contiene disposiciones relativas a la elaboración, envase o empaque, almacenamiento, transporte y expendio de drogas y medicamentos, estupefacientes, sicofármacos sujetos a restricción y otros productos que puedan producir farmacodependencia o que por sus efectos requieran restricciones especiales, cosméticos y similares, materiales de curación y todos los productos que empleen para el diagnóstico, el tratamiento o la prevención de las enfermedades del hombre o de los animales, alimentos que por haber sido sometidos a procesos que modifican la concentración relativa de los diversos nutrientes de su constitución o la calidad de los mismos, o por incorporación de sustancias ajenas a su composición, adquieran propiedades terapéuticas (art. 428).

En el artículo 429 se dispone que compete al Ministerio de Salud Pública reglamentar las normas sobre drogas, medicamentos, cosméticos y similares y en el artículo 438 se le confiere expresamente a tal Ministerio la función de reglamentar lo relacionado con la importación y exportación de los productos farmacéuticos, es decir, medicamentos y cosméticos.

IV. El Decreto número 1604 de 11 de junio de 1985 "por el cual se dictan disposiciones en relación con la importación de medicamentos" regula lo atinente a la importación de los productos a que

se refiere el Decreto número 281 de 1975, artículo 5º, modificado por el Decreto número 522 de 18 de marzo de 1976, cuando dicha importación sea efectuada por entidades hospitalarias oficiales y privadas sin ánimo de lucro.

En el artículo 6º, cuyo parágrafo 1º es materia del control de legalidad en este proceso, dispone:

"Artículo 6º Para efectos de la fijación de precios, los productos importados de acuerdo con el presente Decreto se someterán al régimen de libertad vigilada de que trata la Resolución número 6376 de 1980 o las que la sustituyan o modifiquen.

"Parágrafo 1º En ningún caso, el precio será superior al 20% del costo C.I.F. de la importación.

"Parágrafo 2º Cuando el producto tenga fijado precio por el Ministerio de Salud el precio que se establezca no podrá ser superior al previamente autorizado" (El subrayado no es del texto).

V. De lo antes expuesto se concluye que el Gobierno —Ministerio de Salud Pública— está expresamente facultado por la Ley para, de una parte, determinar las drogas, insumos de la industria farmacéutica, material quirúrgico y todos los productos relacionados con el sector de la salud cuyos precios deben someterse a control y, de otra parte, para fijar los precios de los bienes antes mencionados, es decir, de aquellos productos atrás relacionados que hayan sido sometidos a control, tal como claramente lo disponen los artículos 2º, literal b) y 3º, literal d) y e) del Decreto-ley número 149 de 1976, facultades que han sido ejercitadas a través de los Decretos números 281 de 1975, modificado por el Decreto 522 de 1976 y de la Resolución número 6376 de 1980, normas que el Decreto número 1604 parcialmente acusado invoca, a más de la Ley 9ª de 1979, esta última en la medida en que expresamente reitera en el artículo 438 que compete al Ministerio de Salud reglamentar lo relacionado con la importación y exportación de los mencionados productos.

No se configuran pues las causales de nulidad que por incompetencia y desbordamiento de la potestad reglamentaria los actores aducen, en la medida en que se trata en el parágrafo 1º acusado de la fijación de precios de productos importados por determinadas entidades, sometidos al control de precios de acuerdo con el Decreto número 281 de 1975, modificado por el Decreto número 522 de 1976 y con la Resolución número 6376 de 1980 y en uso de las precisas competencias que señala el Decreto-ley 149 de 1976, en parte reiteradas por la Ley 9ª de 1979.

B. Desconocimiento del derecho de propiedad privada.

I. Afirman los demandantes que el parágrafo 1º del artículo 6º del Decreto número 1604 de 1985 vulnera el derecho de propiedad privada que el artículo 30 de la Constitución garantiza, en la medida en que dispone que el precio de los productos que se importen bajo el amparo de dicho Decreto no podrá ser superior en ningún caso al 20% del costo C.I.F. de la importación, lo que equivale a privarlos de un valor equivalente al 80% en cada uno de los productos.

II. Para efectos de precisar el alcance y exacto sentido del parágrafo 1º cuestionado es preciso ubicarlo dentro del contexto de la norma de la cual hace parte, máxime si se tiene en cuenta que la finalidad de un parágrafo es precisar o complementar, a manera de párrafo como lo indica el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la disposición de la cual hace parte, razón para que la Sala considere conveniente volver a transcribir la disposición en cuestión.

"Artículo 6º Para efectos de la fijación de precios, los productos importados de acuerdo con el presente Decreto se someterán al régimen de libertad vigilada de que trata la Resolución número 6376 de 1980 o las que la sustituyan o modifiquen.

"Parágrafo 1º En ningún caso, el precio será superior al 20% del costo C.I.F. de la importación.

"Parágrafo 2º Cuando el producto tenga fijado precio por el Ministerio de Salud el precio que se establezca no podrá ser superior al previamente autorizado".

III. La Resolución número 6376 de 1980 a que remite la norma antes transcrita en su Capítulo III, artículos décimoctavo a vigésimosegundo regula lo concerniente a medicamentos sometidos a libertad vigilada de precios y concretamente en lo que atañe a medicamentos importados, que es la materia a la que se refiere el Decreto número 1604 cuando dicha importación la efectúan las entidades hospitalarias oficiales y privadas sin ánimo de lucro, remite a los artículos 16 y 17 de la misma Resolución que tocan con medicamentos importados sometidos a control directo de precios. Es decir, que en virtud de lo dispuesto por las normas primeramente citadas, los precios para medicamentos importados sean sujetos a control directo de precios o a la libertad vigilada se someten al mismo régimen, consistente en que el precio del producto importado, cuando haya producto de comparación, tendrá el mismo precio que el fijado para el producido en el país; si tal producto de comparación no existe, el precio se determinará aplicando el factor 2.8 al costo total, siendo el costo total el de la importación cuando se trata de productos terminados, o, el costo de la importación sumado al costo de materiales de empaque y envase, más el 50% del valor que por costo fabril y pérdidas en proceso la misma Resolución señala para productos no importados, cuando el producto se importa semielaborado, es decir para ser empacado o envasado en el país.

IV. De lo antes expuesto se concluye que el parágrafo 1º no preceptúa que el precio de venta al público de los medicamentos importados por las entidades hospitalarias oficiales o privadas sin ánimo de lucro sea, como lo pretenden los demandantes, el 20% del costo de la importación. El porcentaje antes indicado es solamente una limitante que opera respecto del precio de venta al público que el Gobierno fije para medicamentos similares producidos en el país, o para medicamentos que por no ser producidos en el país no tienen producto de comparación.

En ambos casos el costo total C.I.F. del producto importado se encuentra ampliamente cubierto, ya que la limitante mencionada

opera sobre la suma total del costo del producto o valor de la mercancía, más el valor del flete, más el valor del seguro, cuyo resultado conforma precisamente el valor C.I.F., así:

1. En aplicación de los parágrafos 1º y 2º del Decreto número 1604, en armonía con los artículos 22 y 16 de la Resolución número 6376, para los productos importados por las mencionadas entidades, respecto de los cuales exista producto de comparación, el precio máximo de venta al público será el que el Gobierno establezca para este último, salvo que dicho precio sobrepase en un 20% el valor C.I.F. del producto importado, caso en que se reducirá hasta este tope, lo que es clara y fácilmente explicable pues se trata de entidades gubernamentales o privadas sin ánimo de lucro y en la determinación de los precios de venta al público para medicamentos producidos en el país que será el producto que servirá de referencia o comparación con el importado, a más del costo de producción y de los gastos generales, se reconoce un margen de comercialización que es del 66.66% del costo de producción, más margen de utilidad para el laboratorio, en la forma que lo indican los artículos 3º y 4º de la misma Resolución. Es decir, que si el precio C.I.F. del producto importado es igual al fijado por el Gobierno para productos similares, a la entidad se le está reconociendo el total del costo del producto, más fletes, más seguro y en tal valor para productos nacionales está incluído el margen de comercialización o utilidad para el distribuidor.

Si el precio C.I.F. del producto importado difiere del precio fijado por el Gobierno para productos similares o producto de comparación y éste no rebasa el 20% mencionado, a la entidad se le está reconociendo un valor que para productos nacionales incluye el margen de comercialización o utilidad para el distribuidor.

Si dicho porcentaje se sobrepasa, significa simplemente que se reduce proporcionalmente hasta en un 20% tal valor, lo que no está afectando, como es apenas obvio el costo C.I.F. (costo del producto, más fletes, más seguro) del producto, sino el margen de comercialización.

2. En aplicación del parágrafo 1º del Decreto número 1604 y de los artículos 22 y 17, literal a) de la Resolución número 6376, si el medicamento importado y terminado o elaborado no tiene producto de comparación, el valor será el resultado de multiplicar el costo de importación, por el factor 2.8 siempre que este resultado no supere el 20% del valor C.I.F. del medicamento importado. La limitante tiene exactamente la misma explicación que en el caso anterior, ya que cuando se trata de entidades distintas a las que el Decreto se refiere hay un amplio margen de comercialización incluído en el mencionado factor, mientras que para el caso de tales entidades el margen de utilidad por comercialización, entre otras, se reduce como máximo al 20% del costo del producto, más los fletes, más el seguro.

3. En aplicación del parágrafo 1º del Decreto número 1604 y de los artículos 22 y 17, literal b) de la Resolución número 6376, si el medicamento importado por la entidad es semielaborado sin que tenga producto de comparación, el valor será el resultado de sumar el costo de importación, más el costo del material de empaque y envase,

más el 50% del costo que por proceso fabril y pérdidas en él, la misma Resolución señala, multiplicado este resultado por el factor 2.8 siempre y cuando el total que arroje tal suma no exceda del 20% del costo de importación, en otras palabras, los costos adicionales de empaque o envase, costo fabril y pérdida en proceso y el factor se reducen a este porcentaje por las mismas razones de la ausencia del ánimo de lucro, quedando ampliamente cubiertos los costos totales del producto importado.

Las razones anteriores llevan a la Sala a concluir que no se ha menoscabado el derecho de propiedad privada, ni vulnerado el artículo 30 de la Carta Política que lo garantiza, sino que simplemente se ha establecido una cortapisa a la utilidad que por comercialización o venta de medicamentos al público pueden obtener los distribuidores, cuando se trata de entidades hospitalarias oficiales o privadas sin ánimo de lucro y atendiendo precisamente a la naturaleza de las actividades que ellas desarrollan en las que por definición está ausente el ánimo mercantil.

Por último obsérvese que tampoco bajo ningún respecto puede hablarse de derechos adquiridos frente a una norma, como la acusada, que no conculca ninguno por la sencilla razón de que en sí misma sólo está creando una expectativa, pues en todo caso el importador de los medicamentos conserva su libre arbitrio de no traerlos del exterior.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en desacuerdo con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Deniégase la súplica de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Guillermo Benavides Melo, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

LEY. Corrección. FACULTAD CORRECTIVA.—

Artículo 45 del Código de Régimen Político y Municipal.

La norma en mención autoriza a los funcionarios respectivos para MODIFICAR LOS YERROS en las citas o referencias de unas leyes a otras cuando no quede dudas sobre la voluntad del legislador. Sólo al Congreso Nacional se le faculta constitucionalmente para "interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes" y de EXPEDIR CODIGOS EN TODAS LAS NORMAS DE LA LEGISLACION Y REFORMAR SUS DISPOSICIONES facultades estas que únicamente las puede desplegar el Presidente de la República dentro del lapso que le otorga el legislador ordinario a través de la ley de facultades precisas.

LEGISLADOR EXTRAORDINARIO. REGIMEN DEPARTAMENTAL (Decreto 1222 de 1986). Reformas introducidas por el Decreto 1736 de mayo 29 de 1986, norma declarada nula.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., doce de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 431. Actor: Alberto Montoya Montoya.

Antecedentes:

El señor Alberto Montoya Montoya demandó en acción pública de nulidad los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 1736 por el cual el Gobierno corrige unos artículos del Decreto 1222 del mismo año. Considera el actor que las normas acusadas violan los preceptos 2º; 16; 20; 55; 63; 76 numerales 1º, 2º y 12; 214 numeral 2º; y 215 de la Constitución Política. Aceptada la demanda, en el mismo auto fueron suspendidos provisionalmente los efectos de las disposiciones acusadas (fl. 37). La Nación —Ministerio de Gobierno— se hizo parte y solicitó a través del recurso de súplica la derogatoria de la medida cautelar (fl. 51). La Sala de Decisión confirmó el auto recurrido (fl. 61). Durante el tiempo de fijación en lista, la Nación contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma (fl. 71). Surtidas las instancias del proceso en debida forma, la parte demandada y el Ministerio Público presentaron escritos de conclusión y concepto, respectivamente (fls. 100 y 111). El examen cuidadoso del expediente demuestra que la tramitación cumplida es correcta y que no existe causal de nulidad en lo actuado.

Las normas acusadas:

El texto de los artículos materia de la demanda es el siguiente:

"*Artículo 1º* Corrígese el artículo 194 del Decreto 1222 de 1986 y ordénase que donde dice 'sesenta y cuatro por ciento (64%)' debe anotarse 'cincuenta y cuatro por ciento (54%)'. En consecuencia, su texto será el siguiente:

" 'Artículo 194. Señálase el cincuenta y cuatro por ciento (54%) del valor de los billetes que componen cada sorteo, como el mínimo que podrá destinarse al pago de los premios; y el catorce por ciento (14%) del mismo valor como el mínimo de participación que en cada sorteo debe corresponder al respectivo Departamento'.

"*Artículo 2º* Corrígese el parágrafo del artículo 200 del Decreto 1222 de 1986, y ordénase incluir como texto del mismo el artículo 2º del Decreto legislativo 386 de 1983, en reemplazo del parágrafo del artículo 3º de la Ley 1ª de 1982. En consecuencia, el texto de dicho parágrafo será:

" 'Parágrafo. Las loterías de Bogotá y Cundinamarca podrán establecer independientemente juegos de apuestas permanentes o firmar convenios para organizar un único juego'.

"*Artículo 3º* Corrígese el artículo 201 del Decreto 1222 de 1986 y ordénase en su lugar codificar el texto del artículo 1º del Decreto legislativo 386 de 1983 y las referencias a las demás normas vigentes de éste que regulan el juego de apuestas permanentes. En consecuencia, su texto será el siguiente:

" 'Artículo 201. En desarrollo de la Ley 1ª de 1982, las loterías o beneficencias podrán emitir formularios de distintos valores o nominaciones por los cuales los concesionarios pagarán un precio equivalente al 6% del monto total máximo de apuestas posibles por formulario. El valor de estos formularios no se cargará a los apostadores y representa la regalía correspondiente.

" 'Los demás aspectos inherentes a los juegos de apuestas permanentes no regulados en este Código, continuarán rigiéndose por el Decreto legislativo 386 de 1983' ".

Las razones de la demanda:

Para concluir en el sentido de solicitar la nulidad, parte el demandante de la consideración inicial de que por virtud de lo dispuesto en el literal b) del artículo 35 de la Ley 3ª de 1986 que facultó al Gobierno para codificar, en un plazo de cien días desde la promulgación de la Ley, las disposiciones constitucionales y legales para la organización y funcionamiento de la administración departamental, el Presidente de la República expidió el Decreto-ley 1222 del mismo año de 1986. En ese cuerpo legal fueron, efectivamente y dentro del término previsto, codificadas, como dice su artículo 1º, materias relacionadas con el departamento como entidad territorial y sus funciones; condiciones para su creación, deslinde y amojonamiento; planeación departamental y coordinación de funciones nacionales; asambleas,

gobernadores y sus funciones; bienes y rentas departamentales; contratos; personal; control fiscal; entidades descentralizadas; convenios interdepartamentales y disposiciones varias. Olvidó el actor citar también el inciso segundo de esa norma, según la cual "en él (Código) se incorporan las normas constitucionales relativas a la organización y el funcionamiento de la administración departamental y se codifican las disposiciones legales vigentes sobre las mismas materias".

Continúa mostrando cómo "las rentas departamentales fueron codificadas en el Capítulo II del Código (arts. 109 a 210), incluyendo en el Título XVI la renta al juego de apustas permanentes, codificando en su totalidad la Ley 1ª de enero 11 de 1982, y derogando por mandato del artículo 339 del mismo Código el Decreto legislativo 386 de febrero 10 de 1983 y su Decreto reglamentario número 33 de enero 12 de 1984; normas legales que al no quedar codificadas en el Código desaparecieron del escenario jurídico por derogación expresa y por el nacimiento de ley posterior que prevalece sobre la anterior (art. 2º, Ley 153 de 1887)".

Como quiera que el Decreto materia de la demanda fue expedido el 29 de mayo de 1986, cuando ya estaba vencido el plazo de cien días concedido por la Ley 3ª del mismo año, agrega el demandante: "...no es viable, como lo pretende el Presidente de la República, expedir un decreto presidencial diferente al tipo de decretos o de actos del Ejecutivo nacional en el derecho colombiano, como sucede con el Decreto 1736 de mayo 29 de 1986,... y que se clasifica para su entendimiento jurídico de acuerdo a lo decretado, como un 'Decreto de Corrección', inventándose el señor Presidente de la República una nueva clasificación de los decretos expedidos con base en las facultades constitucionales otorgadas, y por fuera de la pirámide jurídica colombiana..." (fls. 19 y 20).

Censura también la conducta gubernamental que, según dice, utilizó el artículo 45 del antiguo Código de Régimen Político y Municipal, hoy también derogado (en su opinión), para legislar, derogando normas de estirpe legal, por fuera del tiempo otorgado con tal fin por el Congreso. Así, lo que ocurrió en verdad fue que el Presidente utilizó la facultad reglamentaria que le es propia, para un fin distinto del previsto en el numeral 3º del artículo 120 de la Carta Política.

Razones del opositor:

La Nación —Ministerio de Gobierno—, defiende la legalidad de los textos acusados en los siguientes precisos términos: "En la realización de una labor de codificación, como en el caso presente, el codificador debe organizar de manera sistemática los ordenamientos existentes que conservan su vigencia. ...Si en la realización de esta tarea se incurre en errores en la referencia o en la cita de las normas, trayendo a colación unas en lugar de otras, debe permitirse que el funcionario, en este caso el Presidente de la República, enmiende su error, más aún, cuando no cabe duda acerca de la voluntad del legislador (legislador negativo), que fue el mismo Presidente, por virtud de la ley de autorización" (fl. 105).

Por otra parte, el Ministerio llama la atención sobre el siguiente aspecto de la demanda: "De la lectura de las consideraciones que el actor propone como sustentación de la demanda, no resulta claro saber si la cuestión planteada ante esta Jurisdicción, es la legalidad del Decreto número 1736 de 1986 o la vigencia del Decreto legislativo número 386 de 1983.

"

"...si la finalidad perseguida es la declaratoria de nulidad del Decreto número 1736 de 1986 en aras de la tutela del orden jurídico en abstracto, o si la finalidad que se persigue es obtener, al menos en la parte considerativa del fallo, un pronunciamiento del honorable Consejo de Estado del que probablemente se derivarían consecuencias de carácter subjetivo sobre la vigencia del Decreto legislativo número 386 de 1983, norma distinta de la acusada, que conserva su vigencia por formar parte de un estatuto autónomo y de naturaleza diferente a la organizacional y funcional del orden exclusivamente departamental" (fls. 102 y 103).

El concepto Fiscal:

El señor Agente del Ministerio Público solicita la declaratoria de nulidad, apoyado en las mismas razones que sirvieron a la Sección para disponer la suspensión provisional.

Consideraciones del Consejo:

Por encontrarlas pertinentes, se transcriben aquí las razones principales que sirvieron para proceder a suspender provisionalmente los efectos de las normas acusadas:

Del negocio en cuestión se deduce lo siguiente: El Presidente de la República y su Ministro de Gobierno expidieron el Decreto extraordinario número 1222 de 1986 o Código de Régimen Departamental, con base en las facultades conferidas por el legislador ordinario a través del literal b) del artículo 35 de la Ley 3ª de 1986, que autorizaban al Gobierno para "codificar las disposiciones constitucionales y legales *vigentes* para la organización y funcionamiento de la Administración Departamental". Tales facultades fueron otorgadas por cien (100) días hábiles que discurrieron entre el *11 de enero y el 13 de mayo de 1986*, ambas fechas límites *inclusive*.

El Decreto 1736 de 1986 acusado, lo expidió el Presidente alegando sus "atribuciones constitucionales y legales" y "por el cual *se corrigen* unos artículos del Decreto 1222 de 1986", como se indica en su parte enunciativa. Según el artículo 5º del Decreto, éste rige a partir de su publicación, que lo fue en el Diario Oficial número 37496 del *5 de junio de 1986*. Para esta fecha ya había vencido el lapso de facultades extraordinarias temporales y precisas que le otorgó la Ley 3ª de 1986 y por esto dicho Decreto no se dictó con base en tales facultades, sino alegando el "deber correctivo" que expresa el artículo 45 del Código de Régimen Político y Municipal adoptado por la Ley 4ª de 1913, que dispone: "Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o refe-

rencias de unas leyes a otra no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador".

Dicen los dos últimos considerandos del Decreto 1736 "correctivo": "Que el artículo 45 del Código de Régimen Político y Municipal autoriza a los funcionarios respectivos para modificar los yerros en las citas o referencias de unas leyes a otras, cuando no quede duda sobre la voluntad del legislador.

"Que, de acuerdo con los considerandos anteriores, deben corregirse los errores que se presentan en los artículos 194, 200 y 201 del Decreto 1222 de 1986".

Los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 1736 de 1986, acusados "corrigen", en su orden, los preceptos 194, el parágrafo del 200 y el 201 del Decreto extraordinario 1222 de 1986. Pues bien: Ni el artículo 194, ni el parágrafo del artículo 200 del Decreto-ley 1222 de 1986 hacen "citas o referencias de unas leyes a otras"; y el artículo 201 del mismo Decreto-ley solamente se refiere al artículo 199 *ibídem*, norma esta última que por estar bien citada y referida no fue materia de "corrección" por parte del Decreto 1736 de 1986. En consecuencia, por no existir yerros en las citas o referencias aludidas, no cabe invocar la facultad correctiva del artículo 45 del Código de Régimen Político y Municipal invocada por el Gobierno para expedir el Decreto 1736 atacado. Al respecto se anota que, en contra de lo aseverado por el actor, para quien el artículo 45 del Código de Régimen Político y Municipal está derogado, para el Despacho este precepto se encuentra en vigencia, lo mismo que algunas otras disposiciones de la Ley 4ª de 1913, puesto que la derogatoria establecida por el artículo 385 del Decreto-ley número 1333 de 1986 no lo cobija. Empero, no por estar rigiendo, tal canon 45 mal ha podido servir al Gobierno para expedir el Decreto 1736, como se deja sentado, al no caber la corrección impetrada en la parte considerativa de este Decreto.

Lo anotado indica que con la expedición del Decreto 1736 de 1986, y específicamente con sus artículos 1º, 2º y 3º materia de la demanda de nulidad, se han quebrantado los artículos 2º, 55 y 76-1-2 de la Superley, pues solamente al Congreso Nacional se le ha dado la facultad constitucional de "expedir Códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones", facultades estas que únicamente las puede desplegar el Presidente de la República dentro del lapso temporal que le otorgue el legislador ordinario a través de una ley de facultades precisas. No ocurriendo esto en el caso *sub exámine*, procede decretar la nulidad solicitada por el demandante.

Sin embargo, todo el razonamiento anterior apunta exclusivamente a la consideración sobre la legalidad del Decreto acusado, sin que, como lo dice con acierto el Ministerio de Gobierno en sus escritos de impugnación de la demanda, tenga nada que ver la vigencia o no del Decreto legislativo 386 de 1986. Porque, además de no ser verdad que este Decreto así como el reglamentario del mismo, que lleva el número 33 de 1984, hayan sido expresamente derogados por el artículo 339 del Código de Régimen Departamental, todo indica que en gran medida son ajenos a la organización y funcionamiento de dichas

administraciones. Por lo contrario, precisamente porque son ajenos a esas dos facetas o particularidades de la vida regional, su vigencia no estaba condicionada a la codificación que hiciera el Decreto-ley 1222 de 1986 y, en consecuencia, su derogatoria total o parcial sólo sería posible por la expedición de normas contrarias a su contenido o por la manifestación expresa del legislador. Esta es la razón para que en los artículos 338 y 339 del Código en comentario se haga distinción entre las normas que se relacionan directamente con la organización y funcionamiento de los departamentos, y aquellas que no tienen relación exclusiva con tales fenómenos, los cuales, como lo dice el artículo 338 del Decreto-ley 1222 de 1986, siguen haciendo parte, como disposiciones aplicables, de los estatutos vigentes de los que fueron tomados. Avanzando en esta dirección, resulta preciso advertir que los artículos 193 a 204 inclusive del Código de Régimen Departamental, no son normas relacionadas con la organización y funcionamiento de los departamentos, y por tal razón se hallan sometidos a lo dispuesto por el artículo 338 del mismo estatuto y se encuentran vigentes desde la fecha en que comenzó la vigencia de los estatutos o disposiciones de que fueron tomados, y no desde la fecha de vigencia del Decreto 1222 de 1986. Valgan las anteriores consideraciones para enmendar el error cometido en el auto que decretó la suspensión provisional y en el cual se afirmó equivocadamente, como se desprende de lo dicho, que el Decreto 1222 de 1986 había derogado el Decreto legislativo 386 de 1983 en cuanto estaba vigente para entonces. Se corrige el error porque, como ya se anotó, la compilación de normas y la derogatoria prevista en el Código se refiere (esta última) a los aspectos orgánicos y funcionales solamente.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Son nulos los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 1736 de 29 de mayo de 1986 "por el cual se corrigen unos artículos del Decreto 1222 de 1986".

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 doce de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PENSION DE JUBILACION.— Cobro.

Cuando el pensionado no lo puede hacer directamente. Requisitos exigidos por el numeral 2º del artículo 76 del Decreto reglamentario 1848 de 1969.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintidós de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Gaspar Caballero Sierra.*

Referencia: Expediente número 1345. Actor: Javier Valderrama y otra. Decretos del Gobierno.

Javier Valderrama y Josefina Carime Ayubi Pimienta, quienes obran en su propio nombre, en ejercicio de la acción de nulidad presentaron demanda ante esta Corporación en la que solicitan se decrete la nulidad del numeral 2º del artículo 76 del Decreto 1848 de 1969.

En la demanda se exponen como fundamento los siguientes

Hechos:

El Decreto 3135 de 1968 emitido por el Gobierno, prevé la integración de la seguridad social entre los sectores público y privado; además regula el régimen prestacional de empleados públicos y trabajadores oficiales. Dicho Decreto no contiene artículos que se refieran a los eventos en que no pueda el pensionado cobrar directamente la pensión, por lo que el numeral 2º del artículo 76 del Decreto 1848 de 1969 mal podía reglamentar esta situación, por consiguiente dicen los demandantes, que el Gobierno se ha extralimitado en su facultad reglamentaria.

La vigencia de esta norma ha generado una indebida aplicación de la misma, por cuanto dice que la supervivencia ha de acreditarse con certificación de la primera autoridad ejecutiva del domicilio o residencia del pensionado y ésta se acredita por lo general con certificados que expiden el Notario o el Juez; dichos certificados se hacen con pago en dinero, lo que significa como aduce la demanda, es contrario al "principio de la gratuidad que rige todo lo que tiene que ver con el cobro de prestaciones sociales".

Consideraciones:

Tiene razón la Fiscalía Cuarta de la Corporación cuando advierte que el texto constitucional indicado en la demanda, como infringido por el Decreto acusado, realmente no existe, como quiera que se cita el numeral 30 del artículo 120 de la Carta, y éste solamente contiene 22 numerales.

Realmente de la lectura de la demanda, y a modo de interpretación de la misma, puede inferirse que el texto que se quiere precisar en la demanda es el numeral 3º del referido artículo 120, por cuanto se dice que la norma acusada establece una situación que sobrepasa las atribuciones propias en materia reglamentaria. Efectivamente, ese numeral 3º señala que corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa la de ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la completa ejecución de las leyes. Advierte también la Fiscalía que en lo que respecta al Decreto 3135 de 1968 el demandante no cumplió con la previsión del artículo 137 (numeral 4º) del Código Contencioso Administrativo como es la de indicarse con precisión el texto específico supuestamente quebrantado. Realmente el demandante atina a precisar en la demanda que el numeral 2º del artículo 76 del Decreto 1848 de 1969 implica una extralimitación en la facultad reglamentaria, como quiera que en el texto legal reglamentado no se encuentra ninguna norma similar; por lo que llega a concluir que se ha dictado una nueva disposición.

Es sabido que los actos que el Gobierno pueda ejecutar en ejercicio de la potestad reglamentaria de la ley tienen que ser necesarios y encaminados a la completa ejecución de la misma; vale decir que deben ser indispensables para la efectividad práctica de aquella, como cuando resultan obvios para la efectividad de su intención y espíritu. No cabe duda que el numeral 2º del artículo 76 del Decreto 1848 está previendo la circunstancia de cuando el pensionado no pueda cobrar directamente la pensión de jubilación, por lo que debe acreditar su supervivencia y autorizar por escrito a la persona que deba recibirla en su representación. Se trata indiscutiblemente de una norma que pretende darle seguridad al debido cobro de la pensión jubilatoria, sin que por ello se entiendan vulnerados todos los preceptos del Decreto 3135 de 1968 y más específicamente los que se refieren a la pensión de jubilación.

Por lo expuesto habrán de negarse los pedimentos de la demanda.

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

Falla:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívense las presentes diligencias.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día doce (12) de febrero de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

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

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CATASTRO.—

1. Regulación en la Ley 14 de 1983 y Decreto 3496 de 1983.

2. Labores de las autoridades y funcionarios catastrales.

3. AVALUO EN CONSERVACION. Finalidad.

4. AVALUO DE ACTUALIZACION. Concepto.

5. Intervalo entre los actos de formación y/o actualización.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiséis de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 24. Demandante: Guillermo Gómez Téllez.

El demandante de la referencia solicitó ante esta Corporación la nulidad de los artículos 8º, 10, 12 y 29 del Decreto 3496 de 1983, mediante el cual se reglamentó la Ley 14 de 1983, con fundamento en que, en opinión del actor, los artículos demandados "adolecen de graves y notorios vicios de ilegalidad e inconstitucionalidad".

La demanda:

El artículo 10 del Decreto reglamentario 3496 de 1983 creó o estableció el avalúo en la conservación del catastro, extralimitando así la Ley 14 de 1983, pues ésta no instituyó la conservación de los catastros como etapa de actualización de los mismos, sino como etapa de mantenerlos, de cuidarlos, de velar por su existencia e inmutabilidad, al paso que en lo pertinente dice la norma demandada:

> "Artículo 10. Avalúo en la conservación. Una vez formado el catastro o actualizada la formación del catastro, las autoridades catastrales están obligadas a conservarlo o mantenerlo al día en todos sus aspectos.
>
> "Los avalúos provenientes de cambios originados por conservación serán los que determinen las autoridades catastrales, para cuyo efecto tendrán en cuenta el valor de las transacciones inmobiliarias que aparezcan en las escrituras públicas registradas, o en su defecto, podrán considerar las certificaciones expedidas por el Alcalde Municipal o Corregidor Intendencial o Comisarial

del lugar, o harán los avalúos cuando el propietario o poseedor no presente ninguna de las pruebas enumeradas, o si de las presentadas no puede deducirse el avalúo correspondiente.

"Cuando en las escrituras figure un valor menor al avalúo catastral vigente, éste se mantendrá para efectos catastrales y fiscales".

Por su parte, preceptúa el artículo 3º de la Ley 14 de 1983:

"Las autoridades catastrales tendrán a su cargo las labores de formación, actualización y conservación de los catastros, tendientes a la correcta identificación física, jurídica, fiscal y económica de los inmuebles".

En lo tocante al artículo 12, dice el demandante que de la lectura de éste "se colige que dicho artículo confunde 'actualizar' con 'conservar' ", y que dicha confusión viola, por tanto, el artículo anteriormente citado. Dice el artículo 12:

"Conservación catastral. La conservación catastral consiste en el conjunto de operaciones destinadas a mantener al día los documentos catastrales de conformidad con los cambios que experimente la propiedad raíz en sus aspectos físico, jurídico, fiscal y económico.

"La conservación se inicia al día siguiente en el cual se inscribe la formación o la actualización de la formación en el catastro, y se formaliza con la resolución que ordena la inscripción en los documentos catastrales de los cambios que se hayan presentado en la propiedad raíz".

En cuanto al artículo 29, afirma el demandante que abolió la obligación de notificar los actos de las autoridades catastrales relativos a la inscripción y a la vigencia de los avalúos "obtenidos por formación o por actualización de la formación", los cuales, por ser actos que afectan derechos particulares o individuales, requieren notificación de acuerdo con los términos de los artículos 3º, 44, 45 y 47 del Código Contencioso Administrativo, o sea, conforme a principios de publicidad y contradicción, pues dichos avalúos son los que más interesan al contribuyente puesto que definen el valor fiscal de sus bienes para la tasación de impuestos. Además, afirma, la abolición de la notificación para dichos avalúos es violatoria, igualmente, del artículo 9º de la Ley 14 de 1983 en el cual se consagra para estos el recurso de revisión, "recurso que sólo puede ejercer el propietario de bienes luego de que se le comunican esos avalúos a través de la ritualidad legal de la notificación". Dice el artículo 29:

"Las autoridades catastrales informarán por los medios usuales de comunicación, sobre la fecha de inscripción catastral y de vigencia fiscal de los avalúos obtenidos por formación o por actualización de la formación".

Por último, en relación con el artículo 8º, manifiesta el demandante que de conformidad con la Ley 14 de 1983, del proceso de formación de los catastros se desprende que, por regla general, "el avalúo de cada predio se determina por la suma de los avalúos parciales

practicados independientemente para los terrenos y para las edificaciones en ellos asentadas. Y se desprende también que en aquellos casos en que no haya homogeneidad de precio en terrenos y edificaciones, ellos se clasificarán de acuerdo con las categorías de precio que defina el Gobierno nacional en todo el país". Es decir, concluye en este punto, "la misma Ley 14 en el inciso 2º de su artículo 4º previó, con razón, que puede no existir homogeneidad de precios en terrenos y edificaciones, caso en el cual se clasificarán en las categorías de precios que defina el Gobierno".

En consecuencia, como la misma Ley 14 prevé la heterogeneidad en precios de predios y edificaciones, considera el demandante que el artículo 8º del Decreto 3496 "excede la ley reglamentada al disponer, sin excepción, que el avalúo de la formación catastral se obtendrá para zonas homogéneas geoeconómicas". Esta disposición, continúa, "excedió los artículos 4º y 5º de la Ley 14, pues allí no se establece el concepto de la homogeneidad como regla general para la confección de los avalúos de formación", pues textualmente dice lo siguiente:

> "Artículo 8º Avalúo de la formación. El avalúo de la formación catastral se obtendrá para zonas homogéneas geoeconómicas teniendo en cuenta los valores unitarios que las autoridades catastrales determinen para edificaciones y terrenos, los cuales se clasificarán dentro de las categorías de precios unitarios que establezca el Gobierno nacional por intermedio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público".

Finaliza la demanda así:

> "Los artículos acusados del Decreto 3496 de 1983, entrañan violación del artículo 120-3 de la Constitución Política, pues de este mandato constitucional se desprende que la potestad reglamentaria del Ejecutivo sólo es para velar por la cumplida ejecución de las leyes a través de la expedición de órdenes, decretos o resoluciones. Esta potestad reglamentaria es limitada a dicho fin, y todo acto del Ejecutivo fundamentado en ella que vaya más allá de la ley reglamentada, es nulo por violar este precepto constitucional, lo cual ocurre con los artículos que aquí demando contenidos en el Decreto reglamentario 3496 de 1983".

Contestación a la demanda:

El Ministerio de Hacienda y Crédito se opone a la pretensión del actor, con base en los siguientes argumentos:

> "A) Del ataque a los artículos 10 y 12 del Decreto reglamentario número 3496 de 1983".

Considera que el artículo 3º de la Ley 14 de 1983 sí estableció un avalúo en el proceso de conservación catastral, pues entresacando la parte pertinente de dicha disposición se observa: "Las autoridades catastrales tendrán a su cargo las labores de ... conservación de los catastros tendientes a la correcta identificación ... económica de los inmuebles". Es decir, "en el proceso de conservación de los catastros sí hay lugar a las precisiones de los aspectos económicos de estos";

además, el artículo 6º (no atacado) del Decreto reglamentario 3496 de 1983, define el aspecto económico diciendo que consiste en la determinación del avalúo catastral del predio.

En cuanto al artículo 12 del Decreto reglamentario, las nociones que éste da sobre conservación catastral son repetitivas puesto que vienen dadas desde el año 1940 con el Decreto 1301 que ha pasado su examen de legalidad y constitucionalidad. Luego, no es cierto que dicho Decreto reglamentario esté creando un avalúo catastral en el proceso de conservación catastral, pues éste fue creado en la Ley 65 de 1939, concordante con los artículos 176 y siguientes del mencionado Decreto 1301. En consecuencia, como estas normas no han sido derogadas, conservan toda su vigencia.

Argumenta también que para dar cumplimiento a la intención misma de la Ley 14 de 1983, "por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales", la conservación de los catastros debe hacerse de manera tal que estos se mantengan "vivos, actuantes y eficaces". Y textualmente agrega:

> "El demandante olvida que el artículo 9º de la Ley 14 de 1983 permite tratar el aspecto económico dentro del proceso de conservación catastral cuando establece el trámite de la revisión de los avalúos como figura jurídica dentro del dicho proceso de conservación. Según la tesis del demandante de no variar los avalúos en la conservación implicaría que un propietario mediante la acción de revisión no podría impugnar el valor dado a su predio, pues la decisión respectiva se tomaría en etapa de conservación".

"B) Del ataque al artículo 29 del Decreto 3496 de 1983".

Manifiesta que "es ilógico" que el Decreto demandado vulnere el Código Contencioso Administrativo, por la sencilla razón de que éste es cronológicamente posterior a aquél. Luego debe hacerse un examen de dicho artículo para determinar si fue derogado por la legislación posterior (Código Contencioso Administrativo), se agrega, para concluir que el citado artículo debe entenderse y aplicarse en armonía con el inciso 4º del artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, pues la Ley 14 de 1983 en el inciso segundo del artículo primero reafirma el fundamento de que las inscripciones catastrales son registros públicos, luego la notificación de los avalúos de la formación y de la actualización de la formación se entiende realizada el día en que se anoten en los registros públicos que llevan las autoridades catastrales.

En cuanto a que por la falta de notificación en los avalúos de la formación y de la actualización de la formación, no son objetables estos, tal como se afirma en la demanda, se contesta así:

> "No obstante lo ya dicho acerca de las notificaciones conforme al inciso 4 del artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, es de destacar, ... que el artículo 9º de la Ley 14 de 1983 establece la revisión de los avalúos elaborados en la formación y en la actualización de la formación catastral. Esta acción de revisión, que ya está comprendida dentro del proceso de

conservación, implica un pronunciamiento, mediante acto administrativo, de la autoridad catastral y contra el cual caben los recursos establecidos en la vía gubernativa".

Se anota, además, que la acción de revisión puede instaurarse en cualquier momento a partir del día siguiente al de la fecha de la resolución mediante la cual se inscribe la propiedad con todos sus elementos físicos, jurídicos, fiscales y económicos; acción que da lugar después a los recursos de reposición y apelación en la vía gubernativa.

Por otra parte, se resalta en la contestación de la demanda que la Ley 14 de 1983 no establece la notificación personal o por edicto de los avalúos de la formación y de la actualización de la formación catastral. En consecuencia el artículo 29 del Decreto 3496 de 1983 sigue esta misma línea de conducta.

"C) De la acusación contra el artículo 8º del Decreto 3496 de 1983".

Como la nulidad de dicha disposición, según la demanda, se fundamenta en que excedió la potestad reglamentaria al disponer que el avalúo de la formación catastral se hace para zonas homogéneas geoeconómicas, se argumenta en la contestación del libelo que el decreto reglamentario sintetiza en la expresión "zonas homogéneas geoeconómicas" los diversos elementos previstos en el inciso segundo del artículo 4º de la Ley 14 de 1983, "a saber: El aspecto de terrenos y edificaciones se ve comprendido en la noción de zona geográfica; el elemento precio mencionado en la ley reglamentada se denomina en el Decreto reglamentario con el vocablo económico y, se conserva en el Decreto reglamentario el concepto de homogenización". Así pues, surge la expresión "zona homogénea geoeconómica"; es decir, se hizo una síntesis, la cual no es violatoria de la ley reglamentada. Y aclara que "primero se precisan los valores unitarios para edificaciones y terrenos (mediante investigación económica) y teniendo en cuenta estos se establecen las zonas homogéneas geoeconómicas en las cuales se dan los respectivos avalúos, que constituye el denominado avalúo de la formación catastral y, solamente los terrenos y las edificaciones que no estuvieren dentro de la dicha homogeneidad se clasifican en las categorías de precios que define el Gobierno nacional".

Concepto del Ministerio Público:

Estima que no procede la nulidad del artícuo 10 del Decreto reglamentario, por cuanto la ley reglamentaria (art. 3º) sí consagra como función propia de las autoridades catastrales la de conservar los catastros.

En cuanto al artículo 12, que según el demandante estableció una definición errónea del concepto "conservación catastral", el problema se reduce a la acepción que debe dársele a la palabra conservación, la cual no corresponde a la de "quietud" que le da el demandante.

Por otra parte, considera que el artículo 29 no es violatorio de las normas a las cuales hizo referencia el demandante, ya que así lo demuestran los sólidos argumentos expuestos por el representante de la parte demandada.

Y en relación con el artículo 8º, que consagra el avalúo de la formación catastral para zonas homogéneas, considera el Ministerio Público que esta disposición está desarrollando, o mejor repitiendo, el concepto de homogenización de precios que, como regla general, consagra el artículo 4º de la Ley 14 de 1983, luego no se ve cómo haya podido extralimitarse en la reglamentación de ésta.

El Ministerio Público concluye así:

"En síntesis este Despacho llega a la conclusión de que con los cargos instaurados contra los artículos 8º, 10, 12 y 29 del Decreto 3469 de 1983, que fueron objeto del anterior análisis, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que los cobija y, en consecuencia, sugiere que deben despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda".

Consideraciones de la Sala:

Primer cargo:

Se hace consistir en que los artículos 10 y 12 del Decreto 3496 de 1983 quebranta el artículo 3º de la Ley 14 de 1983, en razón de que por aquella se creó el "avalúo de conservación" no contemplado en este último texto.

Que de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 14 de 1983 las labores de las autoridades catastrales en su orden son las de formación, actualización y conservación de los catastros. Mientras que los dos primeros son dinámicos, la gestión de conservación es estática, pues etimológicamente significa perseverancia o sea, "duración firme, constancia, perseverancia, estabilidad, inmutabilidad".

Del contenido entonces de los artículos 1º, 6º, 7º, 8º, 10 y subsiguientes, de la mencionada Ley 14, que sí se ocupan de regular la formación y actualización de los catastros, se establece que el artículo 10 del Decreto 3496 de 1983 extralimitó dicha ley, porque "ella no instituyó la conservación de los catastros como etapa de actualización de los mismos, sino como etapa de mantenerlos, de cuidarlos, de velar por su existencia e inmutabilidad".

Del mismo modo el artículo 12 del Decreto 3496 confunde "actualizar" con "conservar" y así transgredió el artículo 3º de la Ley 14.

Se observa:

1. Los artículos 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 22 del Decreto 3496 de 1983 son del siguiente tenor:

"Artículo 8º Se transcribió atrás".

"Artículo 9º Avalúo de la actualización de la formación catastral. El avalúo de la actualización de la formación es el avalúo catastral corregido para eliminar disparidades provenientes de cambios físicos, variaciones de uso o de productividad, obras públicas o condiciones locales del mercado inmobiliario".

"Artículo 10. Se transcribió atrás".

"Artículo 11. Formación catastral. La formación catastral consiste en el conjunto de operaciones destinadas a obtener la información sobre los terrenos y edificaciones en los aspectos físico, jurídico, fiscal y económico de cada predio.

"La información obtenida se anotará en la ficha predial y en los documentos gráficos, listados y formatos de control estadístico que diseñen las autoridades catastrales.

"El proceso de formación termina con la resolución por medio de la cual las autoridades catastrales, a partir de la fecha de dicha providencia, ordenan la inscripción en el catastro de los predios que han sido formados y establecen que el proceso de conservación se inicia al día siguiente, a partir del cual, el propietario o poseedor podrá solicitar la revisión del avalúo de acuerdo con el artículo 9º de la Ley 14 de 1983".

"Artículo 12. Se transcribió atrás".

"Artículo 13. Actualización de la formación catastral. La actualización de la formación catastral consiste en el conjunto de operaciones destinadas a renovar los datos de la formación catastral, revisando los elementos físico y jurídico del catastro y eliminando en el elemento económico las disparidades originadas por cambios físicos, variaciones de uso o de productividad, obras públicas, o condiciones locales del mercado inmobiliario.

"La actualización de la formación catastral se debe realizar dentro de un período máximo de cinco (5) años, a partir de la fecha en la cual se termina la formación de un catastro, de conformidad con lo establecido en el artículo 5º de la Ley 14 de 1983 y el artículo 11 del presente Decreto.

"La información obtenida y los cambios encontrados se anotarán en los documentos catastrales pertinentes. El proceso de actualización termina con la resolución por medio de la cual las autoridades catastrales, a partir de la fecha de dicha providencia, ordenan la renovación de la inscripción en el catastro de los predios que han sido actualizados y establecen que el proceso de conservación se inicia el día siguiente a partir del cual, el propietario o poseedor podrá solicitar la revisión del avalúo de acuerdo con el artículo 9º de la Ley 14 de 1983".

"Artículo 14. Ciclos de formación o actualización. Las autoridades catastrales tendrán la obligación de formar los catastros o actualizarlos en el curso de períodos de cinco (5) años en todos los municipios del país, con el fin de revisar los elementos físico y jurídico del catastro y eliminar las posibles disparidades en el avalúo catastral originadas en mutaciones físicas, variaciones de uso o de productividad, obras públicas o condiciones locales del mercado inmobiliario.

"Concluído el período de cinco (5) años desde la formación o actualización del catastro, no se podrá hacer un nuevo reajuste y continuará vigente el último avalúo catastral hasta tanto se cumpla un nuevo acto de formación o actualización del avalúo del respectivo predio".

Y en relación con el artículo 8º, que consagra el avalúo de la formación catastral para zonas homogéneas, considera el Ministerio Público que esta disposición está desarrollando, o mejor repitiendo, el concepto de homogenización de precios que, como regla general, consagra el artículo 4º de la Ley 14 de 1983, luego no se ve cómo haya podido extralimitarse en la reglamentación de ésta.

El Ministerio Público concluye así:

"En síntesis este Despacho llega a la conclusión de que con los cargos instaurados contra los artículos 8º, 10, 12 y 29 del Decreto 3469 de 1983, que fueron objeto del anterior análisis, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que los cobija y, en consecuencia, sugiere que deben despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda".

Consideraciones de la Sala:

Primer cargo:

Se hace consistir en que los artículos 10 y 12 del Decreto 3496 de 1983 quebranta el artículo 3º de la Ley 14 de 1983, en razón de que por aquella se creó el "avalúo de conservación" no contemplado en este último texto.

Que de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 14 de 1983 las labores de las autoridades catastrales en su orden son las de formación, actualización y conservación de los catastros. Mientras que los dos primeros son dinámicos, la gestión de conservación es estática, pues etimológicamente significa perseverancia o sea, "duración firme, constancia, perseverancia, estabilidad, inmutabilidad".

Del contenido entonces de los artículos 1º, 6º, 7º, 8º, 10 y subsiguientes, de la mencionada Ley 14, que sí se ocupan de regular la formación y actualización de los catastros, se establece que el artículo 10 del Decreto 3496 de 1983 extralimitó dicha ley, porque "ella no instituyó la conservación de los catastros como etapa de actualización de los mismos, sino como etapa de mantenerlos, de cuidarlos, de velar por su existencia e inmutabilidad".

Del mismo modo el artículo 12 del Decreto 3496 confunde "actualizar" con "conservar" y así transgredió el artículo 3º de la Ley 14.

Se observa:

1. Los artículos 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 22 del Decreto 3496 de 1983 son del siguiente tenor:

"Artículo 8º Se transcribió atrás".

"Artículo 9º Avalúo de la actualización de la formación catastral. El avalúo de la actualización de la formación es el avalúo catastral corregido para eliminar disparidades provenientes de cambios físicos, variaciones de uso o de productividad, obras públicas o condiciones locales del mercado inmobiliario".

"Artículo 10. Se transcribió atrás".

"Artículo 11. Formación catastral. La formación catastral consiste en el conjunto de operaciones destinadas a obtener la información sobre los terrenos y edificaciones en los aspectos físico, jurídico, fiscal y económico de cada predio.

"La información obtenida se anotará en la ficha predial y en los documentos gráficos, listados y formatos de control estadístico que diseñen las autoridades catastrales.

"El proceso de formación termina con la resolución por medio de la cual las autoridades catastrales, a partir de la fecha de dicha providencia, ordenan la inscripción en el catastro de los predios que han sido formados y establecen que el proceso de conservación se inicia al día siguiente, a partir del cual, el propietario o poseedor podrá solicitar la revisión del avalúo de acuerdo con el artículo 9º de la Ley 14 de 1983".

"Artículo 12. Se transcribió atrás".

"Artículo 13. Actualización de la formación catastral. La actualización de la formación catastral consiste en el conjunto de operaciones destinadas a renovar los datos de la formación catastral, revisando los elementos físico y jurídico del catastro y eliminando en el elemento económico las disparidades originadas por cambios físicos, variaciones de uso o de productividad, obras públicas, o condiciones locales del mercado inmobiliario.

"La actualización de la formación catastral se debe realizar dentro de un período máximo de cinco (5) años, a partir de la fecha en la cual se termina la formación de un catastro, de conformidad con lo establecido en el artículo 5º de la Ley 14 de 1983 y el artículo 11 del presente Decreto.

"La información obtenida y los cambios encontrados se anotarán en los documentos catastrales pertinentes. El proceso de actualización termina con la resolución por medio de la cual las autoridades catastrales, a partir de la fecha de dicha providencia, ordenan la renovación de la inscripción en el catastro de los predios que han sido actualizados y establecen que el proceso de conservación se inicia el día siguiente a partir del cual, el propietario o poseedor podrá solicitar la revisión del avalúo de acuerdo con el artículo 9º de la Ley 14 de 1983".

"Artículo 14. Ciclos de formación o actualización. Las autoridades catastrales tendrán la obligación de formar los catastros o actualizarlos en el curso de períodos de cinco (5) años en todos los municipios del país, con el fin de revisar los elementos físico y jurídico del catastro y eliminar las posibles disparidades en el avalúo catastral originadas en mutaciones físicas, variaciones de uso o de productividad, obras públicas o condiciones locales del mercado inmobiliario.

"Concluído el período de cinco (5) años desde la formación o actualización del catastro, no se podrá hacer un nuevo reajuste y continuará vigente el último avalúo catastral hasta tanto se cumpla un nuevo acto de formación o actualización del avalúo del respectivo predio".

"Artículo 15. Reajuste de los avalúos en los intervalos entre formación y actualización. En el intervalo entre los actos de formación o actualización del catastro, las autoridades catastrales reajustarán los avalúos catastrales para vigencias anuales.

"Para calcular la proporción de tal reajuste se establecerá un índice de precios de unidad de área para cada categoría de terrenos y construcciones tomando como base los resultados de una investigación estadística representativa del mercado inmobiliario, cuya metodología deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

"Artículo 16. Determinación del reajuste. El Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' someterá a la aprobación del Departamento Administrativo Nacional de Estadística la metodología que escoja para la investigación estadística del mercado inmobiliario y una vez aprobada, las entidades catastrales deberán proceder a las investigaciones respectivas.

"El Gobierno nacional mediante decreto originario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público determinará la proporción del reajuste para cada año a más tardar el 31 de octubre, teniendo en cuenta las investigaciones adelantadas por el Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' y demás autoridades catastrales.

"La proporción de este reajuste no podrán ser superior a la proporción del incremento del índice nacional promedio de precios al consumidor que determine el Departamento Administrativo Nacional de Estadística para el período comprendido entre el 1º de septiembre del respectivo año y la misma fecha del año anterior".

"

"Artículo 22. Vigencia fiscal. Los avalúos establecidos de conformidad con los artículos 4º, 5º, 6º y 7º de la Ley 14 de 1983, entrarán en vigencia el 1º de enero del año siguiente a aquel en que fueron ejecutados.

"Las autoridades catastrales ordenarán por resolución la vigencia de los avalúos resultantes de los procesos de formación y de la actualización de la formación y de los cambios individuales debidamente ajustados que sobrevengan en la conservación catastral".

De su lado los artículos 3º, 4º, 5º, 6º y 9º de la Ley 14 de 1983 reza como sigue:

"Artículo 3º Las autoridades catastrales tendrán a su cargo las labores de formación, actualización y conservación de los catastros, tendientes a la correcta identificación física, jurídica, fiscal y económica de los inmuebles".

"Artículo 4º A partir del 1º de enero de 1984, para los fines de la formación y conservación del catastro, el avalúo de cada

predio se determinará por la adición de los avalúos parciales practicados independientemente para los terrenos y para las edificaciones en él comprendidas.

"Los terrenos y las edificaciones, o las fracciones de área de unos y de otros, en el caso que no fueren del todo homogéneos respecto a su precio, se clasificarán de acuerdo con las categorías de precio que defina el Gobierno nacional en todo el país".

"Artículo 5º Las autoridades catastrales tendrán la obligación de formar los catastros o actualizarlos en el curso de períodos de cinco (5) años en todos los municipios del país, con el fin de revisar los elementos físico y jurídico del catastro y eliminar las posibles disparidades en el avalúo catastral originadas en mutaciones físicas, variaciones de uso o de productividad, obras públicas o condiciones locales del mercado inmobiliario".

"Artículo 6º En el intervalo entre los actos de formación o actualización del catastro, las autoridades catastrales reajustarán los avalúos catastrales para vigencias anuales.

"Para calcular la proporción de tal reajuste se establecerá un índice de precios de unidad de área para cada categoría de terrenos y construcciones, tomando como base los resultados de una investigación estadística representativa del mercado inmobiliario, cuya metodología deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

"El Gobierno nacional determinará la proporción del reajuste para cada año a más tardar el 31 de octubre. Esta proporción no podrá ser superior a la proporción del incremento del índice nacional promedio de precios al consumidor que determine el Departamento Administrativo Nacional de Estadística para el período comprendido entre el 1º de septiembre del respectivo año y la misma fecha del año anterior.

"Concluído el período de cinco (5) años desde la formación o actualización del catastro, no se podrá hacer un nuevo reajuste y continuará vigente el último avalúo catastral hasta tanto se cumpla un nuevo acto de formación o actualización del avalúo del respectivo predio".

".....

"Artículo 9º El propietario o poseedor podrá obtener la revisión del avalúo en la oficina de catastro correspondiente, cuando demuestre que el valor no se ajusta a las características y condiciones del predio. Dicha revisión se hará dentro del proceso de conservación catastral y contra la decisión procederán por la vía gubernativa los recursos de reposición y apelación".

Del análisis sistemático que la Sala hace de los ordenamientos procedentes, surge claramente que no se producen los quebrantos legales endilgados a las normas acusadas del Decreto 3496 de 1983, por las siguientes razones:

La propia Ley 14 de 1983 en su artículo 3º contempla las distintas clases de actividades a cargo de funcionarios catastrales, a saber: Formación, actualización y conservación de los catastros (art. 3º), especificando que a partir del 1º de enero de 1984 "para fines de formación y conservación del catastro" el avalúo de cada predio estará constituído por la suma de los avalúos parciales practicados separadamente para los terrenos y para las edificaciones en él comprendidos (art. 4º). Es decir que esta última norma en concordancia con el aludido artículo 3º, contempla expresamente el avalúo en conservación, al lado de los otros dos de formación y actualización, todos perfectamente identificables.

Por el avalúo de formación se busca acopiar toda la *información* sobre los terrenos y edificaciones en sus diferentes aspectos jurídico, fiscal y económico de cada predio, lo cual se registra en la ficha catastral de estos y termina este proceso de formación con la providencia por la cual las autoridades catastrales ordenan la *inscripción en el catastro* de los predios formados y determinan que el proceso de conservación comienza al día siguiente de la fecha de tal providencia, desde la cual el propietario o poseedor podrá pedir la revisión del avalúo de conformidad con el artículo 9º de la Ley 14 de 1983.

El avalúo de actualización de la formación catastral tiene por objeto renovar los datos de la formación catastral en relación con los cambios efectuados en los aspectos físicos y jurídicos y económicos, y en cuanto a éste último revisar las variaciones de uso y productividad del bien, obras públicas o condiciones locales del mercado inmobiliario. Termina el proceso de actualización con la resolución que ordena a partir de su fecha la renovación de la inscripción en el catastro de los predios materia de actualización y establece que el proceso de conservación empieza al día siguiente, a partir del cual también el propietario o poseedor podrá pedir la revisión del avalúo en los términos del artículo 9º de la Ley 14 de 1983.

Dichas actividades de formación y actualización se cumplen en el curso de períodos de cinco (5) años, concluído éste no podrán hacerse otros reajustes, pues continuará en vigor el último avalúo catastral hasta que se efectúe otro acto de formación o actualización del correspondiente inmueble.

En el intervalo entre los actos de formación o actualización del catastro habrá un reajuste de los avalúos catastrales para vigencias anuales, en que intervienen el Ministerio de Hacienda, el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, no pudiendo superar la proporción del vigente el índice nacional de promedio de precios al consumidor determinado por ese Departamento.

Ahora bien, el avalúo en conservación, de ninguna manera puede ser estático, sino que por el contrario por su propia naturaleza es dinámico y actuante ya que está concebido como un instrumento para mantener al día la documentación catastral en cuanto a las mutaciones que sufre la propiedad inmobiliaria en sus aspectos físico, jurídico, fiscal y económico. Como antes se dijo, empieza la conservación al día siguiente de expedida la Resolución de formación o

actualización del inmueble y se concreta con la resolución que ordena la inscripción de los documentos que originan los cambios catastrales en el mismo.

Así, a manera de ilustración se observa que el Decreto 1301 de 8 de julio de 1940, reglamentario de la Ley 65 de 1939 sobre catastro, contempla como objetivos de la conservación del catastro los siguientes: Asegurar una conexión permanente entre el registro y el catastro, conservar al día sus documentos, establecer las bases del impuesto predial y facilitar el control de su recaudo y suministrar las bases técnicas para conservar al día la carta militar (art. 177), y hacer la siguiente clasificación de mutaciones catastrales: Mutación en la propiedad y en los derechos reales accesorios concernientes a la totalidad del predio; mutación en los límites de los predios, sea por división o por reunión con otros, con o sin cambio de propietario (agregación o segregación), mutación en el interior de los predios, así: En las construcciones o edificios, en las diferentes partes del predio gravadas con hipoteca y en los distintos elementos permanentes del suelo, cuando estas mutaciones tengan un carácter importante y definitivo; mutaciones en los avalúos como consecuencia de las precedentes y por mutación total o parcial de los mismos (arts. 176 a 213).

Surge de lo precedentemente expuesto, que el avalúo en conservación, objeto de la presente *litis*, sí está previsto en la Ley 14 de 1983, con antecedentes legales en el Decreto 1301 de 1940 y obedece a razones de orden técnico y práctico, porque, de un lado, los avalúos de formación y de actualización rigen sólo por lapsos de cinco (5) años, así que la labor cotidiana de conservación de los avalúos se lleva a cabo a través del avalúo en cuestión que va tomando nota de manera permanente y constante de las mutaciones que vaya experimentado la propiedad raíz en sus distintas facetas físicas, jurídicas, fiscales y económicas, sin perjuicio de que en los interregnos de los avalúos quinquenales de formación y actualización se efectúen también avalúos anuales con base en el índice del costo de vida certificado por el Departamento Administrativo de Estadística y que responden al mayor valor del bien alcanzado en razón del fenómeno económico de la inflación.

No prospera el cargo.

Segundo cargo:

Se plantea alrededor de la violación por el artículo 29 del Decreto 3496 de 1983 de los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, porque "toda resolución de una autoridad administrativa debe ser notificada a los afectados" según lo previenen dichos dos textos.

> "No obstante lo anterior, el artículo 29 del Decreto 3496 abolió la obligatoriedad legal de notificar los actos de las autoridades catastrales relativos a la inscripción y a la vigencia de los avalúos 'obtenidos por formación o por actualización de la formación' ".

Agrega la demanda que los actos administrativos que definen fechas de inscripción catastral y vigencia fiscal de los avalúos obtenidos por formación o actualización son actos que lesionan derechos particulares o individuales y por ello requieren notificación de conformidad con los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo: "Aquella naturaleza de actos no generales, que afectan derechos particulares, se desprende de las definiciones de 'formación catastral' y 'actualización de la formación catastral' contenidas en los artículos 11 y 13 del Decreto 3496, reglamentario de la Ley 14".

Estos dos avalúos además son los que más interesan al Constituyente pues ellos definen el valor fiscal de sus bases para la tasación de impuestos.

Se observa:

Dispone el artículo 29 del Decreto 3496:

> "Las autoridades catastrales informarán por los medios usuales de comunicación, sobre la fecha de inscripción catastral y de vigencia fiscal de los avalúos obtenidos por formación o por actualización de la formación".

Debe notarse que el Decreto 3496 del 26 de diciembre de 1983 es anterior al actual Código Contencioso Administrativo, que entró en vigor el 1º de marzo de 1984 (Decreto 01 de este año), luego no puede afirmarse de manera lógica que eliminó lo que no existía.

Esta simple observación de carácter cronológico releva a la Sala de entrar en consideraciones adicionales.

De todos modos en cada caso concreto el administrado que se sintiera afectado por razón de notificaciones que a su juicio debían hacérsele y se le hicieron podrá alegarlo ante la justicia contencioso administrativa en ejercicio de las acciones pertinentes.

No prospera el cargo.

Tercer cargo:

Aduce la demanda que la Ley 14, artículo 4º, inciso 2º de 1983 "previó con razón, que puede no existir homogeneidad de precios en terrenos y edificaciones, caso en el cual se clasificarán en las categorías de precio que defina el Gobierno".

Y agrega el actor:

> "Que la misma Ley 14 prevé que el avalúo de formación de cada predio se determinará por la adición de los avalúos parciales practicados independientemente para terrenos y edificaciones, todo ello con el fin de revisar los elementos físico y jurídico del catastro y eliminar disparidades originadas por cambios físicos, variaciones de uso o productividad, obras públicas, o condiciones locales del mercado. El avalúo individual de cada predio lo confirman los artículos 16 y 19 de la Ley 14 al prever como elementos de los avalúos las hipotecas, los contratos de arriendo, las anticrecis o mejoras.

"Como se vé, la Ley 14 señala un proceso exacto para los avalúos de formación y prevé que puede existir heterogeneidad en terrenos y edificaciones respecto a su precio.

"Es por lo anterior que considero que el artículo 8º del Decreto 3496 reglamentario de la Ley 14, 'excede la ley reglamentada al disponer, sin excepción, que el avalúo de la formación catastral se obtendrá para zonas homogéneas geoeconómicas'.

"Este nuevo ingrediente de las 'zonas homogéneas geoeconómicas' es el que ha facultado al Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' para proceder a efectuar avalúo de formación catastral en la forma genérica y abusiva como lo ha venido practicando, sin tener en cuenta que la misma Ley 14 prevé la heterogeneidad en precios de predios y edificaciones, caso en el cual se clasificarán en la categoría de precios que defina el Gobierno".

Se observa:

Previene el artículo 8º acusado del Decreto 3496 de 1983:

"El avalúo de la formación catastral se obtendrá para zonas homogéneas geoeconómicas teniendo en cuenta los valores unitarios que las autoridades catastrales determinen para edificaciones y terrenos, los cuales se clasificarán dentro de las categorías de precios unitarios que establezca el Gobierno nacional por intermedio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público".

De la comparación que efectúa la Sala entre dicho artículo 8º por una parte y los artículos 4º y 5º de la Ley 14, especialmente el 4º, por la otra, no surge la extralimitación legal alegada porque precisamente la primera de dichas normas al plantear la homogeneidad geoeconómica de los terrenos y edificios, lo hace sobre la base de las clasificaciones de categoría de precios unitarios que fije el Gobierno. Es decir, expresa en otras palabras lo que prescribe el artículo 4º de la Ley 14 que para obviar el fenómeno de la heterogeneidad de precios de terrenos y edificios, llega a la homogeneidad a través de las distintas categorías o precios unitarios que determine el Gobierno para unos y otros.

Si el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" en un caso concreto desoye el mandato del artículo 4º de la Ley 14, en armonía con el artículo 8º del Decreto 3496, le quedará al propietario o poseedor la acción de restablecimiento del derecho en que se impugnará el avalúo que desconozca tales mandatos y se repare el perjuicio con ello ocasionado.

No prospera el cargo.

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

Falla:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Se deja constancia que la anterior providencia fue considerada y aprobada en sesión de cinco (5) de febrero de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

JUEGOS Y APUESTAS.— POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO.

a) En su organización y funcionamiento;

b) En los medios para realizar el juego de apuestas permanentes;

c) En las medidas a tomar respecto de sus actuaciones que se presenten en el proceso de la apuesta;

d) Señalamiento del acto que disponga el pago de premios;

e) Asuntos relativos al proceso de concesión;

f) Relación sobre colocadores de apuestas.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., siete de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 15. Actor: Carlos Alberto Ante Ospina y Overlando Fabio Piraneque.

Antecedentes:

Los antecedentes Carlos Alberto Ante Ospina y Overlando Fabio Piraneque, en acción pública de nulidad demandaron la de varios artículos del Decreto 33 de 1984, expedido por el Gobierno nacional para reglamentar la Ley 1ª de 1982 y el Decreto legislativo 386 de 1983. Igualmente, y en el mismo escrito solicitaron suspensión provisional de los efectos de los artículos materia de la demanda (fl. 57). Corregidos los defectos señalados por la providencia que no le dio curso al libelo (fl. 83), este fue aceptado, pero el auto correspondiente negó la suspensión provisional (fl. 104). Notificado el Ministro de Salud para que compareciera en nombre y representación de la Nación al proceso (fl. 108), nadie lo hizo, si bien el jefe de la Oficina Jurídica de tal dependencia administrativa remitió fotocopias de algunos documentos encontrados en ella y que sirvieron entre los antecedentes del Decreto materia de la demanda (fl. 174). Abierto el negocio a prueba (fl. 112), fueron admitidas y practicadas las que el Consejero sustanciador consideró conducentes y eficaces. Vencido el plazo para cumplimiento de lo anterior, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 192), sin que las partes hicieran uso de ese derecho.

El señor Fiscal, conceptuó de fondo (fl. 196). Como no se observa causal alguna que pueda conducir a la invalidez de lo actuado, procederá el Consejo a fallar este proceso.

Las normas acusadas:

El Decreto reglamentario número 33 de 1984 (12 de enero) se compone de ocho títulos que conviene mencionar porque permiten observar desde un comienzo cuál es la estructura del estatuto y, por consiguiente, situar las disposiciones demandadas dentro del contexto que corresponde a cada materia. Se citan, pues, los títulos y dentro de ellos, los artículos materia de la acusación:

Título I. Disposiciones Generales y Definiciones (norma acusada: el parágrafo del artículo 2º).

Título II. De las Apuestas y los Premios (normas acusadas: los artículos 12, 20, 23 y 24).

Título III. De los Concesionarios (fueron acusados todos los artículos: del 26 al 41 inclusive).

Título IV. De los Colocadores o Vendedores de Apuestas (normas acusadas, todas las que forman el Título, a saber, del artículo 42 al 51 inclusive).

Título V. De los Derechos que se Causan (disposición acusada: el artículo 52).

Título VI. Del Destino del Producido (artículo acusado, el 60).

Título VII. De las Sanciones y los Procedimientos (artículos atacados, los números 70 y 74).

Título VIII. Del Control del Juego de Apuestas Permanentes (disposiciones acusadas, los artículos 88, 89 y 90).

Razones de la demanda:

Los actores, como lo dicen en el escrito de demanda, encuentran que la transgresión de normas superiores por el reglamento enjuiciado converge de manera fundamental en el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Política, y por eso afirman: "No nos cabe la menor duda que la gran constante en materia de normas violadas es el exceso de potestad reglamentaria, en cabeza del Ejecutivo. Luego el ordinal 3 del artículo 120 de la Constitución Nacional aparece en cada una de las invocaciones a las normas violadas". Luego discurren sobre el alcance doctrinario, jurisprudencial y constitucional de la mencionada atribución reglamentaria, indicando cómo resulta contrario al correcto ejercicio de la misma, el desbordamiento del contenido de la ley material de la reglamentación (fls. 100 y 101). Por otra parte, al tiempo de transcribir los artículos del Decreto 33 de 1984 que consideran contrarios a las normas superiores de la Ley 1ª de 1982 y del Decreto legislativo 386 de 1983, adicionan consideraciones sobre transgresión

directa de preceptos contenidos en tales estatutos, siempre como consecuencia del exceso que atribuyen al Gobierno en el acto de reglamentación. A estas observaciones se referirá la sentencia, a medida que sean estudiados los cargos.

Razones de la parte demandada:

Como ya se anotó, ninguna manifestación hizo la Nación, representada por el Ministro de Salud, como que no fue constituído apoderado, limitándose ese Despacho a enviar algunos documentos que, según lo afirma el Jefe de la Oficina Jurídica, "se encontraron" allí, como antecedentes del Decreto acusado.

Concepto del Ministerio Público:

En documentado concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación comenta las apreciaciones de los demandantes sobre cada uno de los textos enjuiciados y concluye solicitando la nulidad de los artículos 26, 27 inciso 2º, 29, 30 y 41 del Decreto demandado, y la negativa de las demás súplicas de la demanda (fl. 196).

Consideraciones del Consejo de Estado:

El estudio del Decreto 33 de 1984 y el consiguiente examen sobre la legalidad o no de los artículos acusados, supone saber con precisión cuáles de las normas contenidas en la Ley 1ª de 1982 y en el Decreto 386 de 1983 se hallan vigentes, porque en razón de la codificación cumplida por el Gobierno a través del Decreto-ley 1222 de 1986 y de la sentencia de la Corte fechada el 17 de marzo de 1983, fallo producido con anterioridad al estatuto reglamentario de las apuestas permanentes, algunos textos desaparecieron de la legislación nacional, y otros, que aparentemente pudieran considerarse derogados, se hallan en plena vigencia.

Cuando en desarrollo de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República por el literal b) del artículo 35 de la Ley 3ª de 1986, éste procedió a codificar las disposiciones constitucionales y legales vigentes para la organización y funcionamiento de la administración departamental, lo hizo a través del Decreto 1222 del mismo año, y en los artículos 338 y 339 de ese estatuto dispuso:

"Artículo 338. Continuarán haciendo parte de los estatuto legales correspondientes, las normas que esta codificación tomó de leyes que no se refieren exclusivamente a las materias tratadas en el presente Decreto.

"Artículo 339. Conforme a lo dispuesto en el artículo 35, literal b) de la Ley 3ª de 1986, están derogadas las normas de carácter legal sobre organización y funcionamiento de la administración departamental no codificadas en este estatuto".

Lo primero que vale la pena anotar es cómo, la Ley 3ª de 1986 circunscribió la facultad codificadora a las disposiciones sobre "organización y funcionamiento de la administración departamental", lo

cual indica que las que no tuvieron ese carácter no tenían por qué ser obligatoriamente codificadas, y que, cuando el artículo 339 del Decreto 1222 de 1986 anuncia la derogatoria de las normas no codificadas, sólo pudo, como en efecto lo hizo, referirse a las normas legales relacionadas con la organización y funcionamiento de los entes territoriales departamentales.

Por otra parte, el Consejo acoge la motivación suscrita en las aclaraciones de voto contenidas en la sentencia de noviembre 13 de 1986, cuando la Corte Suprema de Justicia declaró constitucional el artículo 339 del Código de Régimen Departamental, motivaciones que precisan la exequibilidad del texto en el sentido de "que la expresión 'están derogadas' no es sinónima de las expresiones 'se derogan' o 'deróganse tales disposiciones', porque mientras estas tienen por objeto derogar las normas vigentes que se indiquen, la primera significa únicamente que se presume que las que no aparecen en el Decreto 1222 de 1986 estaban derogadas, pero ello no obsta para que se pruebe lo contrario. A esta conclusión se llega partiendo del supuesto lógico de que el Gobierno al hacer la aludida codificación cumplió a cabalidad con la delegación de la función legislativa que se le dio para ello, incluyendo *todas las normas vigentes* sobre organización y funcionamiento de la administración departamental que debía incluir".

La anterior interpretación de lo dicho por el comentado artículo 339 del Código es, además de lógica, práctica, porque reconoce que en el trabajo de codificación, bien pudo, como veremos que ocurrió aquí, escapar a la investigación del Gobierno codificador la vigencia de disposiciones que, se hallan rigiendo, y cuya vigencia resulta establecida a través de la averiguación del caso concreto, que conduce a desvirtuar esa especie de presunción señalada por la Corte en la aclaración de voto. Además, porque pudo ocurrir (y de hecho ocurrió) que no obstante estar facultado el Gobierno sólo para codificar normas vigentes, hubiese codificado normas derogadas, desempeñando así la función de legislador directo, con evidente exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias.

Partiendo de los anteriores razonamientos, preciso es ahora averiguar cuáles de los artículos contenidos en la Ley 1ª de 1982 y del Decreto legislativo 386 de 1983 se encuentran vigentes, porque es a estos estatutos a los que pretende reglamentar el Decreto acusado parcialmente por la demanda. La Ley 1ª tiene fecha 11 de enero de 1982 y desde tal día comenzó a regir. El Decreto 386 inició su vigencia el 10 de febrero de 1983. El Decreto 1222 comenzó a regir a partir de la fecha de su publicación el 14 de mayo del mismo año de 1986.

El Decreto legislativo 386 de 1983 derogó expresamente a través del artículo 11, el parágrafo del artículo 3º y el artículo 4º de la Ley 1ª de 1982, que eran del siguiente tenor:

"Artículo 3º Parágrafo. Las Loterías de Cundinamarca y Bogotá se asociarán para establecer un juego único de apuestas permanentes en sus respectivos territorios. Los ingresos provenientes de este juego se distribuirán entre las dos entidades en proporción que fijará el Gobierno, para los fines establecidos en el artículo 1º de la presente Ley".

"Artículo 4º Si las entidades de que tratan los artículos 1º y 2º otorgasen concesión a terceros, el concesionario deberá pagar a ellas un mínimo del diez por ciento (10%) sobre el valor bruto de las apuestas y acogerse a las normas reglamentarias que para el efecto sean expedidas.

"Parágrafo. El Gobierno nacional determinará los requisitos que los concesionarios deben reunir para ser aceptados como tales. Para su validez, el contrato de concesión tendrá que contar con la aprobación previa del Ministerio de Salud".

Los textos, expresamente derogados, como se dijo, fueron reproducidos por el parágrafo del artículo 200 y por artículo 201 del Decreto-ley 1222 de 1986, con lo cual el Gobierno no codificó normas legales vigentes, sino que por el contrario, codificó normas legales expresamente derogadas, lo cual conduce necesaria e inexorablemente a afirmar que excedió las facultades de que estaba investido, al sustituir el papel de codificador por el de legislador que de manera expresa revivió unas disposiciones desaparecidas del mundo jurídico. Allí aparece nítida la previsión de quienes aclararon su voto en el caso de la sentencia de la Corte a que se ha hecho mención, porque evidentemente, la presunción de vigencia de los apartes transcritos de la Ley 1ª, resulta perfectamente desvirtuada.

En sustitución de los derogados expresamente, el Decreto 386 de 1983 incluyó los siguientes textos en los artículos 1º y 2º:

"Artículo 1º En desarrollo de la Ley 1ª de 1982, las loterías o beneficencias podrán emitir formularios de distintos valores o nominaciones por los cuales los concesionarios pagarán un precio equivalente al seis por ciento (6%) del monto total máximo de apuestas posibles por formulario. El valor de estos formularios no se cargará a los apostadores y representa el impuesto correspondiente".

"Artículo 2º Las Loterías de Bogotá y Cundinamarca podrán establecer independientemente Juegos de Apuestas Permanentes o firmar convenios para organizar un único juego".

Los dos artículos anteriores no fueron codificados por el Decreto-ley 1222 de 1986, y por esa razón se ha creído que no tiene vigencia. Sin embargo, según se ha anotado anteriormente, esas disposiciones rigen en la actualidad, por dos razones: Porque no se relacionan directamente con la organización y funcionamiento de los departamentos, y porque no habiendo sido derogados, mal podía el artículo 339 del Código Departamental derogarlos, siendo así que su papel consistió en codificar normas legales vigentes y no en derogarlas. Admitiendo la tesis sostenida en la motivación de la sentencia de la Corte que declaró constitucional este artículo, suscrita por los Magistrados que aclararon el voto, es claro que la especie de presunción de inexistencia de las normas, queda devirtuada con la demostración de que a la fecha de la codificación se hallaban vigentes, por lo cual el Gobierno ha debido incluírlas en el Código en cambio de las normas que incluyó en los artículos 200 y 201, esas sí expresamente derogadas por el artículo 11 del Decreto 386 de 1983.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 17 de marzo de 1983 declaró inexequibles los artículos 9º y 10 del Decreto legislativo 386 del mismo año.

Así las cosas, puede afirmarse que de la Ley 1ª de 1982 está vigente todo el articulado, con excepción del parágrafo del artículo 3º y del artículo 4º, que fueron derogados expresamente por el Decreto 386 de 1983. Y que de este se hallan también vigentes todos los artículos, excepción hecha de los números 9 y 10 que fueron declarados inconstitucionales por la Corte. En cambio, no rige lo dispuesto por el parágrafo del artículo 200, ni el artículo 201 del Decreto-ley 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental), que equivocadamente codificaron normas derogadas.

La precisión anterior sobre cuáles normas de la legislación sobre juegos y apuestas permanentes se hallan en vigencia, es necesaria para precisar también los límites de la facultad reglamentaria del Presidente de la República, límites que una extensa y profunda jurisprudencia ha venido señalando, y que bien puede considerarse contenida en el siguiente párrafo de la demanda inicialmente presentada:

"...lo que se desprende del historial de la potestad reglamentaria es que el Decreto reglamentario no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones (las de la ley). Lo contrario se considera una extralimitación de funciones y constituye una invasión de las atribuciones propias del legislador.

"Ahora bien, el Consejo ha sido enfático en afirmar que el Gobierno, so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria, no puede ampliar ni restringir el sentido de la Ley citada, menos aún dictando disposiciones o suprimiendo las contenidas en las mismas (disposiciones legales) porque ello no sería reglamentar sino legislar" (fls. 74 y 75).

Porque el Reglamento ha de contenerse dentro de los parámetros señalados en la Ley 1ª de 1982 y el Decreto 386 de 1983, sin limitar o ampliar las facultades de las autoridades que allí se mencionan, más allá o más acá de las competencias asignadas por las normas objeto de la reglamentación, en concordancia con el artículo 187 de la Constitución Política, resulta ahora necesario señalar cuáles de esas normas contienen prescripciones que restringen o encauzan de una manera determinada la autonomía de los departamentos (incluídas sus entidades descentralizadas), y cuáles remiten también expresamente a las facultades propias de la administración seccional.

Los artículos 1º, 2º y 3º parcialmente; 5º, 6º y 7º de la Ley 1ª de 1982 contienen normas a las cuales han de someterse las beneficencias y las loterías de los departamentos, así como las intendencias y comisarías, en la organización y funcionamiento del juego de apuestas permanentes. Igual cosa ocurre con los artículos 1º (parcialmente), 6º, 7º y 8º del Decreto legislativo número 386 de 1983. En efecto, en aquellos textos se dispone que: Los ingresos provenientes de los juegos de apuestas, si se establecen, deben destinarse por las loterías o las beneficencias que las administren, a programas de los servicios seccionales de salud; los territorios nacionales los administrarán a través de la entidad que indique el Decreto reglamentario; el Go-

bierno reglamentará este juego, que será uniforme en los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá y los territorios nacionales; ninguna de las entidades mencionadas podrá establecer impuestos sobre los juegos de apuestas permanentes; los servicios seccionales de salud están obligados a invertir un 3%, por lo menos, de los ingresos obtenidos, en programas de acueductos y alcantarillados de las poblaciones que tengan menos de cien mil habitantes: Los concesionarios de los juegos pagarán, en favor de loterías o beneficencias una regalía equivalente al 6% del monto total máximo de apuestas posibles; el incumplimiento de las obligaciones nacidas de la Ley y del Decreto legislativo será sancionado conforme los mimos textos indican; quien utilice formulario no oficial, será sancionado; las sanciones previstas en las leyes serán aplicadas por la justicia de rentas (sic) o por el organismo que haga sus veces.

A su turno, los artículos 1º, 2º y 3º (parcialmente) de la Ley 1ª; y los artículos 1º (parcialmente), 2º, 3º, 4º y 5º del Decreto 386 de 1983, remiten a la autonomía propia de las entidades regionales en los siguientes puntos: Utilizar los resultados de los premios mayores de las loterías en juegos de apuestas permanentes; establecer esos juegos directamente o mediante concesionarios; utilizar los resultados de loterías foráneas para los mismos fines; emitir formularios de distintos valores y nominaciones; las loterías de Cundinamarca y Bogotá podrán asociarse o no para el establecimiento de las apuestas; crear estímulos o incentivos para la comercialización de las apuestas; establecer las cuantías de las garantías que deben ofrecer los concesionarios; celebrar contratos para la retención de impuestos a los ganadores de apuestas; estipular comisiones por el cobro de dichos impuestos.

Con los anteriores marcos de referencia es ahora oportuno examinar los cargos de la demanda contra varios artículos del Decreto reglamentario 33 de 1974, así:

1. Del Título I. Disposiciones Generales y Definiciones.

Artículo 2º parágrafo. "Para los efectos de este artículo, las loterías o las beneficencias que las administren podrán determinar, autónomamente, los medios para realizar el juego de apuestas permanentes, con sujeción a lo dispuesto en este Decreto".

Consideran los demandantes que dicha disposición es ilegal porque consagra en favor de las loterías y beneficencias una autonomía que no nace de la Ley ni del Decreto materia de reglamentación.

Es inane el cargo, por dos razones: En primer lugar, porque de acuerdo con el artículo 182 de la Constitución Nacional, la autonomía de las entidades descentralizadas es de tal rango y sólo puede ser limitada por la misma Carta o por la Ley, cuando aquella faculta a ésta para hacerlo, como ocurre con los numerales 1º, 2º, 4º, 6º, 7º, 9º y 11 del artículo 187. En segundo lugar, las normas reglamentadas, expresamente facultan a loterías, beneficencias y territorios nacionales para escoger, entre realizar directamente la administración del juego y seleccionar concesionarios, el medio que mejor les resulte, y ese medio es al que se refiere la disposición acusada. No prospera el cargo.

2. Del Título II. De las Apuestas y los Premios.

"Artículo 12. Los formularios para el juego de apuestas permanentes que sean emitidos por las entidades concedentes se clasificarán de acuerdo con la siguiente tabla de nominaciones y valores máximos apostables, por ejemplar".

(Siguen aquí las características de los formularios).

Según la demanda, el artículo es ilegal por cuanto consagra un mecanismo que desconoce la naturaleza y el carácter del monopolio como arbitrio fiscal.

Considera el Consejo: La Ley 1ª de 1982 en el artículo 5º atribuyó al Gobierno la reglamentación del juego de apuestas permanentes con el objeto de que sea uniforme en los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá y los territorios nacionales. Pero el Decreto 386 de 1983, a través del artículo 1º introdujo una profunda modificación a esas atribuciones, cuando facultó a las loterías y beneficencias para emitir formularios de distintos valores o nominaciones, y señaló precisamente el porcentaje que los concesionarios deben pagar sobre los valores respectivos. Cuando el Decreto legislativo, en desarrollo de la Ley 1ª expresó que las loterías o beneficencias *"podrán"* emitir formularios de distintos valores o nominaciones, atribuyó una competencia que aquellas entidades pueden ejercitar o no como expresión de su autonomía, pero que no es dable asumir al Gobierno en ejercicio de la facultad de reglamentación de la ley, sin invadir un campo que pertenece a la facultad propia de las entidades descentralizadas. Prospera el cargo.

"Artículo 20. Todo formulario que esté mal liquidado en la totalización de la apuesta, o que presente enmendaduras, borrones o tachaduras que tiendan a desfigurar su serie y número, la fecha de la apuesta, el nombre de la lotería con la que se juega, el valor de la apuesta o el nombre de la entidad concedente, o los números a los que se apuesta, será anulado por el concesionario antes de efectuarse el sorteo, dejando constancia de lo actuado en acta que suscribirá con el colocador o vendedor. Si el hecho da base para presumir la consumación de un delito, el concesionario, o la lotería, beneficencia o Servicio Seccional de Salud cuando no exista contrato de concesión, deberá formular la denuncia correspondiente.

"Parágrafo. En los casos de anulación de formularios por las circunstancias determinadas en este artículo, el concesionario, o la lotería, beneficencia o Servicio Seccional de Salud cuando no exista contrato de concesión, únicamente quedará obligado al reintegro de los valores apostados, si se comprobare que la apuesta se realizó efectivamente".

La demanda considera que el Gobierno empleó indebidamente la facultad reglamentaria, porque no es de su resorte prever sobre procedimientos o modalidades relacionadas con el contrato de apuesta.

No cabe duda de que lo previsto por el artículo en comentario (art. 20 de la Ley 1ª de 1982) está contenido dentro de la facultad expresa que otorgó la Ley 1ª de 1982 para reglamentar el juego y

hacerlo uniforme en todos los casos. Y es natural que parte de la reglamentación ha de referirse a las medidas que deben ser tomadas cuando en desarrollo del proceso de la apuesta se presentan situaciones que alteran las condiciones previstas para su cumplimiento. Por lo demás, resulta conveniente que los correctivos y sanciones sean unos mismos, cualquiera sea la lotería o la beneficencia que tenga necesidad de aplicarlos, sin que por el hecho de haber sido establecidos en el reglamento autorizado de manera expresa por la ley, pueda considerarse invadida la órbita de autonomía regional, o excedida la facultad reglamentaria. Dentro de esta última siempre se ha entendido que el desarrollo de la ley puede hacer necesaria la previsión de los efectos que causa su transgresión por la administración o los gobernados, que es precisamente lo que procura el texto en comentario. No prospera el cargo.

"Artículo 23. Proferida una providencia o un acto administrativo que disponga el pago de uno o varios premios, el concesionario deberá proceder a la cancelación de los mismos dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la misma.

"Si se negare, se le aplicarán las disposiciones que para el caso establece el presente Decreto".

La demanda alega que la norma desconoce las disposiciones legales que reglamentan el valor jurídico de las sentencias, porque la acción que tiene el apostador que ha ganado, se ejerce a través del proceso respectivo previsto en el Código de Procedimiento Civil. Por otra parte, tampoco está de acuerdo con las previsiones sobre la materia, contenidas en el Código Contencioso Administrativo.

Evidentemente los actores confunden el cumplimiento de un acto administrativo, como es la providencia que disponga el pago de un premio o valor de una apuesta, con la decisión jurisdiccional que decida sobre una pretensión formulada a través de un proceso. El artículo demandado se refiere exclusivamente a aquel primer caso, en el cual, cumplido el procedimiento del juego de apuesta permanente, por alguna razón es necesario que la entidad que lo administra o dirige, señale concretamente, a través de una manifestación expresa de voluntad, o acto administrativo, que hubo un premio y que debe pagarse. Como cualquier acto administrativo, una vez en firme, ha de cumplirse. Mas como el Código Contencioso Administrativo se limita a decir que los actos ejecutoriados serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento, sin señalar plazos, no se vé cuál norma pueda ser desconocida a través de la disposición reglamentaria que, utilizando esta facultad, señala un término para la ejecución. Ahora bien, como el mismo Código atribuye a las Asambleas la facultad de dictar normas sobre procedimientos administrativos en aquello que sea de su competencia, y la Ley 1ª de 1982 en el artículo 5º dispuso que el reglamento dictado por el Gobierno nacional uniformara el sistema de juego de apuestas permanentes, excepto en lo relacionado con los formularios para efectuarlo, según se vio, es evidente que la competencia en este caso corresponde al Presidente y la ejerció conforme a la Constitución. No prospera el cargo.

"Artículo 24. Cuando el sorteo de una lotería por la cual se formula apuesta sea suspendido, aplazado o adelantada su realización en más de media hora, el valor de la misma será devuelto en su totalidad a los apostadores".

Los acusadores se limitan a decir que el exceso de facultad ejercido consiste en consagrar caprichosamente un plazo. Pero el Consejo entiende que tratándose de una cuestión puramente procedimental, que conduce a resolver una situación previsible, son aplicables los mismos argumentos consignados en la segunda parte de las consideraciones sobre el artículo 23 anteriormente examinado y a ellas se remite. No prospera el cargo.

3. Del Título III. De los Concesionarios.

"Artículo 26. Para que el concesionario pueda celebrar contrato de concesión con las entidades concedentes deberá presentar por lo menos los siguientes documentos:

"A. Personas naturales.

"1. Solicitud de concesión por escrito, dirigida a la entidad concedente correspondiente.

"2. Registro de inscripción como comerciante en la Cámara de Comercio y registro del establecimiento de comercio en el cual tenga su sede.

"3. Copia auténtica de las dos últimas declaraciones de renta y patrimonio. El patrimonio líquido no podrá ser inferior a tres millones de pesos ($ 3.000.000.00).

"4. Paz y Salvo departamental, intendencial, comisarial o del Distrito Especial de Bogotá, según el caso.

"5. Certificado de la dependencia correspondiente, de no haber sido condenado por defraudación a las rentas en la entidad territorial donde solicita la concesión.

"6. Dos (2) referencias comerciales y una (1) bancaria.

"7. Las fianzas o depósitos debidamente constituidos cuya cuantía determine la respectiva entidad concedente para garantizar el pago de premios y demás obligaciones derivadas del contrato de concesión.

"B. Personas jurídicas.

"1. Solicitud de concesión por escrito, dirigida a la entidad concedente correspondiente.

"2. Certificación de la Cámara de Comercio en donde aparezca la razón social, el nombre del representante legal y el capital de la sociedad, el cual no podrá ser inferior a cinco millones de pesos ($ 5.000.000.00).

"3. Paz y Salvo departamental, intendencial, comisarial o del Distrito Especial de Bogotá según el caso, de la sociedad.

"4. Certificado de la dependencia correspondiente en que conste que ni la sociedad ni su representante legal han sido condenados por defraudación a las rentas.

"5. Dos (2) referencias comerciales y una (1) bancaria.

"6. La fianza o depósito debidamente constituído cuya cuantía determine la respectiva entidad concedente para garantizar el pago de premios y las demás obligaciones del contrato de concesión".

"Artículo 27. Los contratos de concesión que celebren las entidades concedentes con personas naturales o jurídicas, tendrán una duración no mayor de un (1) año y podrán ser prorrogados por períodos iguales.

"En los contratos de concesión que celebren las entidades concedentes con sus concesionarios se incluirá la clásula de caducidad administrativa y las causales para la declaratoria de la misma, lo mismo que la cláusula de garantía de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, tanto por parte del concesionario como de sus agentes, vendedores o colocadores y dependientes".

"Artículo 28. Una vez perfeccionado el contrato de concesión, las entidades concedentes podrán expedir la correspondiente Licencia de Funcionamiento de Apuestas Permanentes por el término de duración del contrato, la cual tendrá validez únicamente dentro de la jurisdicción territorial correspondiente".

"Artículo 29. Cuando un concesionario desee utilizar la concesión en varios municipios de una misma entidad territorial, deberá abrir por lo menos una agencia en cada uno de ellos, registrarla como establecimiento de comercio indicando la sede del municipio donde va a funcionar y comunicar lo pertinente a la entidad concedente".

"Artículo 30. En los contratos de concesión se incluirá una cláusula en donde se indique que el concesionario no podrá permitir la utilización de la Licencia de Funcionamiento por terceras personas so pena de cancelación de la licencia correspondiente".

"Artículo 31. El funcionario de establecimientos de Apuestas Permanentes no autorizados por las entidades concedentes, dará lugar a las sanciones contempladas en este Decreto".

"Artículo 32. Las entidades concedentes llevarán el registro de la numeración y serie de los formularios que entreguen a cada concesionario. El concesionario o el representante legal, cuando se trate de una persona jurídica, deberá firmar el registro como prueba de haber recibido los formularios oficiales".

"Artículo 33. El concesionario será responsable de la utilización que haga de los formularios recibidos y deberá reconocer, en todo caso, los premios correspondientes a los formularios que resultaren favorecidos, si consta en el registro que estos fueron entregados, lo cual será para estos efectos prueba suficiente".

"Artículo 34. El concesionario deberá llevar, en la sede principal y en cada una de sus agencias, un libro de control de ventas diarias

debidamente foliado y registrado en la correspondiente entidad concedente, el cual deberá contener por lo menos la siguiente información:

"a) Lugar y fecha;

"b) Número de credencial del colocador o vendedor;

"c) Cantidad e identificación de serie y número de los formularios entregados al colocador o vendedor;

"d) Valor de la venta;

"e) Cantidad e identificación de serie y número de los formularios devueltos por el colocador;

"f) Cantidad e identificación de serie y número de los formularios anulados, extraviados, etc., que no entren al escrutinio. El diligenciamiento de este libro debe hacerse y terminarse con media hora de anticipación a la realización del sorteo de la respectiva lotería y podrá ser revisado en cualquier momento por las personas de que trata el presente Decreto".

"Artículo 35. Serán obligaciones del concesionario, además de las establecidas en las normas legales y las que surjan del contrato de concesión las siguientes:

"a) Tener la licencia de funcionamiento vigente;

"b) Utilizar los formularios oficiales del Juego de Apuestas Permanentes y responder por el uso adecuado de ellos;

"c) Llevar el libro de control de ventas diarias de que trata el presente Decreto;

"d) Informar a la entidad concedente la dirección exacta de las agencias, puestos fijos y vendedores de formularios;

"e) Registrar como establecimiento de comercio las agencias que ponga en funcionamiento;

"f) Llevar como mínimo los siguientes libros de contabilidad debidamente registrados en la Cámara de Comercio: Diario, Mayor y de Balance e Inventarios con sus auxiliares;

"g) Suministrar la información que se requiera para el control del Juego de Apuestas Permanentes, de acuerdo con lo establecido en el presente Decreto y en el contrato de concesión;

"h) Impartir a sus agentes, colocadores o vendedores y dependientes las instrucciones necesarias sobre la forma correcta de elaborar los formularios de apuestas permanentes, su utilización y las sanciones en que puedan incurrir por la infracción a las disposiciones sobre la materia;

"i) Garantizar, mediante fianza o depósito debidamente constituídos, las obligaciones que puedan derivarse por incumplimiento de las obligaciones de sus agentes, colocadores o vendedores y dependientes, derivados del contrato de concesión;

"j) Solicitar la cancelación de la credencial de los vendedores o colocadores que incurran en violaciones a lo dispuesto en este Decreto".

"Artículo 36. Los escrutinios de los formularios se realizarán en la sede principal del concesionario o en las agencias legalmente registradas".

"Artículo 37. Los concesionarios deberán registrar el número de colocadores o vendedores a su servicio ante la entidad concedente y las dotarán del carné o credencial que para el efecto expida esta entidad, el cual servirá de identificación ante los jugadores o ante las entidades competentes.

"*Parágrafo*. El carné o credencial tiene el carácter de documento público intransferible. Cualquier tachadura, enmendadura o borrón será causal de nulidad, sin perjuicio de la sanción penal a que hubiere lugar".

"Artículo 38. Los concesionarios deberán registrar ante la entidad concedente, además de la dirección de su sede principal, la de todas y cada una de las agencias con que cuenten, y el nombre, identificación y dirección particular de sus respectivos administradores".

"Artículo 39. Ningún concesionario podrá utilizar colocadores o vendedores de otros concesionarios o que no cuenten con el respectivo carné.

"Artículo 40. El concesionario únicamente podrá realizar el Juego de Apuestas Permanentes dentro de la jurisdicción que establezca la Licencia de Funcionamiento".

"Artículo 41. Los empleados públicos y trabajadores oficiales no podrán ser concesionarios, agentes ni colocadores o vendedores del Juego de Apuestas Permanentes directamente ni por interpuesta persona".

Básicamente la demanda se orienta en este caso a afirmar que las previsiones de los textos acusados se apoyaron en los artículos 9º y 10 del Decreto 386 de 1983, declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 17 de marzo de 1983. Esos artículos inconstitucionales, facultaban al Gobierno para determinar los requisitos que los concesionarios deben reunir para ser aceptados como tales, los requisitos de validez de los respectivos contratos, y el establecimiento de reajustes anuales de las multas que puedan imponerse por violaciones a las normas respectivas. Habiendo desaparecido dichas disposiciones, mal podía el Gobierno hacerlas objeto de reglamentación.

El señor Agente del Ministerio Público considera parcialmente válidos los argumentos de los demandantes y razona así:

"...si se lee con sumo cuidado el texto de la Ley 1ª de 1982, se encuentra que la autorización para que los juegos de apuestas permanentes puedan ser realizados por los particulares mediante contrato de concesión no deviene, como lo afirman los demandantes de ninguna de las normas que desaparecieron del contexto jurídico por los

fenómenos ya descritos sino del artículo 1º de la Ley 1ª de 1982, que en la parte pertinente dice: 'Estos juegos (refiriéndose a los de apuestas permanentes con premios en dinero) podrán ser realizados por las mismas entidades *o mediante contrato de concesión con particulares*' (las subrayas no son del texto).

"En este estado de cosas se tiene entonces, que sí hay autorización legal para que se celebren dichos contratos de concesión y que por consiguiente, también por los motivos planteados en el numeral 3 de este escrito, el Ejecutivo podía, en uso de la facultad costitucional tantas veces nombrada, reglamentar como en efecto lo hizo lo atinente a los contratos de concesión, pero con excepción de fijar los requisitos que deben reunir los concesionarios para ser aceptados como tales como también los requisitos de validez de los respectivos contratos, lo que fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia.

"Sobre estos presupuestos se tiene entonces que deben prosperar las pretensiones de nulidad incoada contra los artículos 26, 27 inciso 2º, 29, 30 y 41 puesto que estos sí tuvieron como fundamento normas que desaparecieron del contexto jurídico, por la declaratoria de inexequibilidad, y por tanto, no pueden ser base de reglamentación alguna" (fl. 200).

El título comprensivo de los artículos acusados, regula, efectivamente el "Contrato de Concesión" entre las loterías o beneficencias, por una parte, y los particulares que sean llamados a colaborar en esta clase de actividades originalmente adscritas a la competencia y desempeño de la administración regional. De manera que el enfoque inicial debe hacerse hacia el examen de este contrato administrativo, para deducir de allí las reglas que gobiernan el que pueda celebrarse para llevar a efecto los juegos de apuestas permanentes. El contrato de concesión no aparece expresamente reconocido y definido como tal en la legislación colombiana, y sólo en el artículo 1º de la Ley 58 de 1982 se incluye en los siguientes términos: "...aquellos mediante los cuales se encomienda a una persona natural o jurídica la gestión de un determinado servicio". Confirmando lo anterior, el artículo 16 del Decreto-ley 222 de 1983 inicia la enumeración de los contratos administrativos, precisamente con el de "concesión", pero de servicios públicos.

No obstante lo anterior, es preciso reconocer que el contrato que celebran las loterías y beneficencias (al que alude el cargo), aunque no sea de concesión de servicios públicos, es administrativo por su naturaleza y puede en consecuencia tenerse como tal habida consideración de que, ni la Ley 19 de 1982 ni el Decreto 222 de 1983 agotan la materia del contrato administrativo, sin que esto último obste para utilizar y aplicar normas de la contratación administrativa, en cuanto sean pertinentes, según pasa a hacerse.

Tanto la Ley 19 de 1982 como el Decreto 222 de 1983 regulan los contratos administrativos y en parte los de derecho privado de la Administración, a nivel nacional. Por eso fue necesario precisar el límite de la sujeción de los contratos que celebren las entidades regionales a algunas de las normas nacionales, lo que conduce, a su

vez, a determinar el grado de autonomía administrativa de que gozan tales organismos en el establecimiento de normas de contratación, lo cual se logró al incluir los artículos 5º y 1º inciso final de la Ley 19 de 1982 y del Decreto 222 de 1983, respectivamente, y que en su orden disponen:

"Artículo 5º 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 reservados a la ley, así como las de inhabilidades e incompatibilidades".

"Artículo 1º .....

"Las normas que en este estatuto se refieren a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidad y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV, se aplicarán también en los departamentos y municipios".

Según lo anterior, la norma general es que los departamentos, a través de las asambleas, tienen facultad para regular todo lo relacionado con aquella parte de los contratos que celebren el departamento y sus entidades descentralizadas, que puede denominarse estrictamente administrativa, en desarrollo de los artículos 182 y 183 de la Constitución Política; lo cual quiere decir que la excepción a ese principio general estará consagrado en la ley, así como lo relativo a las materias contractuales que de manera expresa consagran los textos anteriormente transcritos. Entre esos dos extremos: La autonomía y la restricción legislativa, sólo puede interponerse el reglamento expedido por el Presidente de la República, cuando la ley que somete la normatividad contractual de los departamentos a sus prescripciones ha sido efectivamente expedida y requiere desarrollo, precisión o delimitación a través del ejercicio de tal facultad reglamentaria. Pero si no hay ley sobre un determinado campo, la competencia será integralmente de las asambleas y sólo ellas tendrán la facultad de regular y reglamentar su actividad.

En el caso materia de juzgamiento, ciertamente fueron declarados inexequibles los artículos 9º y 10 del Decreto 386 de 1983, y derogado expresamente el artículo 4º de la Ley 1ª de 1982, que se referían precisamente a facultades reglamentarias sobre aspectos del Contrato de Concesión entre las partes que pueden concurrir a su celebración para efectuar los juegos de apuestas, lo cual hace desaparecer la posibilidad de intervención del Gobierno en esta materia que, por no haber sido tratada en la ley, corresponde a las asambleas, obviamente en todo aquello que no contradiga las disposiciones legales a que aluden tanto la Ley 19 de 1982 como el Decreto 222 de 1983, según se ha visto.

Por eso, no tiene razón el señor Fiscal de la Corporación cuando afirma que varios de los artículos acusados son legales porque existiendo la autorización de tal rango para celebrar el "Contrato de

Concesión", surge espontáneamente la facultad constitucional que permite al Presidente hacer uso del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Política. Prospera el cargo.

4. Del Título IV. De los Colocadores o Vendedores de Apuestas.

"Artículo 42. Las loterías, las beneficencias y los Servicios Seccionales de Salud no tendrán relación laboral alguna, directa o indirecta, con los agentes, colocadores o vendedores y dependientes de los concesionarios.

"Los concesionarios serán responsables por sus actos y lo serán solidariamente por los de sus agentes, colocadores o vendedores y dependientes en todo lo que se relacione con la explotación del Juego de Apuestas Permanentes por concesión, en razón de la dependencia laboral, civil o comercial existente".

"Artículo 43. Los colocadores o vendedores del Juego de Apuestas Permanentes deberán portar el carné o credencial que los identifique ante el público y las autoridades competentes".

"Artículo 44. Ninguna persona natural o jurídica podrá vender Juego de Apuestas Permanentes sin haber obtenido la credencial o carné de que trata este Decreto".

"Artículo 45. Ningún colocador o vendedor podrá expender Juego de Apuestas Permanentes en formulario distinto al oficial. El incumplimiento de esta disposición dará lugar a las sanciones contenidas en este Decreto y en las disposiciones legales vigentes".

"Artículo 46. Los colocadores o vendedores de Juegos de Apuestas Permanentes no podrán entregar parte o el valor total de estas a concesionarios distintos de aquel con el cual laboran, so pena de hacerse acreedores a las sanciones que establezcan el presente Decreto y las disposiciones legales vigentes".

"Artículo 47. Ningún colocador o vendedor de Juego de Apuestas Permanentes podrá diligenciar el formulario oficial a lápiz ni en tintas delebles".

"Artículo 48. Los colocadores o vendedores del Juego de Apuestas Permanentes están obligados a elaborar correctamente los formularios, llenando todas las casillas correspondientes de manera clara y legible, sin tachaduras, enmendaduras ni borrones y liquidando en forma precisa la totalidad de la apuesta. En el caso de anulación de su formulario, éste deberá ser devuelto al concesionario con su respectiva copia".

"Artículo 49. Una vez elaborado el formulario, el colocador o vendedor deberá entregar al jugador la copia y guardará el original, el cual devolverá al concesionario con anticipación al sorteo de la lotería respectiva".

"Artículo 50. Los colocadores o vendedores no podrán diligenciar formularios del Juego de Apuestas Permanentes con loterías diferentes a las autorizadas para cada día".

"Artículo 51. Los colocadores o vendedores del Juego de Apuestas Permanentes están obligados a reclamar al concesionario, y éste a entregarles, las constancias del valor total de las apuestas y el número de formularios entregados. Esta constancia deberá conservarse por el término de dos (2) meses".

Del artículo 42 pueden predicarse argumentos similares a los relacionados con los artículos que integran el Título anterior (De los Concesionarios), por cuanto se relaciona con la regulación de situaciones contractuales que sólo pueden ser materia de tratamiento por la ley o, en su defecto y en cuanto implique ejercicio de la autonomía regional, por las ordenanzas de las Asambleas. Pero no existe competencia que le permita al Gobierno, a través del ejercicio de la facultad reglamentaria, establecer normas de comportamiento jurídico a las beneficencias, loterías o servicios seccionales de salud, tendientes a regular las relaciones comerciales, civiles, laborales o de dependencia entre esas reparticiones administrativas y quienes en su nombre, a través del contrato de concesión, o en nombre de los concesionarios, lleven a cabo el proceso de colocación de apuestas. Igual cosa puede decirse en relación con el inciso segundo del texto en comentario, que pretende regular la responsabilidad civil en que puedan incurrir quienes administran el juego, directa o indirectamente. Prospera el cargo.

Cosa bien distinta ocurre con los artículos que integran el resto del Título en estudio, porque en ellos el Gobierno, sin invadir competencias reservadas al legislador y, por el contrario, en ejercicio de sus propias facultades, así como en cumplimiento del artículo 5º de la Ley 1ª de 1982, que le ordena reglamentar el juego de apuestas permanentes con premios en dinero de manera uniforme en los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá y los Territorios Nacionales, ha hecho precisamente una aplicación válida de tales atribuciones constitucionales y legales. En efecto, exigir identificación a los colocadores o vendedores del juego de apuestas, prohibirles su actividad mientras no porten carné o credencial, utilizar obligatoriamente el formulario oficial, disponer a quién deben entregar los valores que recauden, señalar reglas para la elaboración de los formularios a la lotería respectiva, y otorgarles el derecho a exigir del concesionario las constancias que acrediten su labor, como señalan las normas acusadas, son todas, conductas que el Gobierno establece para asegurar el correcto funcionamiento del juego, la uniformidad del mismo en todo el territorio nacional y el cumplimiento de la ley, sin que esa regulación exceda la atribución del numeral 3º del artículo 120, como dicen los demandantes. No prosperan los cargos.

5. Del Título V. De los derechos que se causan.

"Artículo 52. Las loterías, las beneficencias y los servicios seccionales de salud, según el caso, determinarán los derechos que cause el suministro de los formularios a los concesionarios, en función del costo de su elaboración e independientemente del valor de la regalía correspondiente. Este valor no se podrá trasladar al apostador".

Dicen los actores que el artículo es ilegal porque tanto la Ley como el Decreto legislativo reglamentados, ya fijaron de manera expresa los derechos que causa la emisión de los formularios.

No tienen razón los demandantes, por cuanto los artículos citados por ellos sólo se refieren a la prohibición, para loterías y beneficencias de cobrar "impuestos" (arts. 6º de la Ley 1ª de 1982 y 1º del Decreto 386 de 1983). Por lo demás es apenas natural que si tanto las loterías como las beneficencias elaboran los formularios en los cuales ha de realizarse el juego de apuestas, tengan el derecho de trasladar ese costo a quienes van a utilizarlos y a percibir una ganancia en virtud de la concesión. No prospera el cargo.

6. Título VI. Del Destino del Producido.

"Artículo 60. El Ministerio de Salud determinará los conceptos que puedan ser incluídos como gastos de administración, para efectos de la deducción señalada en el artículo anterior.

"En ningún caso, en los gastos de administración se incluirán las transferencias para las contralorías respectivas".

La acusación considera que la facultad reglamentaria no permite (o de lo contrario se desconoce el alcance del numeral 13 del artículo 76 constitucional), señalar esta clase de gastos, a más de que obrando como lo hizo el Gobierno, se desconocen principios y normas sobre legalidad de orden administrativo, control fiscal y financiero, a más de la autonomía consagrada en la Constitución.

No les asiste razón a los demandantes, porque confunden la facultad de establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración (C. N., art. 76, numeral 13), con la simple determinación de los factores que integran el concepto de los puros gastos de administración en que incurren las loterías y beneficencias en desarrollo de los programas de juego de apuestas. Como el artículo 59 del mismo Decreto (no acusado en la demanda), establece que de los ingresos percibidos por las entidades beneficiarias de los mismos, se deduzcan los gastos de administración, para destinar el resto a los programas de salud de cada sección territorial, nada más conveniente y en ejercicio de la atribución concedida para uniformar aspectos administrativos de juego de apuestas, que indicar cúales son los conceptos que deben tenerse en cuenta para aquella deducción, conceptos que evitan, por una parte, abusos administrativos, y por otra, anarquía en la determinación de las erogaciones que deben hacerse para obtener el mayor beneficio de la actividad monopólica en favor de las secciones. No prospera el cargo.

7. De las Sanciones y los Procedimientos. Procedimiento.

"Artículo 70. Las entidades concedentes para la aplicación de las sanciones a los concesionarios emplearán el siguiente procedimiento que a continuación se establece".

Para los demandantes el texto es violatorio del Código Contencioso Administrativo que ha establecido un procedimiento administrativo obligatorio.

La verdad es que el artículo 70 objeto de la demanda no establece *"per se"* un procedimiento, por cuanto sólo se limita a decir que

ese procedimiento será señalado en los artículos que siguen al que es objeto de la acusación. Y no es, en consecuencia, norma procedimental, lo cual conduce a concluir que no resulta violatorio de ninguna norma superior mientras no se indiquen esas normas procedimientales que están en contradicción con otras de superior jerarquía. Ahora bien, como la demanda no ataca ninguna de las disposiciones del Decreto 33 de 1984 que señalan el procedimiento para imponer sanciones, bien puede ocurrir que estas se hallen en consonancia con las correspondientes del Código Contencioso Administrativo, lo cual las haría ajustadas a la ley, contra la aseveración de los demandantes. No prospera el cargo.

"Artículo 74. La existencia de procesos penales o de otra índole por otros hechos u omisiones y contra las mismas personas o entidades no dará lugar a la suspensión del procesamiento por infracción a las normas establecidas para el juego de apuestas permanentes".

La demanda considera que el texto viola el principio de la prejudicialidad consagrado en los Códigos de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal, así como el principio del debido proceso que consagra el artículo 26 de la Constitución Política.

La prejudicialidad supone necesariamente un proceso judicial. Y los textos invocados por la demanda se refieren a la suspensión del proceso civil o del proceso penal, por razón de la existencia de otro asignado por competencia a distinta jurisdicción o a distinto Juez dentro de la misma denominada justicia ordinaria. De manera que por este solo aspecto, debería desecharse la pretensión de los actores. Mas en realidad, aquí no se plantea el fenómeno de la prejudicialidad, porque no existe proceso alguno, sino una simple actuación administrativa que no tiene por qué suspenderse, aun cuando la norma no lo hubiese dicho, toda vez que ella no es incompatible con la eventual acción o pretensión civil, o con el proceso penal. Mucho menos cuando, el acto administrativo que ponga fin a la actuación sancionatoria o investigativa de que se trate, está sometido al control jurisdiccional por parte de los Jueces en lo contencioso administrativo, lo cual garantiza el derecho de defensa de la persona afectada por aquella actuación. No prospera el cargo.

8. Del Título VIII. El Control del Juego de Apuestas Permanentes.

"Artículo 88. El Ministerio de Salud, los Servicios Seccionales de Salud y las entidades concedentes determinarán, autónomamente, el personal que ejercerá el control del Juego de Apuestas Permanentes, el cual será dotado de credenciales que lo autoricen para ejercerlo".

"Artículo 89. El Ministerio de Salud y los Servicios Seccionales de Salud tendrán la facultad de controlar el presupuesto, la administración de fondos, las transferencias, los gastos de administración, los libros y los registros contables que como resultado del Juego de Apuestas Permanentes tengan las entidades concedentes señaladas en este Decreto, sin perjuicio del control fiscal correspondiente".

"Artículo 90. El Ministerio de Salud, los Servicios Seccionales de Salud y las entidades concedentes tendrán la facultad de ejercer

el control sobre los concesionarios, en todo lo referente a la ejecución de los contratos y en especial a las agencias, vendedores o colocadores, libros, registros y relaciones de ventas".

Consideran los demandantes que las normas anteriores consagran "un exceso de discrecionalidad", sin explicar dónde debe radicarse entonces el control del juego para que satisfaga las exigencias legales. Además extienden el concepto de la violación, por el hecho de no haber sido incluído en las disposiciones el Distrito Especial de Bogotá.

El examen de los cargos puede hacerse conjuntamente, para decir que desde la Ley 93 de 1938, por virtud del artículo 6º de aquel cuerpo legal, el Gobierno tiene la inspección y vigilancia de las juntas de beneficencia o de lotería, Cruz Roja y demás entidades que encaminen actividades a la consecución y administración de fondos para aplicarlos a la asistencia social, conforme lo dispongan los reglamentos expedidos en desarrollo del numeral 3º del artículo 120 constitucional. Por eso, el artículo 1º del Decreto 1140 de 1943, vigente, dispone:

"El Departamento de Asistencia Social del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social (hoy Ministerio de Salud por normas posteriores), tendrá a su cargo la dirección suprema de la beneficencia y asistencia social del país y la inspección y vigilancia de los establecimientos, institutos, juntas, loterías, Cruz Roja, y demás instituciones de utilidad común dedicadas a la beneficencia pública, y sobre los tenedores de bienes dejados para aplicar a este fin; vigilará la inversión de los fondos de esas instituciones y servicios, velando por la conservación y rendimiento de los bienes y rentas que constituyen su patrimonio, dictará todas las providencias y resoluciones que estime convenientes para su correcta administración y manejo".

Las disposiciones mencionadas y transcritas indican a las claras que la inspección y vigilancia sobre entidades como las que organizan y administran los juegos de apuestas permanentes, le corresponde al Presidente, quien la ha puesto en manos del Ministerio, para que este cumpla la función que en principio corresponde al primer mandatario, y para que la cumpla como digan las normas reglamentarias lo cual supone que fuera del Ministerio, ninguna entidad, corporación, institución o funcionario, pueden adelantar labores de inspección y vigilancia. De donde se deduce que los servicios seccionales de salud no tienen ninguna competencia para controlar el presupuesto, la administración, los libros y los registros contables de las entidades concedentes y mucho menos la facultad de ejercer control sobre los concesionarios en lo referente a la ejecución de los contratos, como lo pretenden los artículos 89 y 90 del Decreto acusado.

Pero como las facultades de inspección y vigilancia de que se viene hablando, las debe ejercer el Ministerio sobre las beneficencias y loterías, conforme dicen la Ley 93 de 1938 y el Decreto reglamentario 1140 de 1943, tampoco es función de ese Ministerio ejercer control sobre los concesionarios, como dice el artículo 90, y mucho menos en relación con las agencias, vendedores o colocadores, libros, registros y relaciones de ventas.

Por las mismas razones anteriores, tampoco es competencia del Ministerio de Salud y de los Servicios Seccionales de Salud tomar

determinaciones relacionadas con el personal que debe ejercer el control sobre el juego mismo de las apuestas, porque, según se vió, la competencia, para inspeccionar y vigilar, que es sólo la del Ministerio de Salud, se repite, llega hasta las beneficencias y loterías, mas no hasta los contratos que ellas celebran con concesionarios. El cargo prospera parcialmente.

En consideración a lo consignado anteriormente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Son nulos los artículos 12, 26 a 41 inclusive, y 42 del Decreto reglamentario número 33 de 12 de enero de 1984, expedido por el Gobierno nacional.

Segundo. Son nulas las siguientes expresiones de los artículos 88, 89 y 90 del Decreto reglamentario número 33 de 1984:

a) Del artículo 88: "...el Ministerio de Salud, los Servicios Seccionales de Salud y...";

b) Del artículo 89: "...y los Servicios Seccionales de Salud...";

c) Del artículo 90: "...El Ministerio de Salud, los Servicios Seccionales de Salud y...".

Tercero. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA EN MATERIA TRIBUTARIA. Exigencia de pruebas para obtención de exenciones, certificaciones para obtención de deducciones. Copias contratos en aquellos de cuentas de participación.

DECLARANSE NULOS los numerales 15, 25, 32 y 40 del artículo 16 del Decreto reglamentario número 0086 de 1984, proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

SE DECRETA LA NULIDAD del numeral 14 del artículo precitado en cuanto ordena adjuntar "certificación obtenida por la persona o entidad otorgante del premio o distinción en la cual consten la clase y monto de los mismos y".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., once de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 1450. Actor: Carlos Alfredo Ramírez Guerrero y otro. Autoridades nacionales. Acción de nulidad contra el Decreto reglamentario número 0080 de 1984, artículo 16, en 16 de sus numerales. Fallo.

Se decide la acción de nulidad promovida por los doctores Alfredo Ramírez Guerrero y Alvaro Hernando Gama Beltrán, a través de la cual se pretende la nulidad de varios numerales del artículo 16 del Decreto reglamentario número 0080 de 1984.

Se ha oído el parecer de las partes, y recibido el concepto de la distinguida colaboradora Fiscal Sexta ante esta Corporación y, no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede dictar fallo de mérito.

El acto demandado:

Dispone el acto demandado:

"Artículo 16. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, las pruebas, certificados y relaciones que se deben presentar con la declaración de renta y complementarios, son los siguientes:

"1. Para efectos de la aceptación de las inversiones exentas del impuesto de patrimonio, se deberá anexar certificado de las entidades en las cuales se hubieren efectuado las inversiones, en el cual conste el monto de la inversión y su calidad de exenta.

"3. Para efectos del reconocimiento de la parte que no constituye renta ni ganancia ocasional, las personas naturales y sucesiones líquidas que hubieren obtenido ingresos por concepto de los siguientes rendimientos financieros, deberán adjuntar certificación expedida por la entidad pagadora de tales rendimientos, en la cual conste la cuantía y el beneficiario de los mismos:

"a) Intereses y/o corrección monetaria de entidades que estando sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, tengan por objeto propio intermediar en el mercado de recursos financieros;

"b) Intereses de título de deuda pública;

"c) Intereses de bonos de sociedades anónimas;

"d) Intereses de papeles comerciales de sociedades anónimas cuya emisión haya sido autorizada por la Comisión Nacional de Valores. La certificación de que trata este numeral, no se acompañará cuando los mismos datos consten en el certificado que se anexe para acreditar la retención de la fuente.

"4. Para efectos del reconocimiento de la parte de la corrección monetaria que no constituye renta ni ganancia ocasional, las sociedades ahorradoras en el sistema UPAC diferentes de las corporaciones de ahorro y vivienda, deberán adjuntar certificación de la respectiva corporación de ahorro y vivienda en la cual conste el valor de la corrección monetaria pagada y el beneficiario de la misma.

"6. Para efectos de la exención del impuesto de renta y patrimonio prevista en el artículo 81 del Decreto 2247 de 1974, los contribuyentes que realicen nuevas explotaciones agropecuarias en zonas de colonización de la Orinoquía, la Amazonía, el Chocó, la Guajira y las tierras no colonizadas que aún existen en la actual frontera agrícola que determine el Gobierno nacional, deberán adjuntar conceptos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi en el cual conste que las nuevas explotaciones están ubicadas en área que tiene aptitud agrícola y pecuaria; que tales explotaciones se ejecutan siguiendo normas técnicas que tienden a conservar el equilibrio de los ecosistemas, de acuerdo con las instrucciones impartidas por el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente (Inderena), y la fecha de iniciación de la respectiva explotación.

"12. Para efectos del tratamiento de ingresos no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional de la utilidad obtenida por la transferencia de bienes inmuebles que sean activos fijos a entidades públicas, de que trata el artículo 25 de la Ley 09 de 1983, se deberá adjuntar certificación del representante legal de la entidad pública en la cual conste que la transferencia se efectuó de conformidad con lo previsto en la citada norma.

"14. Para efectos del tratamiento previsto en el artículo 44 de la Ley 09 de 1983, los beneficios de premios y distinciones obtenidos en concursos o certámenes nacionales o internacionales de carácter científico literario, periodístico, artístico y deportivo, reconocidos por el Gobierno nacional, deberán adjuntar certificación expedida por la

persona o entidad otorgante del premio o distinción en la cual consten la clase y monto de los mismos y fotocopia del correspondiente acto administrativo expedido por el Gobierno nacional.

"15. Los constituyentes que declaren renta o ingresos exentos sobre los cuales el presente Decreto no exige pruebas específicas, deberán probar las circunstancias que los hacen acreedores a la exención respectiva.

"16. Para efectos del reconocimiento de los costos y deducciones que correspondan a los conceptos, objeto de retención en la fuente, se deberá adjuntar copia o fotocopia auténtica de los recibos de consignación de tales retenciones.

"25. Para efectos de la deducción por concepto de compesación de pérdidas de años anteriores, se deberá adjuntar:

"a) Los contribuyentes sometidos a la vigilancia del Estado, copia auténtica del balance certificado que se haya presentado a la Superintendencia respectiva, correspondiente al ejercicio en que se haya obtenido la pérdida;

"b) Los contribuyentes no sometidos a la vigilancia del Estado, copia de los asientos de contabilidad en los cuales se hayan registrado la amortización de la pérdida, debidamente autenticados por revisor fiscal o contador público.

"29. Para efectos de la deducibilidad de las inversiones realizadas por las sociedades anónimas en acciones de nuevas sociedades anónimas que se creen para cumplir nuevos desarrollos empresariales o en la suscripción de nuevas emisiones de acciones de sociedades anónimas ya existentes que incrementen capital para la realización de ensanches, de que trata el artículo 13 de la Ley 20 de 1979, se deberá adjuntar:

"a) Certificado expedido por el revisor fiscal de la sociedad anónima en la cual se haya efectuado la inversión, donde conste el valor invertido en el año gravable correspondiente;

"b) Certificado de la Cámara de Comercio en la cual conste la fecha de constitución de la sociedad anónima receptora de la inversión y su objeto social;

"c) Certificación de la respectiva bolsa de valores sobre la inscripción de las acciones de la sociedad anónima receptora de la inversión;

"d) Informe sobre el acto administrativo de la Dirección General de Impuestos en el cual se haya incluído la sociedad dentro de las que reúnen los requisitos previstos en el artículo 10 de la Ley 54 de 1977. Si la sociedad no estuviere incluída en el acto administrativo de la Dirección General de Impuestos, el contribuyente deberá demostrar el cumplimiento de tales requisitos en el momento de la inversión;

"e) Certificación expedida por el revisor fiscal de la sociedad anónima receptora de la inversión en la cual conste que la misma se encuentra comprendida en algunas de las áreas señaladas por el

Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, y si fuere el caso sobre el incremento de capital para la realización de ensanches.

"32. Para efectos de la deducción correspondiente, los contribuyentes que efectúen pagos por concepto de intereses a entidad sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, deberán adjuntar certificado expedido por la entidad beneficiaria del pago, en el cual conste su monto y la identificación de la persona de quien lo recibe.

"En el evento de que los intereses correspondan a préstamos para adquisición de vivienda que hayan sido otorgados por personas o entidades no sometidas a la vigilancia del Estado, además de una certificación expedida por el beneficiario de los intereses en la cual conste su monto y la identificación de la persona quien la recibe, deberán adjuntar fotocopias auténticas de la escritura donde conste la hipoteca con la cual se garantice el préstamo.

"38. Para efectos de la determinación de la renta líquida obtenida en los contratos de servicios autónomos de que tratan los numerales 1º y 2º del artículo 69 del Decreto 2053 de 1974, se deberá adjuntar:

"a) Copia auténtica del presupuesto del contrato, el cual deberá estar suscrito por arquitecto, ingeniero u otro profesional especializado en la materia, con licencia para ejercer;

"b) Un cuadro contentivo de la contabilización de los ingresos, costos y deducciones durante el término de la ejecución del contrato.

"40. Para efectos de la determinación de las utilidades o pérdidas provenientes de cuentas en participación, se deberá adjuntar copia auténtica del documento de fecha cierta mediante el cual se haya pactado el respectivo negocio.

"55. Para efectos del artículo 29 del Decreto 2579 de 1983, los contribuyentes que declaren ingresos provenientes de contratos celebrados en Colombia que impliquen situación de recursos en el exterior, deberán acompañar copias debidamente autenticadas de los respectivos contratos.

"Cuando en los contratos no se estipulen en forma clara los trabajos o servicios a ser desarrollados en territorio nacional y el valor que corresponde a los mismos dentro del precio total pactado, deberán acompañar una certificación expedida por el representante legal y el revisor fiscal o contador público de la entidad contratante, en la cual conste la clase de trabajos o servicios inherentes al contrato que deben ser prestados en el exterior y el valor que les corresponde dentro del precio acordado.

"59. Cuando las sociedades de responsabilidad limitada o asimiladas contabilicen como pasivo externo la totalidad o parte de las utilidades obtenidas en el año, deberán adjuntar copia del acta expedida por la junta de socios que así lo disponga.

"62. Las empresas editoriales constituídas como personas jurídicas cuya actividad económica u objeto social sea exclusivamente la edición de libros, revistas o folletos de carácter científico o cultural, para gozar de la exención de los impuestos de renta y complemen-

tarios, de que trata el artículo 9º de la Ley 34 de 1973, deberán adjuntar copia o fotocopia auténtica de la escritura de constitución y certificación expedida por el Ministerio de Educación Nacional, en la cual conste que la actividad u objeto social corresponde exclusivamente a la edición de libros, revistas o folletos de carácter científico o cultural.

"65. Para efectos de la exención del impuesto de renta y complementarios a que tienen derecho las personas naturales colombianas sobre los ingresos que reciban por derechos de autor, de que trata el artículo 3º de la Ley 32 de 1983, se deberá adjuntar copia o fotocopia auténtica del correspondiente contrato de edición y el registro de propiedad del respectivo título de derecho de autor..."

Concepto de las violaciones:

Los actores consideran que cada uno de los dieciséis numerales acusados, violan normas superiores de naturaleza legal, según las cuales no puede la Administración, ni el Gobierno como poder complementario, reglamentador de las leyes, exigir las pruebas que relacionan las disposiciones acusadas.

Invocan los actores como normas violadas los artículos 33 de la Ley 52 de 1977, según el cual:

"Se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las adiciones a las mismas o en las respuestas o requerimientos administrativos, cuando no se haya solicitado comprobaciones especiales, ni la ley lá exija".

Decreto 3803 de 1982, artículo 1º; artículos 64 y 66 de la Ley 9ª de 1983, que en lo pertinente enuncia:

"La declaración tributaria deberá contener:

"1º .....

"2º Los certificados de retención en la fuente y las informaciones y *pruebas que la ley señale para* (...), en general, fijar correctamente las bases gravables y liquidar el impuesto correspondiente (...) de acuerdo con lo previsto en la ley" (subrayas de los actores).

El artículo 67 del Decreto-ley 1651 de 1961, según el cual:

"Los contribuyentes están obligados a demostrar las circunstancias que los hacen acreedores a una exención tributaria, cuando para gozar de ésta no resulte suficiente conocer solamente la naturaleza del ingreso o del activo".

En fin, fincan sus impugnaciones en las disposiciones de los artículos 626 del Código de Procedimiento Civil y 79 y 71 del Decreto-ley 1651 de 1961, en el sentido de que manifestaciones de particulares en documentos privados no constituyen certificaciones de las que emiten los funcionarios públicos.

Confrontación de los numerales acusados con los textos superiores preinsertos y que se indican infringidos.

La finalidad de la potestad reglamentaria conferida al Poder Ejecutivo por la Constitución Política, reside básicamente en la nece-

sidad de complementar las disposiciones legales de modo de hacerlas operantes. De ahí que el reglamento resulta innecesario cuando la ley es totalmente completa y nulo cuando ordena obligaciones contrarias a la ley reglamentada.

Por ello no puede aplicarse indiscriminadamente con todo rigor, la idea de que sólo la ley puede exigir pruebas para efectos tributarios, postulado que, siendo en principio válido, no puede ser de irrestricta aplicación en materia de impuestos, por modo que haga imposible la expedición de reglamentos para la determinación de los factores indispensables para establecer exactamente las bases sobre las cuales han de cuantificarse los tributos.

La circunstancia de que la ley presuma verídicos los hechos denunciados y los factores consignados tanto en los datos básicos como en los derivados no implica, a juicio de la Sala, que la precisión de los demás no pueda obtenerse por medio de los anexos que derivados de la naturaleza y alcance de la ley sean exigibles necesariamente.

Numeral 1º del artículo 16, acusado.

Exige el reglamento que para aceptar las inversiones exentas, el contribuyente deberá anexar certificado de las entidades en las cuales se hubieren efectuado aquellas, en el cual conste el monto y su calidad de exenta.

El artículo 67 del Decreto-ley 1651 de 1961, sobre este particular, no exige la comprobación especial sino cuando para gozar de la exención tributaria no resulte suficiente conocer la naturaleza del ingreso.

Considera el actor violados los artículos 71 y 79 de aquel Decreto-ley, pues trasladó a la entidad particular la facultad de certificar lo que en su opinión no le compete.

La parte demandada se opone a la declaración de nulidad solicitada, pues estima que existiendo diversas clases de inversiones exentas, era necesario que el reglamento dijera que para su admisión se requería la certificación de las entidades en las cuales se hubieren efectuado las inversiones exentas, así como su cuantía.

La Fiscalía Sexta ante esta Corporación es de opinión que la acusación tiene base para prosperar, pues la norma legal no exige que a la declaración de renta se adjunten las pruebas aludidas por el numeral acusado.

La disposición legal procesal previene que los contribuyentes deben probar las circunstancias que los hace acreedores a una exención tributaria, cuando para gozar de ésta, no resulta suficiente conocer solamente la naturaleza del ingreso o del activo.

Denunciada una inversión exenta como la efectuada en un Fondo Mutuo, o en bonos de deuda pública, esa información no es, a juicio de la Sala, elemento suficiente para que la solicitud correspondiente proceda a ser aceptada por la Administración, si el contribuyente no prueba que tal inversión corresponde a una de las contempladas como exentas de impuesto por la ley.

El Decreto reglamentario, al precisar esa exigencia, desarrolla lógicamente la disposición legal y en tal virtud, no puede ser objeto de anulación.

No prospera, pues, el cargo, contra el numeral 1º del artículo 16 del Decreto reglamentario 080 de 1984.

Numerales 3º y 4º del artículo 16 acusado.

Según estos numerales los contribuyentes deben aportar la prueba especial con su declaración de renta, sobre valores obtenidos por rendimientos financieros y la corrección monetaria percibida, para establecer su exclusión como ingresos constitutivos de renta o de ganancia ocasional.

La parte demandada sostiene que tal prueba es indispensable dada la estructura de los artículos 30 y 31 de la Ley 9ª de 1983, la cual precisa, entre otras cosas, que los rendimientos y corrección monetaria percibidos de entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, están en parte exentos del impuesto a la renta y de ganancias ocasionales y precisa el porcentaje para el año 1983.

La Agencia Fiscal comparte la opinión de los actores, por considerar que la aceptación de esa exención no está condicionada a la presentación de las certificaciones aludidas.

El reglamento al contemplar la necesidad de que los contribuyentes adjunten los certificados de las entidades pagadoras de esos ingresos constituye, a juicio de la Sala, un desarrollo lógico de la norma reglamentaria, indispensables para su fácil cumplimiento.

No prospera el cargo.

Numeral 6º del artículo 16.

Exige certificación del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, acerca de que la explotación de las tierras a que la norma se refiere, tienen aptitud para la explotación agrícola y pecuaria; y que se realizan dentro de las señaladas por el Inderena, para reconocérsele la exención que del impuesto de renta y patrimonio se consagra por las nuevas explotaciones en zonas determinadas por la ley y repetidas por la reglamentación.

Para que, según la ley, la exención proceda, se requiere que las nuevas explotaciones agrícolas se realicen en zonas de colonización de los territorios que allí se indican o en tierra no colonizadas que aún existan en la actual frontera agrícola.

La Fiscalía sostiene la legalidad de este numeral, pues considera que la exigencia de los medios probatorios señalados, es desarrollo normal de la ley.

La Sala comparte ese criterio pues considera que al exigir el reglamento que se certifique por los organismos competentes del Estado, tales circunstancias, no parece que se desborde, frente al artículo 15 letra numeral b) de la Ley 52 de 1977, la preceptiva.

Por ello no prospera la acusación.

Numeral 12 del artículo acusado.

Dispone este numeral del artículo 16 del Decreto 080 de 1984, que para efectos del tratamiento de ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional de la utilidad obtenida por la transferencia de bienes inmuebles que sean activos fijos a entidades públicas, de que trata el artículo 25 de la Ley 09 de 1983, se deberá adjuntar certificación del representante legal de la entidad pública en la cual conste que la transferencia se efectuó de conformidad con lo previsto en la citada norma.

La colaboradora Fiscal estima ilegal la exigencia probatoria consagrada en este numeral por no haberse consagrado la demostración de los hechos en la forma señalada, por la Ley 9ª de 1983, en su artículo 25.

A juicio de la Sala la acusación no prospera, pues la sola información sobre el contrato no demuestra por sí las exigencias del artículo 25 de la Ley 9ª de 1983 para que proceda el reconocimiento de la exoneración.

Numeral 14 del artículo 16.

Establece el reglamento, mediante este numeral, que, para efecto de la exención de impuestos sobre ingresos provenientes de premios originados en las fuentes a que se refiere el artículo 44 de la Ley 9ª de 1983, los contribuyentes y beneficiarios de los mismos deberán adjuntar certificación expedida por los otorgantes del premio, en el cual conste la clase y monto de los mismos y el acto administrativo del Gobierno que reconozca los premios o distinciones.

El argumento general del actor, consistente en que la ley Tributaria no exige comprobación especial y que los datos consignados en la declaración de renta y complementarios se consideran verdaderos, muestra la base para sostener que la disposición acusada excedió a la ley reglamentada.

La Fiscalía es de opinión que el numeral acusado se ajusta a las normas superiores.

La demandada sostiene igual posición.

Esta Sala estima que el principio consagrado en el artículo 44 de la Ley 9ª de 1983, implica que el contribuyente demuestre, para tener derecho a la exención, que los premios han sido reconocidos por el Gobierno nacional, circunstancia que conlleva la necesaria comprobación. No ocurre lo mismo, en cambio, dada la naturaleza del ingreso, exigir certificación sobre el monto del premio, bastando que, de conformidad con las informaciones generales, el contribuyente indique el monto del pago y la identificación tributaria de quien lo hizo, si a ello hubiere lugar, la cuantía del premio o distinción.

En consecuencia, parcialmente de acuerdo con su Fiscal, la Sala habrá de invalidar la norma acusada, sólo en cuanto dispuso que a la declaración de renta y patrimonio se adjuntara certificación respecto de la persona o entidad otorgantes del premio o distinción y sobre la clase de los mismos.

Numeral 15 acusado.

El numeral 15 previene que los contribuyentes que declaren renta o ingresos exentos sobre los cuales el Decreto 080 de 1984 no exija prueba específica, deberán probar las circunstancias que los hace acreedores a la exención respectiva.

Es de observarse, como lo tiene afirmado el actor y lo respalda la Fiscalía, que el numeral anterior consagra un principio diferente del legal contenido en los artículos 33 de la Ley 52 de 1977 y numeral 2º del Decreto-ley 3808 de 1982, según se ha visto, y en virtud de los cuales se establece presunción de veracidad respecto de los hechos consignados en la declaración tributaria, cuando no se haya solicitado comprobación especial ni la ley lo exija, por no derivarse de su alcance.

La Sala considera que asiste razón a los señores demandantes y colaboradora Fiscal, pues el texto del artículo 33 de la Ley 52 de 1977 es claro al disponer que se presumen ciertos los hechos consignados en las declaraciones de renta o ventas, cuando no se haya solicitado una comprobación especial, ni la ley la exija.

El numeral 15 acusado, sienta, en efecto, principio opuesto al de la ley, sin que, en concreto, la disposición de ésta o de su contenido, que regulara un caso preciso, pudiera justificar la reglamentación en el sentido adoptado.

Igual transgresión cabe deducir de lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto 3803 de 1982.

Prospera el cargo.

Numeral 25 del artículo acusado.

Estiman los actores que al exigir el reglamento la presentación, junto con la declaración de renta y patrimonio, de copia del balance certificado presentado a la Administración y de los asientos contables en los cuales se haya reajustado la amortización de la pérdida, por reconocer su compensación, se quebranta el artículo 23 de la Ley 9ª de 1983, que no exige tal presentación, y que tales compensaciones no se refieren a las que correspondan a pérdidas comerciales.

La colaboradora Fiscal estima que asiste razón a la actora, pues la ley no condiciona su operancia a la presentación de los certificados establecidos por el reglamento.

La Sala estima que no asiste razón a la parte impugnadora, pues basta la afirmación del contribuyente sobre pérdidas compensables, con base en la información suministrada a otras dependencias del Estado, para que su afirmación produzca efecto en favor propio.

Pues, ha de prosperar este cargo y así habrá de declararse.

Numeral 29 del artículo acusado.

El artículo 13 de la Ley 20 de 1979 estableció que las sociedades podían deducir de su renta el valor de inversiones que hubieran realizado en el respectivo año gravable en acciones de nuevas sociedades anónimas, o en la suscripción de nuevas emisiones de sociedades anónimas ya existentes, que incrementara capital para la realización

de ensanches, y el reglamento prescribe que para reconocer esa deducción deben presentarse, dentro de las declaraciones, certificaciones de la sociedad anónima receptora de la inversión.

El reglamento exige, para la admisión de la deducción, certificación del revisor fiscal de la sociedad receptora en el cual consta que la misma se encontraba comprendida en algunas de las áreas señaladas por el CONPES y, si fuere el caso, sobre el incremento de capital para la realización de ensanches, como lo previó la Ley 20 de 1979.

Estima la Fiscalía que, como en el caso del numeral 6º, el 29 es una transcripción de los artículos 18 del Decreto 2595 de 1979 y 6 del Decreto 3507 de 1981, por lo cual, para que la sentencia no resulte írrita debieron haber sido parcialmente acusados y propone, de consiguiente, fallo inhibitorio.

En caso de ser diferente la posición de la Sección sobre el tema anotado, juzga ilegal el numeral acusado.

No comparte la Sección el pensamiento de los demandantes ni de su Agente Fiscal, pues es claro que, para efectivizar la aplicación sustantiva que consagra un derecho sujeto a condiciones precisas, bien podía la mentada norma exigir la prueba indicada en el numeral 29, todo ello no sólo por desprenderse de la naturaleza de la disposición, sino además, de acuerdo con el artículo 67 del Decreto 1651 de 1961.

Y ello, por cuanto la afirmación no es un hecho que dependa y le consta sólo al contribuyente, sino que implica un supuesto: La toma de decisión por el CONPES a que se refiere la ley.

No prospera, pues, el cargo.

Numeral 32 del artículo acusado.

El reglamento acusado exige que para la admisión de la deducción correspondiente al monto de intereses pagados para amortizar préstamos hipotecarios para vivienda por personas no sometidas a la supervisión del Estado, se debe adjuntar certificación a ese respecto expedida por el beneficiario de los intereses y fotocopia auténtica de la escritura de hipoteca correspondiente.

Como según el actor, de acuerdo con el Decreto legislativo número 2053 de 1974, sólo se exige la aludida certificación por parte de las entidades sometidas al control de la administración, estima que el numeral acusado viola aquella norma contenida en el artículo 47 de ese estatuto.

La señora Fiscal Sexta de la Corporación, no comparte íntegramente la apreciación de los demandantes, pues estima que sólo procede la nulidad del inciso 2º del numeral 32.

La norma original previene que los intereses que se pagan a otras personas o entidades, únicamente son deducibles en la parte que no exceda de la tasa más alta y que se haya autorizado cobrar a los establecimientos bancarios.

La Sala de acuerdo con el concepto fiscal estima que el reglamento estableció una condición para reconocer la exención indicada en la hipótesis descrita, que no contempló la ley y por tanto la excedió.

Prospera, de consiguiente el cargo.

Numeral 38 del artículo acusado.

El artículo 69 del Decreto 2053 de 1974, autorizó a los contratistas de servicios autónomos, establecer la renta líquida por varios procedimientos, uno de los cuales estribaba en diferir los costos y deducciones efectivamente incurridos, o elaborar, al comienzo de la ejecución del contrato, un presupuesto, el cual debía estar suscrito por profesional de la arquitectura, o de la ingeniería o especializado en la materia, con licencia para ejercer.

El reglamento dispone que a la declaración de renta debe adjuntarse copia auténtica del presupuesto.

La demandante estima desbordada, por ello, la ley reglamentada.

La Fiscalía, por las razones ya vistas, estima procedente fallo inhibitorio sobre este particular, pues igual norma se contiene en el artículo 88 del Decreto 187 de 1975, no demandado.

La Sala estima procedente fallar de fondo éste como otros casos en los cuales se le ha formulado invitación semejante, pues si bien es cierto que la norma acusada se contiene en otro cuerpo de disposiciones no demandadas, es útil pronunciarse sobre su ilegalidad en el Decreto concretamente impugnado, amén de que razones prácticas lo hace aconsejable, particularmente cuando ese decreto y no el otro no acusado, aunque de igual o semejante contenido, ha servido de fundamento a la administración para definir situaciones particulares, respecto de las cuales su invocación no podría tener efecto.

La tesis según la cual no es útil pronunciarse, puede ser una tesis de política jurisprudencial, pero no legal, pues la ley no permite al fallador abstenerse de definir una cuestión por la circunstancia anotada.

En cuanto al fondo de este asunto, relativo al numeral 38, la Sala considera que el reglamento no desbordó la ley al exigir la presentación del presupuesto correspondiente, pues en aquella se exige que para que el documento produzca el efecto favorable al contribuyente debe estar suscrito por el ingeniero, arquitecto o profesional especializado en la materia, lo que obviamente, debe ser verificable directamente por la administración.

No prospera, a juicio de la Sala, el cargo.

Numeral 40, artículo acusado.

Ni de las disposiciones de la Ley 20 de 1979 (art. 14), ni del Decreto-ley 3410 de 1983, se desprende que para estimar los resultados de los contratos de cuentas en participación en esa actividad sea menester adjuntar las copias de los contratos correspondientes, cuya presencia o escrituración frecuentemente no se presenta, como lo sostiene la observación del comportamiento social de la comunidad.

De modo que existe razón tanto del actor, como a la distinguida colaboradora Fiscal, en el sentido de que el reglamento, al disponer lo que no halla respaldo legal, debe ser anulado.

Prospera el cargo.

Numeral 55 del artículo acusado.

El Decreto 231 de 1983 sólo exigió en su artículo 8º que para la aceptación de los gastos efectuados en el exterior que tuvieran relación de causalidad con rentas de fuente dentro del país, el contribuyente debía acompañar a su declaración de renta y patrimonio, comprobante de consignación de lo retenido a título de impuesto de remesas, si lo pagado o abonado en cuenta constituía para el beneficiario ingreso gravable en Colombia y cumplir las demás normas entonces vigentes.

La propuesta de decisión inhibitoria que formula la Agencia Fiscal, por no haberse demandado también el artículo 5º del Decreto 231 de 1983, merece a la Sala consideración semejante a las otras sostenidas sobre el particular.

Sostienen los actores que al disponer el reglamento acusado en el artículo 16, numeral 55 que a la declaración de renta se adjuntara copia de los contratos que impliquen situación de recursos en el exterior y certificado de cada uno de los contratistas sobre la parte del precio correspondiente a los trabajos o servicios inherentes al contrato que deben ser prestados en el exterior, se desbordó el marco de la ley, por ello procede la anulación.

Diferente es la hipótesis prevista en el inciso final del artículo 5º del Decreto 231 de 1983, según el cual, no habrá retención sobre los pagos o abonos en cuenta que no correspondan a rentas o ganancias ocasionales de fuente nacional, hecho que deberá demostrarse, cuando así lo exija la Dirección General de Impuestos Nacionales, y que sirve de fundamento a la Fiscalía para solicitar se despachen desfavorablemente en ese caso las súplicas de la demanda.

No prospera el cargo.

Numeral 59, artículo acusado.

La reglamentación exige presentar con la declaración de renta y patrimonio copia del acto de la Junta de Socios de las sociedades de responsabilidad limitada o asimilada, en las cuales se haga constar que se dispone contabilizar como pasivo externo la totalidad o parte de las utilidades obtenidas durante el año, y al respecto los actores estiman que se viola el artículo 124 del Decreto-ley 2053 de 1974, el cual sólo exige que se efectúe la retención del impuesto en la fuente y que se conserven los documentos sobre pago durante el término que tiene la administración para sustituír la liquidación privada.

La Agencia Fiscal, luego de historiar la evolución legislativa en la materia, sostiene que de los textos legales se infiere que bien podía el reglamento establecer la exigencia anotada.

Le parece a la Sala ajustada a derecho la apreciación de la distinguida colaboradora Fiscal, pues, como ella lo afirma, desde el De-

creto 2053 de 1974 la ley dispone la conservación de los comprobantes por el tiempo previsto para la revisión oficiosa, por lo cual bien podía exigirlos con ocasión de la presentación del denuncio rentístico.

Por ello no prospera el cargo.

Numeral 62 del artículo acusado.

Dispone que las empresas editoriales para gozar de la exención del impuesto de renta y complementario de que trata el artículo 9º de la Ley 34 de 1973, deben adjuntar a su declaración de renta copia o fotocopia auténtica de la escritura de constitución y certificación del Ministerio de Educación Nacional, en la cual conste que la actividad u objeto social corresponde exclusivamente a la edición de libros, condición establecida en la ley para gozar del beneficio.

El actor estima que en la ley no aparece, esa exigencia y que para gozar del beneficio basta afirmar los hechos que dan lugar a éste en el formulario de la declaración de renta y patrimonio.

La Sala estima que la afirmación del contribuyente respecto a la actividad exclusiva de edición de libros, revistas o folletos de carácter científico o cultural, no basta por sí sola para demostrar el hecho, y que el reglamento bien podía exigir la certificación aludida por parte del Ministerio de Educación Nacional, así como es indispensable la escritura de constitución de la sociedad, para establecer el supuesto de hecho que da lugar a la exención.

Comparte la Sala el concepto de su colaboradora Fiscal, en cuanto estima que el contribuyente está obligado a probar las circunstancias de que es merecedor a la exención.

No prospera el cargo.

Numeral 65, artículo acusado.

Por éste se establece que para gozar de la exención de sumas percibidas por derechos de autor se exige que en la declaración de renta se incluya copia o fotocopia auténtica del correspondiente contrato o el registro de propiedad del respectivo título de derecho de autor.

Los demandantes creen que la ley no exige que esa prueba tenga que estar "contenida" en la declaración de renta y patrimonio, al así disponerlo el reglamento, viola la ley.

Acorde con su colaboradora Fiscal y el impugnador, la Sala habrá de denegar la pretensión a que aspiran los actores, pues la propia Ley 32 de 1983 dispuso que las exenciones a que se refiere el artículo 3º de la referida ley debían comprobarse por medio del contrato de edición y el registro de propiedad del título de autor, por lo cual, sin excederla ni contrariar los principios esgrimidos por el demandante, el reglamento bien podía precisar la oportunidad y forma de presentación de la prueba.

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º *Decláranse* nulos los numerales 15, 25, 32 y 40 del artículo 16 del Decreto número 0080 de 1984, proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2º El numeral 14 del citado Decreto 0080 de 1984, se anula en cuanto ordena adjuntar "certificación expedida por la persona o entidad otorgante del premio o distinción en la cual consten la clase y monto de los mismos y". En lo demás, queda vigente el mencionado numeral.

3º Deniéganse las demás súplicas de la demanda entablada por los señores Carlos Alfredo Ramírez Guerrero y Alvaro Hernando Gama Beltrán.

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

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

Consuelo Sarria Olcos, Hernán Guillermo Aldana Duque, Carmelo Martínez Conn, Ausente; *Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

INDUSTRIA CINEMATOGRAFICA COLOMBIANA.— FONDO DE DESARROLLO CINEMATOGRAFICO.

Destinación de los recursos de la cuenta especial de éste.

Prohibición constitucional de decretar a favor de ninguna persona o entidad, gratificaciones, pensiones ni otra erogación que no esté destinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley preexistente, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 76 inciso 18 de la Carta Política.

DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 12 del Decreto legislativo número 0131 de 1987 (enero 23) del Ministerio de Comunicaciones.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., trece de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Expediente número 746. Actor: Guiomar Sanín Posada.

En nombre propio solicita la parte actora que se decrete la nulidad del artículo 2º del Decreto 0131 de 1987 (enero 23), expedido por el Ministerio de Comunicaciones, "por el cual se desarrolla la Ley 9ª de 1942 y se reglamenta el artículo 15 de la Ley 55 de 1985". Solicita además, que se decrete la suspensión provisional de la norma acusada.

En atención a que la demanda reúne los requisitos y formalidades legales, será admitida. Por consiguiente, se procede a estudiar el segundo pedimento, así:

Suspensión provisional:

Bajo este título, que hace parte del contexto de la demanda, se solicita la suspensión provisional del artículo acusado por cuanto, se afirma, esta norma o artículo 2º del Decreto 0131 de 1987, en forma clara, ostensible y palpable, viola el artículo 78, ordinal 5º de la Carta, que dice lo siguiente:

"Es prohibido al Congreso y a cada una de sus Cámaras:

"1º .....

"2º .....

"3º .....

"4º .....

"5º Decretar a favor de ninguna persona o entidad gratificaciones, indemnizaciones, pensiones ni otra erogación que no esté destinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley preexistente, salvo lo dispuesto en el artículo 76, numeral 20".

Por su parte, la norma acusada dice así:

"Artículo 2º Los recursos de la cuenta especial denominada Fondo de Desarrollo Cinematográfico, serán destinados por la Compañía de Fomento Cinematográfico, Focine, a los siguientes objetivos:

"a) Concesión de estímulos a los productores de largometrajes colombianos, hasta un sesenta por ciento (60%);

"b) Adquisición y comercialización de cortometrajes colombianos hasta un veinticinco por ciento (25%);

"c) Concesión de estímulos a las Salas de Exhibición Cinematográfica que proyecten largometrajes colombianos hasta en un siete por ciento (7%);

"d) Concesión de estímulos a las salas de exhibición cinematográfica que proyectan largometrajes de cine-arte, previamente considerados como tales mediante resolución del Ministerio de Comunicaciones, hasta un tres por ciento (3%);

"e) Concesión de otros estímulos e incentivos para el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica colombiana, hasta un cinco por ciento (5%). La Compañía de Fomento Cinematográfico, Focine, podrá disponer de este porcentaje para incrementar uno (1) o más de los señalados en los literales que anteceden".

El artículo 15 de la Ley 55 de 1985 (reglamentado por el Decreto contentivo de la norma acusada) creó un gravamen del 16% del valor neto de la boleta de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica, para el fomento de dicha industria (inciso 1º), y dispuso que el 8.5 del mencionado 16% "ingresaran a una cuenta especial denominada Fondo de Fomento Cinematográfico, la cual será administrada por la Compañía de Fomento Cinematográfico, FOCINE, en los términos que señale el Gobierno. La porción que se reasigna de los ingresos del Fondo se utilizará exclusivamente para el financiamiento de programas culturales y artísticos" (inciso 2º).

Y, en su orden, los incisos 3º y 4º dispusieron lo siguiente:

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

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

Resultó que los anteriores incisos fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia, según fallo del 11 de septiembre

de 1986, puesto que "...los impuestos solamente pueden beneficiar al patrimonio del Estado, o de las entidades que a su nombre prestan servicios públicos a la comunidad". Y concluye que lo establecido en dichos incisos son meras liberalidades del legislador, y "las gratificaciones son prohibición taxativa que el Constituyente le ha impuesto al Congreso para otorgarlas a cualquier persona o entidad, en el artículo 78 ordinal 5º de la Carta. Como las rentas destinadas en los incisos 3 y 4 del artículo 15 de la Ley 55 de 1985, son una gratificación según quedó expuesto, la Corte los considera inexequibles".

Así las cosas, procede la suspensión provisional de la norma acusada por cuanto, de conformidad con el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, en la presente acción de nulidad se observa la existencia de una manifiesta violación del artículo 78 ordinal 5º de la Carta; violación que se puede percibir a través de una sencilla comparación entre ésta y la norma, la cual claramente percibe o toma como recursos del Fondo de Desarrollo Cinematográfico, los restantes siete y medio puntos (7.5) que el artículo 15 de la Ley 55 de 1985, a través de sus incisos 2º y 3º, destinó como gratificación al productor, distribuidor y exhibidor de corto y largometrajes colombianos; recursos estos que la norma en referencia (la acusada) aplica a las mismas personas del sector privado, como si no existiere el aludido fallo de inexequibilidad, o sea con clara violación del artículo 78 ordinal 5º de la Carta, que prohíbe decretar a favor de ninguna persona esas gratificaciones.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se resuelve:

1º Admitir la demanda de nulidad y disponer, al efecto lo siguiente:

a) Notifíquese personalmente este auto al señor Fiscal Primero de la Corporación;

b) Notifíquese igualmente en forma personal este proveído al Ministro de Comunicaciones, como representante de la Nación, 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 del acto acusado.

2º Decretar la suspensión provisional del artículo 2º del Decreto número 0131 de 1987 (enero 23) del Ministerio de Comunicaciones.

Notifíquese.

Luis Antonio Alvarado Pantoja.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA.—

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de las palabras "previamente" y "ante el Ministerio de Trabajo", contenidas en el numeral 2º del artículo 5º del Decreto 1376 de 1966, dispuesto por el Consejo de Estado por auto del 27 de febrero de 1984.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., trece de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Proceso número 1656. Decretos del Gobierno. Actor: Alberto León Gómez Zuluaga. Acción de nulidad.

El ciudadano abogado Alberto León Gómez Zuluaga obrando en su propio nombre, ejerciendo la acción que describía el artículo 66 de la Ley 167 de 1941 vigente para la época en que fuera incoada —hoy regida por el artículo 84 del Decreto-ley 1 de 1984—, solicita ante el Consejo de Estado la nulidad del inciso segundo del artículo 5º del Decreto 1373 de 1966, en cuanto excede la potestad reglamentaria respecto al artículo 9º del Decreto legislativo 2351 de 1965, elevado a la categoría de legislación permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968.

La disposición reglamentaria ahora demandada es del siguiente tenor: "Cuando previamente se compruebe ante el Ministerio de Trabajo que el patrono en forma ilegal ha retenido o disminuído colectivamente los salarios de los trabajadores, la cesación de actividades de estos será imputable a aquél, y dará derecho a los trabajadores para reclamar los derechos correspondientes al tiempo de suspensión de labores".

A su vez, la norma reglamentada dice a la letra: "Así mismo, cuando se compruebe que el patrono en forma ilegal ha retenido o disminuído colectivamente los salarios de los trabajadores, la cesación de actividades de estos será imputable a aquél y dará derecho a los trabajadores para reclamar los salarios correspondientes al tiempo de suspensión de labores".

Estima, pues, la parte actora que el acto administrativo que acusa es, como se ha indicado, violatorio del artículo 9º del Decreto 2351 de 1965 y, de contera, del artículo 120, numeral 3º de la Constitución Política.

Recuerda igualmente el libelista demandante que ya anteriormente el Decreto 2351 de 1965 había sido reglamentado, de manera parcial, por el Decreto 1373 de 1966. El indica finalmente, en el capítulo destinado a "hechos fundamentales", que "al señalar elementos de oportunidad y competencia el artículo 5º del Decreto reglamentario excede su potestad reglamentaria" (sic).

Cabe anotar que el accionante impetró la suspensión provisional de ese inciso demandado y transcrito *ut supra*, petición que fue aceptada por el consejero conductor del proceso por medio de auto de fecha veintisiete de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (fls. 6 a 10).

Por último, el asunto ha sido reconstruído al tenor del Decreto extraordinario 3825 de 1985 —27 de diciembre—, por providencia de siete de noviembre de mil novecientos ochenta y seis, la que situó el proceso (ordinal 3º) en la etapa de dictación de sentencia para el momento de su destrucción durante los dolorosos acontecimientos del 6 y 7 de noviembre de 1985. Por ello no aparece concepto fiscal, por cuanto no pudo ser allegada su copia; tampoco hay alegato de partes.

Consideraciones de la Sala:

I. Como cuestión previa, es pertinente la argumentación que sirvió de soporte para suspender el numeral 2 del artículo 5º del Decreto reglamentario 1373 de 1966, "en cuanto dispone que la comprobación de que trata se haga 'previamente' 'ante el Ministerio de Trabajo' ".

Reza:

"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 aquel 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.

"En este caso la ley, o sea, el Decreto legislativo 2351 de 1965, establece en su artículo 9º que 'cuando se compruebe que el patrono en forma ilegal ha retenido o disminuído colectivamente los salarios de los trabajadores, la cesación de actividades de estos será imputable a aquél y dará derecho a reclamar los salarios correspondientes al tiempo de suspensión de labores'. No dispone esta norma que para poder reclamar los salarios correspondientes al tiempo de la cesación colectiva de actividades sea indispensable demostrar previamente ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que ella obedeció a la retención o disminución colectivas de salarios de los trabajadores por parte del respectivo patrono. Es posible hacer esa demostración ante dicho organismo público; pero también se puede hacer ante una autoridad del orden jurisdiccional, dentro de un proceso judicial, como se desprende de los términos sin restricciones de la norma legal.

"La regla del Decreto reglamentario no está contenida ni siquiera en forma tácita en la ley, no corresponde a su letra ni a su espíritu. La disposición reglamentaria desborda, pues, los límites de la correspondiente potestad, viola de manera ostensible la norma legal reglamentada y, por consiguiente, procede la suspensión de sus efectos".

II. Un estudio armónico y coordinado de los artículos 76 y 120 de la Constitución Política permite identificar, de manera prístina, la función legislativa y la función administrativa y los alcances respectivos que rodean a una y a otra en el derecho público colombiano.

Esas normas demarcan la esencia y la naturaleza que distinguen la función legislativa y la función administrativa y, por ende, dentro de ésta, la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República como máxima autoridad en dicha esfera. Y es ello sumamente importante para entender hasta dónde va aquélla y dónde comienza ésta, dado que ambas se traducen en reglas de carácter jurídico, van guiadas o tienen como fin regular el orden del Estado, producen efectos similares, tienen igual fuerza obligatoria y son aplicables, una y otra, por los tribunales. Así, tanto las disposiciones legales como las reglamentarias versan sobre cuestiones generales, impersonales y objetivas, mas, como es claro, estas han de estar

subordinadas a aquellas en su lógica y en su espíritu, pues no pueden condicionarla ni derogar sus postulados; pero en cuanto a la materia, es de entender que el reglamento debe tener su cimiento en la ley que pretenda reglamentar. Como se observa, lo sobresaliente en el tópico que ahora ocupa a la Sala, es la preponderancia, primacía o hegemonía de lo legislativo respecto a lo reglamentario, dado que la función legislativa descansa en el hecho histórico de que los grandes creadores del Estado liberal, los que a su turno dieron paso al hoy denominado Estado de Derecho, entendieron y estimaron conveniente que los grandes temas del orden jurídico fueran sometidos a corporaciones de diputación popular, como son los parlamentos, congresos, cortes, asambleas, dietas, cámaras y otros nombres que se fueron acuñando progresivamente y según el sistema adoptado; así se creyó quedaban protegidas las denominadas garantías individuales reconocidas por la Constitución o Carta magna. En la actualidad, si bien esos postulados han sufrido mengua o eclipse, la primacía, predominio, preferencia o hegemonía de la función legislativa respecto a la función reglamentaria, se condensa en la llamada "pirámide de Kelsen", a cuyo tenor la cúspide a la que convergen los lados imaginarios del cuerpo está ocupada por la Constitución y de ella emana la función legislativa, que ha de estar acorde con lo que, en virtud de ello, desarrolla, ocupando el siguiente plano la función reglamentaria que corresponda al jefe del Gobierno o del Estado; esta última debe enfocar su actividad hacia la expedición de disposiciones generales que permiten la ejecución del ordenamiento superior. Por esto la doctrina y la jurisprudencia colombiana han definido la potestad reglamentaria del Presidente de la República como una norma de carácter general para ejecutar cumplidamente las leyes, y en contraste, ha de tenerse como fruto de la función legislativa toda "declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional", sea que ella emane del Congreso o del Gobierno por querer de aquél (ordinal 12, art. 76 de la C. N.). o por facultad extraordinaria emanada de la Carta (arts. 121 y 122, *ibídem*).

III. Ahora bien, como se ha visto *ut supra*, el consejero conductor del proceso suspendió provisionalmente lo que implica oportunidad y competencia en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto 1373 de 1966, es decir, el adverbio *"previamente"* y la frase "ante el Ministerio de Trabajo" por estimar que con ellos desborda el querer de la norma reglamentada, la cual no somete a ninguno de esos requisitos la comprobación de la retención o la disminución colectiva de los salarios de los trabajadores por parte del patrono.

Conviene, para mayor claridad de lo que ahora juzga la Sala, cotejar el artículo 9º del Decreto legislativo 2351 de 1965 con el segundo numeral del artículo 5º del Decreto reglamentario 1373 de 1966. Son, respectivamente, del siguiente tenor:

a) Artículo 9º Decreto-ley 2351 de 1965: "Cuando se compruebe que el patrono en forma ilegal ha retenido o disminuído colectivamente los salarios de los trabajadores, la cesación de actividades de estos será imputable a aquél y dará derecho a los salarios correspondientes al tiempo de suspensión de labores";

b) Artículo 5º (numeral 2º) Decreto reglamentario 1376 de 1966:

"Cuando *previamente* se compruebe ante el *Ministerio de Trabajo* que el patrono en forma ilegal ha retenido o disminuído colectivamente los salarios de los trabajadores, la cesación de actividades será imputable a aquél y dará derecho a los trabajadores para reclamar los salarios correspondientes al tiempo de suspensión de labores" (Subrayas fuera del texto; corresponden a lo suspendido provisionalmente por auto de 27 de febrero de 1984).

Pero en verdad, a ojos de la Sala, el Decreto reglamentario, al agregar las palabras "previamente" y "ante el Ministerio de Trabajo" simplemente indicó unos medios jurídicos para poder lograr que la norma legislativa tuviese efectividad, sin que ello traiga consigo una violación del mandato de ésta. Si la ley no se ocupa de reglar cuestiones de tanta importancia como la oportunidad y la competencia, el Gobierno, ejerciendo la potestad reglamentaria, bien puede hacerlo, puesto que de ella ha de hacer uso *"para la cumplida ejecución de las leyes"* según reza el ordinal 3º del artículo 120 de la Carta fundamental.

Como es bien sabido, la oportunidad es uno de los carácteres que deben rodear el acto administrativo. Ella hace vocación al tiempo durante el cual debe tener lugar el ejercicio de una facultad dada, lo que cobra mayor relieve cuando de sanciones se trata. Es claro que imputar una cesación de actividades a alguien, en el caso *sub júdice* al patrono, envuelve una sanción, un motivo determinante para dar derecho a los trabajadores "para reclamar los salarios correspondientes al tiempo de suspensión de labores". Haber señalado que la comprobación de la retención o de la disminución de los salarios ha de hacerse "previamente" para que de ella surja la declaratoria de que las dichas retención o disminución es *ilegal,* que es una causa de la cesación de actividades y, por ende, da lugar al reclamo de los salarios "correspondientes al tiempo de suspensión de labores". La oportunidad es un carácter del acto administrativo que debe estar siempre acordado por el orden jurídico, de tal suerte que nunca puede haber ausencia total de fundamentación normativa en cuanto a ella atañe y, por ello, cuando la ley no lo ha indicado, es el Gobierno quien, ejerciendo la potestad reglamentaria, ha de reglamentarlo.

Algo semejante ha de sostener la Sala en lo que hace a la competencia, expresada mediante la frase "ante el *Ministerio de Trabajo"* por el numeral 2º del artículo 5º del Decreto reglamentario acusado. Según entiende la doctrina, igual que la ley, la competencia es la *"aptitud legal"* de los órganos públicos para poner en obra las atribuciones y facultades que le corresponden vista a los fines de la actividad estatal. Es una de las consecuencias de la organización administrativa, pues a través de ella se materializan esas facultades. Si el legislador no precisó órgano competente para un determinado asunto, para que pueda precisarse, bien puede el Gobierno, haciendo uso de la potestad reglamentaria que le otorga la Constitución, mostrar cuál es el órgano dotado de la atribución para aplicar la norma, sin que ello signifique que ha ido más allá del mandato legal correspondiente.

IV. No habiendo entonces quebranto del artículo 9º del Decreto legislativo 2351 de 1965 ni tampoco del ordinal 3º del artículo 120

de la Constitución, habrá de denegarse las súplicas de la demanda, y, de contera, habrá que revocar la suspensión provisional que las palabras arriba indicadas, hizo el auto de veintisiete de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro.

Por todo lo cual el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Revócase la suspensión provisional de las palabras *"previamente"* y "ante el *Ministerio de Trabajo"* contenidas en el numeral 2º del artículo 5º del Decreto 1376 de 1966, dispuesta por auto de veintisiete de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro.

Segundo. Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 8 de abril de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

REGLAMENTO CONSTITUCIONAL.—

Lo constituye el Decreto del señor Presidente de la República que efectuó la distribución de los negocios entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos.

Allí no hay sujeción a ley alguna que confiere previamente autorizaciones (art. 132 de la C. N.).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintidós de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyectó: *Doctor Nelson Zuluaga Ramírez.*

Referencia: Expedientes números 396-420 acumulados. Decretos del Gobierno. Actor: Carlos Alberto Navia Raffo.

Solicitó el ciudadano Carlos Alberto Navia Raffo, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, "se declare la nulidad del acto administrativo de carácter general contenido en el Decreto 1941 de 19 de junio de 1986".

El acto acusado:

Dictó el Presidente de la República, con la firma del Ministro de Hacienda y Crédito Público y del Ministro de Desarrollo Económico, el Decreto 1941 de 1986, "por el cual se asignan unas funciones al Ministerio de Desarrollo Económico", y actuando "en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 132 de la Constitución Nacional", por el cual dispuso:

"Artículo 1º Asígnase al Ministerio de Desarrollo Económico las funciones de vigilancia y control que le fueron otorgadas a la Superintendencia Bancaria sobre las siguientes personas e instituciones:

"a) Personas naturales y jurídicas dedicadas a la actividad de enajenación de inmuebles destinados a vivienda, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 66 de 1968 y en el Decreto 2610 de 1979, con excepción de las sociedades fiduciarias que adelanten proyectos de enajenación de inmuebles en desarrollo de negocios de fideicomiso, cuya vigilancia integral se conserva en la Superintendencia Bancaria;

"b) Bolsas de Productos Agropecuarios y Comisionistas de tales Bolsas, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 16 de 1936 y el Decreto 0789 de 1979;

"c) Consorcios Comerciales, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1970 de 1979;

"d) Fondos Mutuos de Inversión de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2968 de 1960;

"e) Corredores Independientes de Valores, de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 2964 de 1960 y 0482 de 1961.

"Parágrafo. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las funciones asignadas en el literal a) del presente artículo.

"La Superintendencia de Sociedades ejercerá las funciones asignadas en los literales b) y c) del presente artículo.

"La Comisión Nacional de Valores ejercerá las funciones asignadas en los literales d) y e) del presente artículo.

"Artículo 2º Las entidades mencionadas en el parágrafo del artículo anterior ejercerán las funciones que se les atribuyen en el presente Decreto, en los mismos términos previstos para la Superintendencia Bancaria en las disposiciones legales citadas para cada caso en el artículo anterior y demás normas reglamentarias, y contarán con los mismos recursos y facultades que a través de dichas disposiciones le fueron asignadas a la citada entidad para el cabal cumplimiento de tales funciones.

"Artículo 3º El presente Decreto rige a partir de la fecha en que sea publicado el Decreto que adopte la planta de personal necesario para las dependencias del Ministerio de Desarrollo Económico, a las cuales se les asignan funciones, puedan desarrollarlas a cabalidad, y modifica las normas que le sean contrarias".

La demanda:

Dice en esencia el actor que la competencia para expedir las disposiciones de que trata el Decreto 1941 de 1986 radica exclusivamente en la Rama Ejecutiva del Poder Público, toda vez que el Presidente no había sido investido al respecto de facultades extraordinarias por el Congreso y no existe por otra parte "ley alguna que faculte al Presidente de la República para expedir el Decreto reseñado" y de ahí que alegue "una facultad constitucional para expedir las normas acusadas".

Como normas violadas, cita las que a continuación se transcriben: "La Constitución Nacional establece, en su artículo 2º que los poderes públicos se ejercen en los términos que ella misma establece. Más adelante, nuestra Carta Fundamental, en su artículo 55, establece la separación de poderes, y, en los artículos 68 a 113 regula todo lo relativo al Congreso y del 114 al 135 regula lo relativo a la Rama Administrativa del Poder Público, en su aspecto nacional, en concreto, las funciones del Presidente de la República y la creación de los Ministros del Despacho. Es decir, lo relativo al Gobierno nacional".

Concretando el concepto de la violación, invoca el ordinal 10 del artículo 76 de la Carta, del cual deduce que "corresponde al legislador, y no al Ejecutivo, regular los aspectos contemplados en el artículo 132 de la Constitución Nacional". Añade que han sido además violadas las normas contenidas en los artículos 1º y 8º del Decreto 1050 de 1968, ya que, "como la norma acusada se refiere a la facultad de distribuir negocios entre los ministerios según sus afinidades, pues el texto del Decreto se basa en esas afinidades para cambiar del Ministerio de Hacienda al Ministerio de Desarrollo Económico unas funciones. Pero al hacer lo anterior, se pasa por alto que las funciones trasladadas están atribuídas a la Superintendencia Bancaria, que por definición legal es un organismo adscrito al Ministerio de Hacienda, pero con autonomía administrativa, es decir, que no son la misma cosa". Añade que el numeral 21 del artículo 120 de la Carta faculta al Presidente de la República para crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio, pero, "todo con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9º del artículo 76". Y, el numeral 9 del artículo 76, atribuye al Congreso la facultad de determinar la estructura de la administración. Conforme a lo anterior, concluye el demandante que "en el Decreto acusado, se varía la estructura de cuatro dependencias de la Rama Administrativa del Poder Público adscritas a dos Ministerios, pues se le quitan atribuciones a la Superintendencia de Industria y Comercio, de Sociedades y la Comisión Nacional de Valores".

En escrito presentado el 26 de agosto de 1986, contentivo de otra demanda, solicitó el ciudadano Manuel Ernesto Ricaurte, también en ejercicio de la acción de simple nulidad, la declaratoria de nulidad del Decreto en estudio, la que fundamenta, en esencia, en las mismas razones jurídicas que sirven de sustento a la primera de las demandas.

Solicitada la acumulación de los dos procesos y tramitado el incidente de rigor, se dispuso en providencia fechada el 16 de mayo de 1987, acumular a este proceso, el distinguido con el número 420, correspondiente a la demanda incoada por el señor Manuel Ernesto Ricaurte.

De conformidad pues con lo ordenado por el artículo 151 del Código de Procedimiento Civil en su inciso final, se decidirán en esta sentencia los dos procesos acumulados.

Impugnación de la demanda:

Se constituyó en parte impugnadora el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, consignando su oposición en escrito visible a folios 26 y siguientes de este proceso, del cual cabe destacar los siguientes apartes:

"Es atribución constitucional propia del Presidente de la República 'la distribución de los negocios, según sus afinidades, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos'. La circunstancia de que en el pasado no se haya utilizado suficientemente dicha competencia no puede llevar a su desconocimiento. Es evidente, que el artículo 132 inciso 2º tiene que tener algún significado en la Carta Constitucional, y, lo que resulta claro es que

corresponde a un plexo de facultades propias del Presidente, de naturaleza típicamente ejecutiva, dirigidas a garantizar la continuidad, eficiencia y racionalidad de la administración pública".

"...Así pues, la distribución de funciones entre los distintos organismos de la Administración Central (Ministerios, Departamentos Administrativos, lo cual incluye a las Superintendencias como dependencias de los primeros), por medio de decretos, es facultad presidencial reconocida por la Constitución, que no está sometida a la ley, sino a la afinidad de los negocios, lo que vale decir que el Presidente puede a su arbitrio distribuir los negocios entre los distintos Ministerios, sin más restricciones que sus afinidades".

Alegato de las partes:

Presentó alegato de conclusión únicamente la señora apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, compendiando así lo básico de su pensamiento:

"...debe destacarse que no se trata de una distribución de funciones entre distintas personas de derecho público. Ni la Superintendencia Bancaria, ni las de Industria y Comercio y de Sociedades, ni la Comisión Nacional de Valores tienen personería jurídica, pues, aunque gozan de cierto grado de Autonomía Administrativa y financiera son dependencias del Ministerio de Hacienda y de Desarrollo, respectivamente. Se trata pues, de una redistribución de funciones que el Gobierno hace en ejercicio de la atribución constitucional señalada en el artículo 132, inciso 2º de la Carta, entre las distintas unidades ejecutoras que pertenecen a una sola persona jurídica que es la Nación. Simplemente funciones a que venía cumpliendo el Ministerio de Hacienda a través de la Superintendencia Bancaria pasa a cumplirlas el Ministerio de Desarrollo o las asume a través de la Superintendencia de Industria y Comercio, de Sociedades y de la Comisión Nacional de Valores".

Concepto Fiscal:

Opina el señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo "que no existió ilegalidad alguna en la expedición del acto demandado", conclusión que apoya en los planteamientos que se transcriben:

"Se trata del Decreto del Gobierno nacional mediante el cual se asignaron al Ministerio de Desarrollo Económico y más específicamente a algunos entes adscritos a dicho Ministerio, las funciones de vigilancia y control que se encontraba ejerciendo la Superintendencia Bancaria, la cual se encuentra adscrita al Ministerio de Hacienda; es decir, en el fondo lo que se hizo fue trasladar los negocios de que conocía indirectamente este último Ministerio al conocimiento del Ministerio de Desarrollo, pero sin que ese traslado haya implicado el cambio de número (no se crea ningún Ministerio ni Departamento Administrativo), ni la nomenclatura (los Ministerios comprometidos

no se ven afectados en lo más mínimo en este aspecto), ni tampoco se varía su orden de precedencia, hechos todos estos que sólo pueden ser llevados a cabo por el Congreso Nacional.

"Si a todo lo anterior se agrega que el artículo 2º del acto demandado consagra que las entidades que adelante van a ejercer las funciones de control y vigilancia deben ejercerlas en los mismos términos en que venía haciéndolo la Superintendencia Bancaria, de acuerdo con las disposiciones legales fijadas para cada una de las actividades vigiladas, v.gr. Ley 16 de 1936, Decreto 0789 de 1979, Ley 66 de 1968, Decreto 2610 de 1970, Decreto 1970 de 1979, Decreto 2964 de 1960 y 0482 de 1961, etc., puede concluirse que el traslado efectuado mediante el acto demandado encuadra en la previsión del inciso 2º del artículo 132 de la Carta (distribución de negocios), que corresponde al Presidente de la República y no en la del inciso 1º (cambio de número, nomenclatura o precedencia), que es del resorte del Congreso".

Consideraciones de la Sala:

El asunto sometido a la decisión de la Sala es bien simple y para dilucidarlo cabe repetir lo dicho por el suscrito Consejero ponente en su auto de 12 de agosto de 1986 en el cual resolvió sobre la suspensión provisional del acto acusado:

"El artículo 132 de la Carta, en el cual se apoyó el señor Presidente de la República para dictar el Decreto acusado, es del siguiente tenor:

" 'El número, nomenclatura y precedencia de los distintos ministerios y departamentos administrativos serán determinados por la ley.

" 'La distribución de los negocios, según sus afinidades entre ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, corresponde al Presidente de la República'.

"Contemplan pues los dos incisos en que se divide la norma constitucional transcrita (art. 132 de la C. N.), dos aspectos totalmente diferentes, que son, en su orden: a) El número, nomenclatura y procedencia (sic) de los Ministerios y Departamentos Administrativos; b) La distribución de los negocios entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos. El primero es, por expreso mandato constitucional, del resorte exclusivo del Congreso. No así el segundo, que constituye un ejemplo típico de reglamento constitucional, lo que quiere decir que en este campo actúa la suprema autoridad administrativa sin sujeción alguna a una ley que previamente le confiere autorizaciones.

"Cuando el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución Nacional se refiere al artículo 132 de la misma codificación, para establecer una atribución reservada al Congreso, no está hablando pues más que de los 'aspectos del servicio público' previstos en el inciso primero de la última de las normas citadas, por cuanto las materias relacionadas con el siguiente inciso, como todas las demás de que tratan los reglamentos constitucionales diseminados a lo largo de la Carta, escapan al control legal.

"Lo que aquí se aprecia a primera vista es que, al asignar el Presidente de la República unas funciones al Ministerio de Desarrollo Económico, actuó con fundamento en inequívocas prerrogativas conferidas por el inciso segundo del artículo 132 de la Carta..."

Es claro que el numeral 10 del artículo 76 es categórico al estatuir que corresponde al Congreso, por medio de ley, "regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los artículos 62, 132..." Pero también es igualmente claro y categórico el ya transcrito inciso segundo del artículo 132 de la Carta al atribuir al Presidente de la República la exclusiva facultad de distribuir los negocios, según sus afinidades, entre los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos. No se pueden escindir caprichosamente los dos incisos en cuestión, como lo hizo el actor, para extraer así consecuencias contrarias al claro texto de la norma constitucional en comento.

La materia tratada en el acto acusado nada tiene que ver con modificaciones de la estructura de "dependencias de la Rama Administrativa", como lo plantea uno de los puntos de la demanda para deducir, erróneamente desde luego, una presunta violación del artículo 76.9 de la Carta. El acto acusado se limita, y ello es de palmaria evidencia, a efectuar una redistribución de negocios o funciones entre dependencias de la administración central, con estricta sujeción a la norma constitucional invocada en su encabezamiento. Ni por asomo se da tampoco el quebranto del Decreto 1050 de 1968, que en su artículo 4º cataloga precisamente a las superintendencias como "organismos adscritos a un ministerio", sobre los cuales por ende recae la atribución presidencial de distribución de negocios.

Son suficientes las precedentes consideraciones para concluir que carecen de todo asidero jurídico las pretensiones de nulidad incoadas.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él,

Falla:

Niéganse las súplicas de las demandas que dieron inicio a los presentes procesos acumulados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 22 de abril de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA.— Contribuyentes.

Sólo puede establecerlos el legislador no un Decreto reglamentario. POTESTAD REGLAMENTARIA.

DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del inciso 2º del artículo 6º del Decreto 1354 de 1987.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veinticinco de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera sustanciadora: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación número 1960. Acción de nulidad y suspensión provisional del inciso 2º del artículo 6º del Decreto 1354 de julio 1º de 1987, del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Actor: Guillermo Forero Mendoza.

El doctor Guillermo Forero Mendoza en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad prevista en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984 solicita se declare la nulidad del inciso 2º del artículo 6º del Decreto reglamentario número 1354 del 17 de julio de 1987.

La demanda reúne los requisitos exigidos por la ley y por ello ha de aceptarse.

El libelista solicita también la suspensión provisional de la norma demandada.

El artículo 6º del Decreto reglamentario número 1354 del 17 de julio de 1987 dice textualmente:

"*Artículo 6º* De conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 75 de 1986, no serán deducibles los costos y gastos de los contribuyentes, cuando correspondan a pagos o abonos en cuenta a favor de sus vinculados económicos que tengan el carácter de no contribuyentes del impuesto sobre la renta.

"Para los efectos del presente artículo, se entenderán como 'no contribuyentes' las personas naturales o jurídicas y las sociedades de hecho, que aun cuando percibieren rentas o poseyeren bienes en Colombia, no se encuentran gravadas con el impuesto sobre la renta.

"De conformidad con el artículo 261 del Código de Comercio y para los efectos de este artículo, se entiende que hay vinculación eco-

nómica cuando entre contribuyentes y no contribuyentes existan intereses económicos, financieros o administrativos, comunes o recíprocos, así como cualquier situación de control o dependencia, salvo cuando el beneficiario del pago o abono sea una entidad oficial o de derecho público.

"*Parágrafo.* Cuando el pago o abono en cuenta corresponda a intereses y demás gastos financieros y sea efectuado por contribuyentes vigilados por la Superintendencia Bancaria, lo dispuesto en el inciso 1º de este artículo se aplicará solamente cuando los rendimientos pagados excedan de la tasa máxima de colocación permitida por las normas pertinentes".

La demanda se refiere solamente al segundo inciso de la norma transcrita, por considerar que viola los artículos 3º, 4º, 5º y 6º del Decreto 2053 de 1974, los artículos 31, 32, 33, 34 y 43 de la Ley 75 de 1986, los artículos 43 y 120 numeral 3 de la Constitución Nacional.

El concepto de la violación, que a juicio del actor, es manifiesta, y por ello pide la suspensión provisional lo hace consistir en el desconocimiento de las normas citadas, las cuales establecen como contribuyentes a las personas naturales, a las personas jurídicas y a las sociedades de hecho, mientras que el decreto presume que no lo son para unos efectos determinados. Presunción que no puede establecerse por Decreto, ya que le corresponde al legislador.

Se afirma también la violación del artículo 43 de la Ley 75 de 1986 reglamentado, por cuanto la norma demandada, presumiendo que las personas naturales, las personas jurídicas y las sociedades de hecho no son contribuyentes cuando no son gravadas con el impuesto sobre la renta, desconoce el carácter que la ley les da de contribuyentes.

Para resolver se considera:

El artículo 43 de la Ley 75 de 1986 establece que no serán deducibles los costos y gastos de los contribuyentes, cuando correspondan a pagos o abonos en cuenta a favor de sus vinculados económicos que tengan el carácter de no contribuyentes del impuesto sobre la renta.

Es clara la norma anterior, cuando se refiere a vinculados económicos *no contribuyentes.*

La norma demandada, Decreto reglamentario 1354 de 1987, al tratar de reglamentar la anterior precisa que para esos efectos se entenderán como *no contribuyentes,* sujetos que de conformidad con las normas citadas como violadas *sí son contribuyentes* del impuesto sobre la renta, como lo son: Las personas naturales, las personas jurídicas y las sociedades de hecho, con lo cual, a juicio de la Sala presenta una manifiesta contradicción entre el Decreto reglamentario y los artículos 3º, 4º, 5º y 6º del Decreto 2053 de 1974, citados como violados.

Por otra parte, cuando el inciso 2º del artículo 6º del Decreto 1354 de 1987 equipara los conceptos de "no contribuyentes" con "sujetos no gravados" con el impuesto sobre la renta, hay manifiesta

violación de las normas citadas como violadas, las cuales establecen quiénes son contribuyentes del impuesto sobre la renta y por exclusión quiénes *no son contribuyentes.*

Tratándose de un Decreto reglamentario, su contenido debe referirse a aquellos aspectos de la norma reglamentada que requieren alguna precisión y desarrollo para su debida ejecución, pero sin que ello implique su modificación o adición.

De conformidad con lo expuesto, a juicio del despacho hay una manifiesta violación de las normas citadas como violadas y por ello procede la suspensión provisional de la norma demandada.

En mérito de lo expuesto *resuelve:*

1º Admítese la demanda.

2º Notifíquese personalmente al señor Fiscal y al Ministro de Hacienda y Crédito Público en los términos del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

3º Fíjese en lista por el término legal.

Decrétase la suspensión provisional del inciso 2º del artículo 6º del Decreto 1354 de 1987.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTOS.— Intereses sobre cesantías del trabajador.

Los intereses generados en las deudas del patrono sobre cesantías de los trabajadores, no son deducibles.

SUSPENDESE PROVISIONALMENTE el artículo 20 del Decreto 0535 del 20 de marzo de 1987, que dice:

"Artículo 2º Para efecto de lo previsto en el artículo 29 de la Ley 75 de 1986, se considera como un gasto laboral y no como gasto financiero, el valor de los intereses sobre cesantías que deben reconocer los patronos a sus trabajadores. En consecuencia, tales intereses podrán ser deducidos en su totalidad de la renta del contribuyente, siempre que cumplan los demás requisitos que para su aceptación exigen las normas vigentes".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente número 1913. Autoridades nacionales. Nulidad de los artículos 2º y 6º del Decreto reglamentario número 0535 de marzo 20 de 1987, que reglamenta parcialmente la Ley 75 de 1986.

El ciudadano Pedro Pulido Pinto, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 17.125.380, en uso de la acción pública de nulidad instituída en el artículo 84 del Decreto-ley número 1 de 1984, solicita de la Corporación que declare la nulidad de los artículos 2º y 6º del Decreto reglamentario número 0535 de 1987. La demanda reúne los requisitos de forma que la ley procesal prescribe y en tal virtud debe admitirse como se dispondrá más adelante.

Solicita también el actor la suspensión provisional de las normas cuya nulidad solicita en el concepto de ser violatorias ostensiblemente de norma superior de derecho.

Se considera:

Los artículos cuya anulación se pide, expresan textualmente:

"Artículo 2º del Decreto reglamentario 0535 de marzo 20 de 1987:

"Para efecto de lo previsto en el artículo 29 de la Ley 75 de 1986, se considera como gasto laboral y no como gasto financiero, el valor

de los intereses sobre cesantías que deban reconocer los patronos a sus trabajadores. En consecuencia, tales intereses podrán ser deducidos en su totalidad de la renta del contribuyente, siempre que cumplan los demás requisitos que para su aceptación exigen las normas vigentes".

En relación con esta norma el actor transcribe el artículo 27 de la Ley 75 que textualmente expresa: "A partir del año gravable de 1986, no constituirá costo ni deducción el componente inflacionario de los intereses y demás costos y gastos financieros, incluídos los ajustes por diferencia en cambio, en el porcentaje que se indica a continuación":

Alega el actor que la norma legal consagra una limitación a los costos y deducciones originados en las erogaciones por intereses y demás gastos financieros que hagan los contribuyentes del impuesto de renta. La violación se concreta en que mientras la norma legal establece una limitación para todos los intereses y gastos financieros, el artículo 2º del Decreto 0535 consagra una excepción para los intereses sobre cesantía a los cuales no afecta la limitación.

Se estudia el cargo:

En verdad de lo expuesto aparece claramente que el artículo 2º acusado (Decreto reglamentario 0537 de 1987) al crear una excepción para los intereses generados en las deudas del patrono sobre cesantía de los trabajadores, contradice el artículo 27 de la Ley 75 de 1986, conforme al cual no es deducible como costo o deducción el componente inflaccionario de los intereses y demás costos y gastos financieros incluidos los ajustes por diferencia de cambio, pues aun cuando la deuda en su origen laboral, el interés que el patrono paga a su trabajador constituye remuneración al capital que recibe tal trabajador por cesantía. Así las cosas debe anularse el artículo en su totalidad.

Y en relación con el artículo 6º del mismo Decreto se tiene:

Dice la norma demandada:

"Para efectos de calcular el valor no constitutivo de renta ni ganancia ocasional de los rendimientos financieros que perciban las personas naturales y sucesiones ilíquidas, a que se refiere el artículo 27 de la Ley 75 de 1986, cuando el contribuyente costos y deducciones por interés y demás gastos financieros, se seguirá el siguiente procedimiento:

"De la sumatoria de los valores certificados como ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional según lo dispuesto en el artículo anterior, el abonador restará previamente las siguientes cifras":

1. El 97.6 de los costos y gastos financieros por concepto de deudas en moneda extranjera, incluído el ajuste por diferencia en cambio, relativo al año gravable de 1986.

2. El 94.76 de los demás costos y gastos financieros en que hayan incurrido en el año gravable de 1986.

En cuanto a la violación que en su concepto contiene el artículo 6º transcrito, el actor transcribe el artículo 27 de la Ley 75 de 1986,

que a la letra dice: "Cuando los contribuyentes a que se refiere el presente artículo soliciten costos o deducciones por intereses y demás costos y gastos financieros dichos costos y gastos serán deducidos previamente para efectos de determinar la parte no gravada de los rendimientos financieros de conformidad con lo previsto en el presente artículo".

Desarrolla el concepto de la violación diciendo que el artículo 27 citado establece una desgravación de la totalidad del componente inflaccionario de los rendimientos financieros obtenidos por personas naturales y sucesiones ilíquidas. Añade que como el contribuyente puede tener ingresos y gastos financieros señala un procedimiento para precisar la parte que se beneficia con la desgravación por el artículo 6º establece un procedimiento distinto que arroja resultados distintos al procedimiento que señala la ley. Y a continuación trae los ejemplos que ilustran su tesis.

A juicio de la Sala en este caso no procede la suspensión provisional del artículo acusado por cuanto ésta supone una contradicción en los términos de las respectivas normas y no como el caso en estudio que se requiere de una elaboración mental para demostrar la contrariedad por los resultados de las normas. En tal virtud, se negará la suspensión provisional del artículo 6º.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala Unitaria,

Resuelve:

1. Admítase la demanda.

2. Suspéndase provisionalmente el artículo 2º del Decreto 0535 de 20 de marzo de 1987, que dice: "*Artículo 2º Para efecto de lo previsto en el artículo 29 de la Ley 75 de 1986, se considera como un gasto laboral y no como un gasto financiero,* el valor de los intereses sobre cesantías que deban reconocer los patronos a sus trabajadores. *En consecuencia, tales intereses podrán ser deducidos en su totalidad de la renta del contribuyente,* siempre que cumplan los demás requisitos que para su aceptación exigen las normas vigentes".

3. No suspender el artículo 6º del mismo Decreto.

4. Notifíquese al Fiscal en la forma legal.

5. Notificar al Sub-director Jurídico de la Dirección de Impuestos Nacionales y al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTO COMPLEMENTARIO DE REMESAS.—

Decreto reglamentario 2579 de 1983, artículo 2º, literal c.

ASISTENCIA TECNICA. Diferenciación con "servicio técnico".

DECRETASE LA NULIDAD de las expresiones "técnicos y"; contenidas en el literal c del artículo 2º del Decreto reglamentario 2579 de septiembre 12 de 1983, expedido por el Gobierno nacional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Magistrada auxiliar: *Doctora Ruth Younes de Salcedo.*

Referencia: Expediente número 1126. Actor: James W.F. Raisbeck contra Gobierno nacional. Autoridades nacionales.

Previa reconstrucción del proceso, se procede a fallar la demanda que, en ejercicio de la acción que establecía el artículo 84 de la Ley 167 de 1941, formuló el doctor James W.F. Raisbeck, con el fin de que la jurisdicción declare nulo el artículo 2º, literal c), inciso 1º del Decreto reglamentario 2579 de 1983, en cuanto incluyó los servicios técnicos dentro de los gravados con el impuesto complementario de remesas a la tarifa del 12%, concepto que, según la ley reglamentada, se encuentra dentro de "los demás" gravados en el literal g) del artículo 46 de la Ley 9ª de 1983, con la tarifa del 1%.

Sostiene el actor que el Gobierno nacional, al expedir la disposición reglamentaria impugnada, extralimitó la facultad que le otorga el artículo 120, ordinal 3º de la Constitución Nacional y el artículo 46 de la Ley 9ª de 1983, que dijo reglamentar.

Dan cuenta los antecedentes allegados para los fines de la reconstrucción, de que al admitir la demanda se dispuso suspender provisionalmente la norma acusada, suspensión que fue confirmada (fls. 77 a 82 y 94 a 97), con el principal argumento de que la norma reglamentada (Ley 9ª de 1983, art. 46) habla de prestación de servicios de asistencia técnica, en tanto que la reglamentada y acusada (Decreto 2579 de 1983, art. 2º, literal c) se refiere a "prestación de servicios técnicos y de asistencia técnica, lo cual es diferente".

La demanda:

De los argumentos en que funda el actor su demanda se destacan:

1º El artículo 46, literal c) de la Ley 9ª de 1983, dice:

"El impuesto de remesas se determina así:

"a) .....;

"b) .....;

"c) En los casos de pagos o abonos en cuenta por concepto de intereses, comisiones, honorarios, regalías, arrendamientos, compensaciones por servicios personales, o explotación de toda especie de propiedad industrial o del 'know-how' *PRESTACION DE SERVICIOS DE ASISTENCIA TECNICA,* beneficios o regalías provenientes de la propiedad literaria, artística y científica, el impuesto será del 12%, el cual deberá ser retenido en el momento del respectivo pago o abono en cuenta;

"d) .....;

"e) .....;

"f) .....;

"g) En los demás casos, *el impuesto será del uno por ciento (1%)* del valor bruto del respectivo pago o abono en cuenta, que deberá ser retenido al momento del pago" (Destaca el libelista).

2º Al reglamentar esta norma superior, el artículo 2º, literal c) del Decreto 2579 de 1983, dispuso que el impuesto de remesas se causa sobre:

"a) .....;

"b) .....;

"c) Los pagos o abono en cuenta que impliquen situación de recursos en el exterior por concepto de intereses, comisiones, honorarios, regalías, arrendamientos, compensaciones por servicios personales, o explotación de toda especie de propiedad industrial o del 'Know-how' *PRESTACION DE SERVICIOS TECNICOS y de asistencia técnica,* beneficios o regalías provenientes de propiedad literaria, artística o científica (Destaca el actor).

"En estos casos, la base para liquidar el impuesto de remesas será el resultado que se obtenga de restar del respectivo pago o abono en cuenta el impuesto de renta correspondiente. A la base así obtenida se le aplicará la tarifa del doce por ciento.

"d) .....;

"e) .....;

"f) ....."

3º De la confrontación entre la norma legal y la reglamentaria surge palmariamente que ésta copió los conceptos previstos en aquélla, pero agregó la prestación de servicios técnicos, que son diferentes

de los de asistencia técnica, con lo cual trasladó aquellos de los del grupo de los gravados a la tarifa del 1%, para concluirlos en la de los sometidos al 12%.

4º Invoca el demandante en apoyo de su tesis, los criterios expuestos por el DIN, sobre la diferencia entre los servicios de asistencia técnica y los servicios técnicos, contenidos en la circular general número 1 de 1982 y el concepto 7285 de 1984, emanado de la Subdirección Jurídica.

La oposición a la demanda:

El delegado de la DIN, se opuso a las pretensiones de la demanda; sostiene que dentro de la facultad reglamentaria del Presidente de la República, está la de definir los términos que pueden resultar ambiguos en la ley, dar ejemplos o sinónimos de un concepto, y que el Decreto acusado no violó la ley reglamentada, porque dentro de las compensaciones por servicios personales que ésta menciona, se deben entender incluídos los prestados por toda clase de personas, naturales o jurídicas, entre los cuales se hallan los servicios técnicos, que son una especie de los personales.

El concepto del Ministerio Público:

Conceptúa la señora Fiscal Sexta de esta Corporación que debe decretarse la nulidad demandada, por los motivos ya expuestos en las providencias por las cuales se dispuso la suspensión provisional de la norma acusada, en las expresiones que hicieron extensiva a los servicios técnicos la tarifa del 12%.

Recalca la Fiscalía, que evidentemente son distintos los conceptos de que se trata. El servicio técnico que puede ser prestado por una persona natural o jurídica, lo cual desvirtúa su equiparación con los servicios exclusivamente personales —salarios, comisiones, honorarios—. Como lo ha entendido la Dirección de Impuestos Nacionales, la prestación de servicios técnicos "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 se le dé un tratamiento igual a la prestación de servicios personales".

Adicionalmente —destaca la colaboradora Fiscal— en la exposición de motivos de la Ley 9ª de 1983, primer debate, sobre el capítulo "Inversión Extranjera" se establece que la intención del legislador al definir concretamente las bases de liquidación del impuesto complementario de remesas y la retención en la fuente, fue la de distinguir concretamente los casos en que la actividad realizada lleva implícita la posibilidad de unos costos, para los cuales se estableció una tarifa preferencial del 1% y una retención del 14%, de aquellos en que el ingreso es neto, para los cuales señaló la tarifa del 12% y el porcentaje del 40% de retención.

Consideraciones de la Sala:

La definición de la controversia radica en establecer si los servicios técnicos que el Decreto reglamentario en el acápite acusado asimiló a servicios personales, o de asistencia técnica, son de la misma naturaleza y por tanto están gravados con el impuesto complementario de remesas a la tarifa del 12%, o si, por el contrario, se trata de conceptos diferentes y deben entenderse las remuneraciones correspondientes a servicios técnicos comprendidas dentro del literal g) del artículo 46 de la Ley 9ª de 1983, que señaló la tarifa del 1% para los demás casos, no especificados en los acápites anteriores de la misma norma, en particular en su literal c), que señaló los pagos o abonos en cuenta sometidos al 12%.

La Sección comparte plenamente los planteamientos del Ministerio Público, en especial los referentes a la exposición de motivos de la Ley 9ª de 1983, que reflejan la intención del legislador de someter a una menor tarifa los servicios cuya remuneración es susceptible de incorporar costos.

La enumeración de conceptos contenida en el literal c) del artículo 46 de la Ley 9ª de 1983, recae sobre compensaciones que tienen la característica común de ser ingresos constitutivos de renta bruta —no susceptibles de afectar con costos—, por corresponder a la prestación de servicios incorporales, sin incluir la enajenación de activos, como serían los repuestos u otra clase de bienes incorporados en la reparación o mantenimiento de equipos.

El Decreto reglamentario 2123 de 1975, contiene una descripción jurídica de "asistencia técnica", que la diferencia del concepto de "servicio técnico"; aquélla supone la prestación de servicios exclusivamente incorporales para la utilización de conocimientos tecnológicos, mientras que el servicio técnico, puede implicar, además de la tecnología que conoce quien lo presta, la utilización de bienes corporales, involucrados en el servicio.

Estas consideraciones llevan a la conclusión de que, evidentemente el Gobierno nacional extralimitó su facultad reglamentaria, al incluir dentro de los pagos gravados con la tarifa del 12% por concepto de impuesto de remesas, los correspondientes a servicios técnicos, no contemplados en el artículo 46, literal c) de la Ley 9ª de 1983, ni asimilables a las compensaciones contempladas en éste.

Esta conclusión coincide y complementa la adoptada por esta misma Sección en fallo del 20 de noviembre de 1987 (número 1082, Ponente doctor Hernán Guillermo Aldana), mediante el cual se decretó la nulidad de las mismas palabras ("técnicos y") utilizadas en el literal b) del artículo 11 del mismo Decreto relacionado con el impuesto sobre la renta.

En consecuencia, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de acuerdo con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Decrétase la nulidad de las expresiones "técnicos y", contenidas en el literal c) del artículo 2º del Decreto reglamentario 2579 de septiembre 12 de 1983, expedido por el Gobierno nacional.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

(Se deja constancia que la anterior providencia fue aprobada en sesión de la fecha).

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

NACIONALIZACION DEL SERVICIO EDUCATIVO DE PRIMARIA Y SECUNDARIA OFICIAL.— ATENCION DE PRESTACIONES ECONOMICAS.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciocho de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 2176. Decretos del Gobierno. Actor: Agustín Castillo Zárate.

Se decide el proceso iniciado en virtud de demanda incoada por el ciudadano Agustín Castillo Zárate en ejercicio de la acción de nulidad a que se refiere el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo contra el Decreto ejecutivo 898 de 1981 —3 de abril—, dictado por el Presidente de la República con la refrendación de su Ministro de Educación Nacional y "por el cual se confiere una autorización", cuyo texto fundamental es del siguiente tenor:

"Artículo primero. Las entidades de previsión social, dependientes de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Distrito Especial de Bogotá, que estuvieren atendiendo las prestaciones médicas y económicas al personal docente y administrativo nacional o nacionalizado de la educación, las continuarán prestando en igual forma como lo venían haciendo antes de la expedición de la Ley 43 de 1975 y en los términos señalados en los contratos de prestaciones médicas y económicas que hasta el momento se encuentran firmados entre la Nación —Ministerio de Educación Nacional— y la respectiva entidad territorial.

"Parágrafo. Las entidades territoriales, las Cajas de Previsión Seccionales o las entidades que cumplen tales funciones, que a la fecha no hubieren suscrito los contratos de que trata el presente artículo, continuarán atendiendo al personal nacional o nacionalizado las prestaciones sociales de conformidad con las disposiciones legales estatutarias y reglamentarias que existan en cada entidad territorial para dicho efecto, mientras celebren los respectivos contratos.

"Artículo segundo. Este Decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

"Publíquese y cúmplase.

"Dado en Bogotá..." (fls. 1 y 2 y 12 y 13).

El libelo fue admitido por el auto calendado a diecisiete (17) de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986), habiéndose resuelto, igualmente, suspender provisionalmente los efectos del acto acusado en lo atinente a la frase "en igual forma como lo venían haciendo antes de la expedición de la Ley 43 de 1975" del inciso primero del Decreto 898 de 1981 y todo el parágrafo del mismo.

En el decurso de la instancia, el apoderado de la Nación —Ministerio de Educación Nacional— manifiesta su conformidad con las peticiones de la parte actora, puesto que "las normas legales que justifican esta nulidad son claras y evidentes por lo cual considero que sobra repetirlas".

Y en cuanto atañe al concepto emitido por el señor Agente del Ministerio Público —Fiscal Cuarto de la Corporación— se transcribe el siguiente párrafo:

> "VI. En el entendimiento de esta Fiscalía son suficientes los razonamientos expresados como soporte motivo de la providencia que decretó la suspensión provisional de la parte afectada de nulidad de la norma acusada, para llegar a la conclusión de que ésta debe ser anulada en dicha parte, pues resulta evidente, de manera palmaria, el desbordamiento del contenido del artículo 1º, incisos primero y segundo de la Ley 43 de 1975 por el texto del artículo 1º del Decreto 898 de 1981. Basta el cotejo de las normas para que aparezca de manera relevante la contradicción de la del Decreto con la de la Ley: Mientras ésta establece la obligación para la Nación de sufragar los costos de las prestaciones sociales del personal docente y administrativo nacional, aquélla deja en manos de las entidades de previsión social, dependientes de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Distrito Especial de Bogotá el pago de dichas prestaciones.
>
> "No se requiere, entonces, abundar en análisis adicional, para que esta Agencia del Ministerio Público llegue a la conclusión de que el pedimento formulado en el libelo inicial tiene vocación de prosperidad, en cuanto se debe declarar la nulidad de la frase 'en igual forma como lo venían haciendo antes de la expedición de la Ley 43 de 1975' del inciso primero del artículo 1º y de todo el parágrafo del mismo artículo del Decreto 898 de 1981" (fl. 42).

Para resolver, al no observar causal que invalide lo actuado.

Se considera:

El enfoque del actor va hacia la demostración racional de que el acto administrativo quebranta normas de jerarquía superior, cuales son, en primer término, el artículo 182 de la Constitución Política, y, en segundo, de la Ley 43 de 1975. Además, impetra la nulidad de todo el acto, no sólo de la frase del primer inciso del artículo primero y de todo el parágrafo de éste que fueron suspendidos provisionalmente por la Sala Unitaria constituída por el Consejero sustanciador.

Ahora bien, tanto quien ostenta la representación en el caso *in exámine* como el Ministerio Público no muestran disconformidad alguna con el criterio sentado a este respecto por la corporación, sino que, por el contrario, han expuesto su pensamiento en el sentido de que a través de la sentencia que ponga fin al proceso, se acceda a la petición de la demanda, si bien sólo circunscrito a la nulidad de lo suspendido provisionalmente en sus efectos, conviene, entonces, analizar la puntualización de dichos planteamientos, a la luz de las voces del acto acusado y de los aspectos jurídicos de las disposiciones que se han traído como quebrantadas por aquél.

Es de observar, de entrada, que el artículo primero del Decreto número 898 de 1981 establece dos reglas fundamentales para lo que atañe a la atención de las prestaciones médicas y económicas del personal docente y administrativo "nacional o nacionalizado" de la educación, por parte de las entidades de previsión social de los departamentos, intendencias, comisarías y Distrito Especial de Bogotá a saber: 1ª Que las continúen dispensando en la misma forma como lo venían haciendo *antes* de la expedición de la Ley 43 de 1975, y 2ª Que se mantengan los términos señalados en los contratos de prestaciones médicas y económicas que hasta el momento se hallen vigentes entre la Nación —Ministerio de Educación Nacional— y la respectiva entidad territorial.

La primera regla es tan protuberantemente ilegal, que bastan breves lucubraciones para corroborar lo expuesto en el proveído que suspendió provisionalmente sus efectos. Pretender que mediante un mero acto administrativo se borre la obligatoriedad de una ley vigente, hasta disponer que sigan rigiendo los preceptos que antes gobernaban la materia, equivale a desconocer la jerarquía gráficamente descrita por la llamada "pirámide de Kelsen"; además, a no dudarlo, constituye una verdadera modificación de la voluntad del legislador, como fuente del derecho positivo.

No ocurre así, empero, como bien lo dijo la Sala Unitaria en el auto de diecisiete de octubre de mil novecientos ochenta y seis arriba citado, con la segunda regla, es decir, con aquella que dice que continuarán vigentes los contratos con la Nación —Ministerio de Educación Nacional— y la respectiva entidad territorial. Es elemental que los contratos, así sea los denominados interadministrativos, son para cumplirse en los términos acordados en el momento de su celebración, salvo que las partes decidan modificarlos en todo o en parte, o sea, al tenor de sus cláusulas. De allí que la Sección no halle vulnerador de la Ley 43 de 1975 esta segunda regla y por ello no accederá a decretar su nulidad; y tampoco encuentre que vulnere el artículo 182 de la Carta pues el Presidente de la República sólo dispuso algo básico, como es la continuidad en el tiempo de contratos celebrados entre la Nación y las respectivas entidades territoriales para la atención de las prestaciones médicas y económicas a los docentes, no obstante que el servicio de la educación nacional quedase "nacionalizado", o mejor, a cargo de la Nación.

En cuanto hace al parágrafo, ha de decirse lo siguiente:

a) Está autorizando la celebración de futuros contratos entre la Nación y los respectivos entes territoriales para que estos atiendan las prestaciones médicas y económicas de los docentes nacionales o "nacionalizados", y

b) Los autoriza para que, mientras ello ocurra, esas entidades territoriales, las Cajas de Previsión Seccionales o las personas jurídicas que cumplan esas funciones prestacionales, las continúen atendiendo de facto "de conformidad con las disposiciones legales estatutarias y reglamentarias *que existan en entidad territorial*" (se subraya), o, en otras palabras, como si la Ley 45 de 1975 no se hubiese expedido.

Hay, por consiguiente, una cabal antítesis entre el acto administrativo y la propia Ley 45 de 1975, así como respecto al artículo 182 de la Constitución, dado que éste predica una autonomía relativa de los entes territoriales en su manejo presupuestal y en el cumplimiento de las tareas que les son propias y aquí se las recorta, por un lado, y por el otro, se están desconociendo las consecuencias obvias de la "nacionalización" de la docencia oficial.

De esta suerte, entonces, habrá que acceder a la solicitud de nulidad que encierra la demanda, pero restringiéndola, por lo que se ha dicho, a aquello que fue suspendido de manera provisional.

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 Es nula la frase "en igual forma como lo venían haciendo antes de la expedición de la Ley 43 de 1975" del inciso primero del artículo primero del Decreto 898 de 1981 —3 de abril— expedido por el Gobierno nacional, así como todo el parágrafo de dicho artículo.

2º Deniéganse las demás peticiones de la parte actora.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 11 de mayo de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, no asistió con excusa legal; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla. P., Secretario.

PROFESION U OFICIO.— Títulos de idoneidad.

POTESTAD REGLAMENTARIA (art. 120, numeral 3º). No puede el Presidente de la República en tal virtud, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas como si fueren leyes, debiendo limitarse a tomar medidas necesarias para la reglamentación de aquellas.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinte de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 624. Actor: Juan Manuel Arboleda Perdomo.

En ejercicio de la acción establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se solicita mediante el correspondiente escrito de demanda la nulidad de los artículos 1º al 16 del Decreto 1131 del 20 de abril de 1983, expedido por el Presidente de la República, en orden a reglamentar las licencias para actuar a través de la Radio y la Televisión.

I. Normas acusadas:

Los artículos 1º a 16 del Decreto 1131 de 1983, son del siguiente tenor literal:

"*Artículo 1º* Para el ejercicio de la actividad teatral por los medios de radiodifusión y televisión es necesario obtener la licencia que acredita la calidad de actor o director, expedida por el Ministerio de Comunicaciones.

"*Artículo 2º* Las licencias de Actor y de Director tendrán carácter permanente y permitirán a sus titulares el ejercicio de estas actividades, en todas sus modalidades, a través de los medios de comunicación señalados.

"*Parágrafo 1.* El Instituto Nacional de Radio y Televisión —INRAVISION— exigirá la presentación de la licencia a quienes ejerzan la actividad de actor o de director en los medios de televisión.

"*Parágrafo 2*. El Ministerio de Comunicaciones ejercerá el control sobre el cumplimiento de las normas en relación con la materia, e impondrá las sanciones correspondientes de acuerdo con las normas legales vigentes.

"*Artículo 3º* Para obtener la licencia de actor es necesario presentar solicitud en tal sentido al Ministerio de Comunicaciones y copia auténtica del título en arte dramático, expedido por una entidad reconocida por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior —ICFES—.

"*Artículo 4º* También se podrá expedir licencia de actor a quien sin tener el título señalado en el artículo anterior, acredite ante el Ministerio de Comunicaciones el cumplimiento de alguno de los siguientes requisitos:

"1. Haber participado como actor en seis o más montajes de obras de teatro de calidad comprobada; o

"2. Haber participado como actor en cinco (5) cortometrajes o en dos (2) largometrajes fílmicos.

"*Artículo 5º* La documentación que acredita los requisitos señalados anteriormente, será evaluada por la Junta de Calificación Artística, la cual le practicará al aspirante un examen de conocimientos y aptitud artística.

"*Artículo 6º* También podrán obtener licencia de actor las personas que demuestren su participación, con anterioridad a la expedición del presente Decreto, en cien (100) horas de emisión de televisión como actor o ciento cincuenta (150) horas de radioteatro, quienes deberán aprobar el examen de que trata el artículo 5º.

"*Artículo 7º* A criterio de la Junta, un actor de probada trayectoria, podrá ser eximido del examen de aptitud y conocimientos de que trata el artículo 5º.

"De la misma manera, a criterio de la Junta, excepcionalmente, un actor de especial talento podrá ser eximido del cumplimiento de los requisitos, previo examen de aptitud.

"*Artículo 8º* El extranjero residenciado en el país, que desee obtener licencia de actor, deberá enviar solicitud en tal sentido al Ministerio de Comunicaciones, acompañada de los siguientes documentos:

"a) Título profesional obtenido en Escuelas de Arte Dramático de Colombia o del Exterior, debidamente reconocidos por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior —ICFES—;

"b) Cédula de extranjería expedida por el Departamento Administrativo de Seguridad.

"*Parágrafo*. Los extranjeros que no posean título académico podrán obtener licencia de actor mediante el cumplimiento de los requisitos del artículo 4º y siguientes.

"Artículo 9º El ciudadano extranjero residenciado en Colombia originario de países con los cuales Colombia haya celebrado convenios de reciprocidad en materia de equivalencia de títulos académicos y de ejercicio profesional, que haya obtenido en su país licencia de actor, podrá solicitar al Ministerio de Comunicaciones el reconocimiento de la misma.

"Artículo 10. Los menores de 18 años que aspiren a ejercer la actividad de actor en la radio o en la televisión, podrán solicitar al Ministerio de Comunicaciones un permiso provisional expedido hasta la mayoría de edad.

"El menor deberá aprobar un examen de aptitud presentado ante la Junta de Calificación Artística.

"Parágrafo. El ejercicio profesional de los menores estará sometido, además, a las regulaciones del Ministerio de Trabajo.

"Artículo 11. Los artistas y grupos teatrales de carácter cultural que visiten el país en cumplimiento de los convenios celebrados por Colombia, podrán presentarse a través de los medios de radiodifusión y televisión, previa inscripción en el Ministerio de Comunicaciones acreditando su carácter de tales mediante certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores.

"En el caso de presentarse en programas comerciales, deberán cumplir los requisitos que determine el Ministerio de Comunicaciones.

"Artículo 12. Del Radioteatro: Para el ejercicio de la actividad de radioactor es necesario obtener licencia del Ministerio de Comunicaciones, para lo cual se deberá allegar a la solicitud el diploma de bachiller y aprobar el examen de aptitud practicado por la Junta de Calificación Artística.

"Parágrafo. Las personas que acrediten una experiencia no inferior a cinco (5) años, adquirida con anterioridad a la vigencia del presente Decreto, podrán solicitar la licencia de radioactor, y en todo caso la Junta de Calificación Artística les practicará el examen de aptitudes.

"Artículo 13. Para obtener licencia de Director de Teatro, es necesario presentar solicitud en tal sentido al Ministerio de Comunicaciones, a la cual deberá acompañar copia auténtica del título en arte dramático, debidamente reconocido por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior —ICFES— y la documentación que acredite su experiencia en dirección o asistencia de dirección teatral.

"Artículo 14. El aspirante a obtener licencia de Director de Teatro, que no haya obtenido título en arte dramático deberá acreditar ante el Ministerio de Comunicaciones su experiencia, mediante la prueba de su participación como Director en por lo menos cinco (5) montajes teatrales que deberán ser considerados por la Junta de Calificación Artística como meritorios.

"*Artículo 15*. Para la calificación la Junta tendrá en cuenta los documentos presentados y entrevistará al aspirante.

"También tendrá en cuenta para la calificación la capacidad de totalización frente a la puesta en escena, o sea la visión correcta y unitaria de los códigos y factores que constituyen el conjunto teatral; y la capacidad de selección frente a las distintas opciones dramatúrgicas, actorales y escénicas en el sentido del montaje.

"*Artículo 16*. A criterio de la Junta, un Director de probada trayectoria podrá ser eximido de la sustentación y discusión de los documentos presentados".

II. Fundamentos de la demanda:

Se considera en el libelo que los artículos acusados "consagran una extensa y precisa reglamentación del oficio de actor y director de radioteatro que aspiren a ejercer su actividad a través de los medios de radio o televisión, transgrediendo las normas constitucionales que reservan esa facultad a la ley". Y agrega lo siguiente:

"En Colombia no existe ley alguna que exija título de idoneidad o reglamente el ejercicio de la profesión de actor o director de teatro o televisión".

Además, el literal g) del artículo 2º del Decreto-ley 129 de 1976, señala que el Ministerio de Comunicaciones tiene como función "otorgar las concesiones, permisos o licencias que se requieran para la prestación o utilización de los servicios de telecomunicaciones y dictar las normas para la prestación y el control de tales servicios".

Y, por otra parte, corresponde a la División de Medios Audiovisuales y Publicidad, según el literal e) del artículo 8º del mencionado Decreto-ley 129 de 1976, "realizar los exámenes y expedir las licencias que *de conformidad con las disposiciones legales* se requieran para el ejercicio de actividades no administrativas en los diferentes servicios de telecomunicaciones y llevar un registro de tales licencias".

Así las cosas —anota el actor—, los artículos 1º a 16 del Decreto 1131 de 1983, en nada se refieren a la materia que contienen las disposiciones anteriormente transcritas. El Ejecutivo excedió la potestad reglamentaria "ocupando la órbita de la ley, que no ha exigido títulos de idoneidad para desempeñar el oficio de actor o de director de teatro o televisión, ni reglamentado esas actividades como profesión..."

III. Normas violadas:

El artículo 39 de la Constitución Nacional, que preceptúa:

"Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones (primer inciso)".

El artículo 120, numeral 3º de la Carta, que señala:

"Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

"1º .....

"2º .....

"3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes".

IV. Concepto del Ministerio Público:

El señor Fiscal Primero de esta Corporación en su concepto de fondo hace suyas las apreciaciones de la Sala Unitaria contenidas en el auto que enseguida se relaciona.

V. Consideraciones de la Sala:

Cobra plena vigencia en el caso *sub exámine* lo dicho en el auto dictado el 3 de septiembre del año próximo pasado en este proceso (fl. 17), al disponer la suspensión provisional del Decreto reglamentario número 1131 de 1986 acusado. Entonces se dijo:

"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 (C. 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) Más, 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".

Observa la Sala que bajo la forma de reglamentación del Decreto-ley 129 del 26 de enero de 1976, reorgánico del Ministerio de Comunicaciones, dictado en uso de las facultades extraordinarias de la Ley 28 de 1974, el Decreto reglamentario 1131 del 20 de abril de 1983 demandado, implantó todo un estatuto sobre el ejercicio de un oficio como lo es el de "actor" o "director" de radio, teatro y televisión, ocupando así claramente la competencia que la Carta le asigna de manera única y exclusiva a la ley; o sea que se hizo por decreto lo que, según el artículo 39 de la Constitución Nacional le está reservado en forma exclusiva a la ley, pues sólo ésta "puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones", y sólo "para la cumplida ejecución de las leyes" se ejerce la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República como Jefe de Estado y primera autoridad administrativa.

El Decreto-ley 129 de 1976 invocado indebidamente en el Decreto demandado, no establece los oficios de "actor" o "director" como profesiones, ni las regula ni las reglamenta. Luego mal puede reglamentarse lo que no está comprendido en el acto reglamentado.

Ninguna relación se observa entre el Decreto citado y el cuestionado en este proceso como se puede colegir al leer la integridad de su texto y de las únicas normas que podrían ser pertinentes en cuanto hablan de "licencias", el artículo 2º, literal g) y el artículo 8º, literal e) que dicen respectivamente:

El Ministerio de Comunicaciones tiene como función "otorgar las concesiones, permisos o licencias que se requieran para la prestación o utilización de los servicios de telecomunicaciones y dictar las normas para la prestación y el control de tales servicios".

Corresponde a la División de Medios Audiovisuales y Publicidad "realizar los exámenes y expedir las licencias que de con-

formidad con las disposiciones *legales* se requieran para el ejercicio de actividades no administrativas en los diferentes servicios de telecomunicaciones y llevar un registro de tales licencias" (subrayas fuera del texto).

La primera norma se contrae a la prestación y servicios de telecomunicaciones y el último le da a la División de Medios Audiovisuales y Publicidad la facultad de realizar exámenes y expedir licencias de acuerdo con la ley para el ejercicio de actividades en los servicios de telecomunicaciones sin que pueda válidamente entenderse que se refiere esta disposición a lo preceptuado en el Decreto acusado. Ambos textos forman parte de un estatuto reorgánico del Ministerio de Comunicaciones que nada tiene que ver con la reglamentación de las profesiones de actor o director de teatro, cuya regulación le corresponde al legislador, según la preceptiva del artículo 39 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, no cabe duda, como lo anota el actor, que el acto acusado invadió la competencia exclusiva del legislador al reglamentar la profesión de los actores y directores de teatro a través de los medios de radiodifusión, exigiéndoles la obtención de licencia o título de idoneidad, y el lleno de requisitos determinados por el mismo acto de que se trata, no previstos en ley precedente.

El propio silencio observado por la administración o Ministerio de Comunicaciones a lo largo del proceso da a entender su prudente asentimiento a los cargos de la demanda contra dicho Decreto.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él,

Falla:

Declárase la nulidad de los artículos 1 a 16 del Decreto 1131 de 20 de abril de 1983 expedido por el Presidente de la República.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinte de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Samuel Buitrago Hurtado, no asistió; *Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Vícotr M. Villaquirán, Secretario.

IMPUESTOS.— INFORMACION TRIBUTARIA QUE POR "CONSIGNACIONES EN BANCOS Y OTRAS ENTIDADES, DEBEN SUMINISTRARSE A LA ADMINISTRACION DE IMPUESTOS NACIONALES".

Los datos relativos a consignaciones de más de $ 50.000.000.00 al año que deben rendir los bancos y otras entidades a la Administración de Impuestos Nacionales, según el artículo 1º del Decreto reglamentario 634 de 1988, no viola ostensiblemente el artículo 17 del Decreto extraordinario 2503 de 1987.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintiocho de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 2144. Actor: Pedro Silvio Pulido Pinto. Autoridades nacionales.

El ciudadano Pedro Silvio Pulido Pinto, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita que se declare la nulidad parcial del artículo 1º del Decreto reglamentario número 634 de 1988 (abril 8), en los apartes que subraya, así:

> "Los bancos y las demás entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, suministrarán la información requerida por el literal a) del artículo 17 del Decreto-ley 2503 de 1987, a más tardar el último día hábil del mes de marzo de cada año, en relación con aquellas personas o entidades a cuyo nombre se hayan efectuado *consignaciones en cuentas de ahorro o cuentas corrientes durante el año gravable inmediatamente anterior, cuyo valor anual acumulado sea superior a cincuenta millones de pesos ($ 50.000.000.00)*, en el respectivo banco o entidad en el cual se hayan efectuado los depósitos" (subrayé).

Como la demanda reúne los requisitos formales, habrá de admitirse y se procede a resolver la solicitud de *suspensión provisional* formulada en el mismo escrito, con argumentación común que resume en que "la simple lectura de la norma acusada permite establecer que introduce conceptos diferentes a los expuestos en la disposición reglamentada".

La norma impugnada como se deduce de su texto, reglamenta el artículo 17 del Decreto extraordinario 2503 de 1987, que impuso a los

bancos y demás entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria y otras, el deber de informar anualmente en medios magnéticos, dentro de los plazos que indique el Gobierno nacional, datos de sus clientes relativos al año gravable inmediatamente anterior; los datos a que se refiere el literal a) que menciona el reglamento acusado son los "apellidos y nombres o razón social y NIT de cada una de las personas o entidades a cuyo nombre se hayan efectuado consignaciones, depósitos, captaciones, abonos traslados y en general movimientos de dinero, cuyo valor anual acumulado sea superior a seis millones de pesos ($ 6.000.000.00), con indicación del concepto de la operación y del monto acumulado por concepto..."

El argumento central del demandante consiste en que mientras la norma legal (Decreto 2503 de 1987) establece una obligación clarísima de suministrar información sobre operaciones bancarias precisas como consignaciones, depósitos, captaciones, abonos, traslados y en general, movimientos de dinero con valor anual acumulado de seis millones de pesos, el Decreto reglamentario sólo establece la obligación de informar los datos relativos a "consignaciones" dejando de lado los demás conceptos y modificandos, además, la cuantía de seis millones a cincuenta millones.

Para el actor esta sola confrontación de textos es demostrativa de la protuberante violación en que incurre el reglamento, pues cambia totalmente los parámetros de la información al restringir los conceptos y ampliar el tope que obliga a informar.

Critica al Ejecutivo en cuanto éste afirma que se ha convertido en un deporte nacional la práctica de demandar normas, así como la práctica peligrosa de violar la Constitución y la ley al ejercer la función reglamentaria bajo el pretexto de aparente beneficio para los asociados.

La Sala Unitaria considera:

Aunque es cierta la restricción de conceptos y ampliación de la cuantía que anota el demandante, no puede tomarse ese solo factor como motivo suficiente para suspender provisionalmente sus efectos, mediante el mecanismo autorizado por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

El análisis que la demanda hace de la norma acusada es incompleto o parcial, como parcial e incompleta es la transcripción en el libelo, pues la lectura del texto íntegro del Decreto, muestra la necesidad de examinar otros aspectos que indudablemente influyen en su cabal comprensión, inclusive dentro del proceso intelectual de la sencilla comparación que dispone la ley para los efectos de decidir sobre la suspensión provisional.

En primer lugar, al despacho llama la atención que contrario a los acostumbrado en estas materias, el Presidente justificó y respaldó las medidas adoptadas con unos "considerandos" de los cuales se destacan sólo los siguientes que versan más directamente con el tema:

"Que el artículo 17 del Decreto antes citado, estableció la obligación a cargo de los bancos y demás entidades vigiladas por

la Superintendencia Bancaria, de informar anualmente, dentro de los plazos que indique el Gobierno nacional, algunos datos relacionados con movimientos de dinero de sus depositantes.

"Que el Decreto no ha sido cabalmente interpretado y que por lo tanto se hace necesario reglamentar la materia para despejar las dudas sobre el particular".

Esto demuestra que la expedición del Decreto estuvo precedida de unos antecedentes que sería necesario conocer para evaluar las soluciones adoptadas por el Ejecutivo y confrontarlas con la facultad reglamentaria, que se dice fue desbordada.

En segundo lugar, observa este Despacho que el encabezamiento del Decreto es indicativo de sus alcances, los cuales fueron delimitados en el mismo cuando expresó que por él "...se reglamentan parcialmente los artículos...17 y 78 del Decreto 2503 de 1987 y se dictan otras disposiciones".

Lo anterior le da también sentido a la iniciación del artículo 1º que a modo de título expresa: *Artículo 1º* "Plazo para la entrega *de parte* de las informaciones de que trata el artículo 17 del Decreto 2503 de 1987".

Ninguno de estos apartes ni siquiera fueron transcritos por el señor demandante, pero esta Sala considera, como ya se dijo, necesario estudiarlos para lograr una comprensión completa de la disposición. La simple comparación del artículo 1º del Decreto reglamentario 634 de 1988, con el artículo 17 del Decreto extraordinario 2503 de 1987 lo que muestra, en principio, es una reglamentación fraccionada, parcial (como dice el encabezamiento); inclusive puede tratarse de reglamentación incompleta por cuanto guardó silencio sobre el plazo para presentar la información de movimientos de dinero en cuantías superiores a seis millones e inferiores a cincuenta, cuya obligación legal subsiste por estar vigente el artículo 17 del Decreto extraordinario 2503 de 1987, que la estableció. Pero todo ello no implica una violación manifiesta de norma superior que pueda percibirse a través de una sencilla comparación, la cual eventualmente podría establecerse en un estudio más detenido del Decreto frente a los alcances de la función reglamentaria de que goza el Ejecutivo para lograr la "cumplida ejecución de las leyes" como lo ordena la Constitución.

No puede apreciarse, *prima facie*, que el reglamento cambia totalmente la ley por una razón simple, y es que ese reglamento es apenas parcial, como se ha dicho, en cuanto hace al plazo dentro del cual deben suministrarse las informaciones sobre depósitos de los clientes de las entidades mencionadas, para lo cual la propia ley reglamentada autorizó al Ejecutivo.

Así las cosas, una reglamentación parcial de la ley, salvo que establezca disposiciones opuestas y claramente contrarias a la totalidad de la ley reglamentada, no permite, a la luz de la lógica, servir para sostener que aquél la viola total o manifiestamente, de modo que pueda ordenarse la suspensión provisional impetrada.

Si el reglamento hubiera dispuesto que únicamente a partir de la suma que en él se señala y sólo en cuanto a los conceptos que en él

se mencionan, proceden las informaciones ordenadas, no cabría duda de que habría modificado sustancial y manifiestamente la ley; pero como tal no es el caso, y sobre esa base o supuesto se fundamenta la solicitud de suspensión provisional, ésta no parece pertinente.

En consideración a lo anteriormente expuesto, *se dispone*:

1º Se admite la anterior demanda de nulidad contra una parte del artículo 1º del Decreto reglamentario 634 de 1988 (abril 8), instaurada por el ciudadano Pedro Silvio Pulido Pinto (C. C. Nº 17.125.380) a quien se le tendrá como parte demandante.

2º Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

3º Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

4º Hágase la correspondiente fijación en lista por el término de diez (10) días, a fin de que la parte demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de las pruebas.

5º Por Secretaría, solicítese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público el envío de los antecedentes administrativos, en especial los relacionados con la disposición contenida en el artículo 1º del Decreto reglamentario 634 de 1988 (abril 8).

6º No se accede a decretar la suspensión provisional de la norma acusada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO.— PROMULGACION.

La falta de promulgación no es causal de nulidad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., treinta de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 1125. Actor: Iván Gómez García contra el Gobierno nacional. Nulidad y suspensión provisional del artículo 36 del Decreto reglamentario número 1813 del 23 de junio de 1984, proferido por el Gobierno nacional. Fallo.

Se decide la acción de nulidad promovida por el ciudadano Iván Gómez García, cédula de ciudadanía número 8.219.274, a través de la cual se pretende la nulidad del artículo 36 del Decreto reglamentario número 1813 del 23 de junio de 1984, emanado del Gobierno nacional.

Vencido el término de traslado para alegar que se concede a la parte recurrida el concepto del distinguido Fiscal Tercero ante esta Corporación y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, es procedente dictar fallo de mérito.

El acto demandado:

Dispone el acto acusado.

"Artículo 36. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las disposiciones que le sean contrariales".

Normas violadas y concepto de violación:

El actor invoca como norma violada, "el artículo 43, inciso 1º del Código Contencioso Administrativo". Que establece "los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el Diario, Gaceta o Boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación, en el territorio donde sea competente quien expide el acto".

El actor considera que el referido artículo 36 violó en forma manifiesta el artículo 43 del Decreto 01 de 1984, "porque en vez de disponerse en el Decreto reglamentario acusado que en vigencia comenzaría a la fecha de su publicación en la forma prevenida en la

PRESTACIONES SOCIALES A CARGO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES CUMPLIDO EL PROCESO DE NACIONALIZACION DEL PERSONAL DOCENTE.—

Estas sólo son de cargo de las entidades territoriales hasta el momento de la nacionalización, es decir, hasta el 31 de diciembre de 1975. Artículo 3º del Decreto 221 de 1986.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Referencia: Expediente número 3207. Decretos del Gobierno. Actor: Milán Díaz García y otro.

Los ciudadanos Milán Díaz García y Ernesto Forero Vargas, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitan la nulidad y suspensión provisional de las siguientes normas:

—Artículo 1º y su parágrafo del Decreto 898 de 1981.

—Artículos 1º y 2º del Decreto 2848 de 1985.

—Decreto 221 de 1986, en su totalidad.

Se procede a resolver sobre la suspensión provisional, mediante las siguientes

Consideraciones:

Para mayor claridad, se analizará por separado cada una de las normas acusadas, así:

a) Artículo 1º y parágrafo del Decreto 898 de 1981.

"Las entidades de previsión social, dependientes de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Distrito Especial de Bogotá, que estuvieren atendiendo las prestaciones médicas y económicas al personal docente y administrativo nacional o nacionalizado de la educación, las continuarán prestando en igual forma como lo venían haciendo antes de la expedición de la Ley 43 de 1975 y en los mismos términos señalados en los contratos de prestaciones médicas y económicas que hasta el momento se encuentran firmados entre la Nación —Ministerio de Educación Nacional— y la respectiva entidad territorial".

"Parágrafo. Las entidades territoriales, las Cajas de Previsión Seccionales o las entidades que cumplan tales funciones, que a la fecha no hubieren suscrito los contratos de que trata el presente artículo, continuarán atendiendo al personal nacional o nacionalizado las prestaciones sociales de conformidad con las disposiciones legales estatutarias y reglamentarias que existan en cada entidad territorial para dicho efecto, mientras celebren los respectivos contratos".

Para sustentar la suspensión provisional se acusa dicha norma de ser contraria al artículo 1º, incisos 1º y 2º de la Ley 43 de 1975; al artículo 120, ordinal 3º de la Constitución Nacional; al artículo 30 de la Constitución Nacional y al artículo 183 de la misma Constitución.

En cuanto al concepto de la violación se dice que traslada a entidades territoriales y Cajas de Previsión regionales y del Distrito Especial la obligación a cargo de la Nación referente a costos y prestaciones del personal nacionalizado.

Que al pretender modificar la ley se extralimitó la facultad reglamentaria. Que la norma en cuestión constituye un despojo a las Cajas en la medida en que les impone obligaciones onerosas que legalmente son de cargo de la Nación; y que se está interviniendo en el patrimonio de las Cajas de Previsión regionales y del Distrito Especial y de las Secciones territoriales.

En verdad los anteriores razonamientos no son suficientes para mostrar una palmaria violación de las disposiciones citadas.

Si bien es cierto el artículo 1º de la Ley 43 de 1975 dispuso la nacionalización de la educación, es claro que en la práctica no podía operarse inmediatamente. Por eso dicho estatuto prevé situaciones como las contempladas en los artículos 2º y 3º, y redistribución de ingresos nacionales provenientes del impuesto a las ventas, correspondiéndole de ellos un 3% a las Cajas de Previsión Seccionales, cuando atiendan directamente el pago de prestaciones.

No es entonces extraño, ni fruto únicamente de la voluntad del Ejecutivo, que las Cajas Seccionales continúen atendiendo el pago de prestaciones correspondientes a personal nacionalizado. Y será precisamente en la sentencia cuando se analice a fondo el artículo demandado para decidir si se ajusta o no a derecho.

Tampoco aparece evidente la violación de derechos adquiridos a que alude en pocas palabras el libelo, ni la intervención en los patrimonios de las Cajas Seccionales, cuando estos, por mandato de la ley, deben incrementarse con una participación de un 3% del impuesto nacional a las ventas, para pago de prestaciones sociales.

En este orden de ideas es preciso concluir que la suspensión provisional del artículo 1º del Decreto 898 de 1981 no está llamada a prosperar.

b) Artículo 1º del Decreto 2848 de 1985.

"El 3.5% de que trata el artículo 1º del Decreto legislativo 232 de 1983 sobre redistribución de la participación en el impuesto a las ventas se destinará para el pago de cesantías del personal nacionalizado por la Ley 43 de 1975".

Argumentan los demandantes que viola los artículos 2º y 8º, ordinal b) y también el Decreto-ley 232 de 1983, porque cambia la destinación del 3.5%, ordenando su aplicación al pago de cesantías del personal nacionalizado por la Ley 43, cuando dicho estatuto lo había destinado al pago de prestaciones sociales.

Es todo lo que se dice respecto al Decreto 2848 de 1985 para sustentar la suspensión provisional; por tanto, tampoco aparece en forma flagrante la violación de los artículos que de la Ley 43 de 1975 se citan, ni del artículo 120, ordinal 3º de la Constitución Nacional. Del Decreto 232 de 1983 no se menciona ninguna norma en concreto.

Si la ley hizo referencia al porcentaje del impuesto a las ventas para pago de prestaciones sociales por parte de las Cajas Seccionales, la cesantía es una prestación social y por tanto, en principio, puede ser atendida con tales recursos.

Sólo al momento de dictar sentencia será posible profundizar en el estudio de la legalidad del artículo 1º del Decreto 2848 de 1985. Del artículo 2º del mismo estatuto ni siquiera se expone concepto de la violación para sustentar la suspensión provisional.

No prospera entonces la que se ha solicitado respecto al Decreto 2848 de 1985.

c) Decreto 221 de 1986 en su totalidad.

El artículo 1º y el 2º disponen que los recursos que la Nación y la entidad territorial deban aportar a las Cajas de Previsión Social así como el porcentaje de redistribución del impuesto a las ventas, destinados a garantizar el pago de prestaciones sociales del personal nacionalizado, se administrarán y contabilizarán separadamente de los demás recursos de esas entidades, e indican quién será el ordenador del gasto, con la refrendación del delegado del Ministerio de Educación y el auditaje de la Contraloría Nacional.

Los demandantes afirman que al imponerle a la "entidad territorial" así como a las Cajas de Previsión normas de administración y de ordenación del gasto, lo cual no puede hacerse sino por ley, se extralimita la potestad reglamentaria y se interviene en el patrimonio propio de las entidades territoriales, con violación de los artículos 120, ordinal 3º y 183 de la Constitución Nacional.

La finalidad de la potestad reglamentaria no es otra que la de hacer operante la ley, facilitar su aplicación práctica. Ello se busca al disponer administración y contabilización independiente de unos recursos que tienen destinación específica y que no son propios de las entidades territoriales sino de la Nación que los cede, y que por tanto no conviene que se refundan con los demás, esos sí propios de las entidades territoriales o de las de previsión.

Y si son recursos que la Nación cede, pueden preverse normas de administración y de disposición sin que en forma flagrante aparezcan violando las disposiciones señaladas.

Artículo 3º.

En el artículo 3º se señala una fecha para efectos de la liquidación proforma que debe hacerse para que las entidades territoriales paguen a la Nación las sumas que adeudarían a los docentes por concepto de prestaciones sociales no causadas o no exigibles al tiempo de la nacionalización.

Se indica quiénes deben cuantificar esta suma y se señala el 1º de enero de 1981 como fecha a partir de la cual la Nación atenderá las prestaciones del personal nacionalizado.

La demanda argumenta que así se viola el artículo 1º de la Ley 43 de 1975 y se incurre en extralimitación de la potestad reglamentaria, por cuanto se impone a las entidades territoriales y Cajas de Previsión la obligación de atender prestaciones de un personal nacionalizado, por cinco años más de lo que la ley determinó.

En verdad, so pretexto de que el proceso de nacionalización en la práctica es gradual y de que la Nación sólo cubriría el 100% de los gastos de funcionamiento en 1980, parece haberse impuesto a las entidades territoriales y Cajas Seccionales la obligación de pagar prestaciones sociales del personal nacionalizado hasta 1980.

La nacionalización se operó, como lo sostuvo el Consejo de Estado en sentencia de 29 de mayo de 1985 al declarar la nulidad parcial de los artículos 1º y 6º del Decreto 223 de 1977, el 1º de enero de 1976; sólo que el proceso de asunción de todos los gastos de funcionamiento culminó el 31 de diciembre de 1980.

Pero en cuanto a prestaciones sociales, estas sólo son de cargo de las entidades territoriales hasta el momento de la nacionalización, es decir, hasta el 31 de diciembre de 1975.

Por tanto le asiste razón a los demandantes cuando afirman que se extralimitó la potestad reglamentaria al extender en el tiempo la obligación de dichas entidades, en lo relacionado con las prestaciones sociales.

Es entonces viable la suspensión provisional del artículo 3º del Decreto 221 de 1986.

Artículo 4º.

El artículo 4º señala criterios para elaborar la liquidación proforma.

En la demanda se dice que el artículo 4º fija unos aportes y tarifas o porcentajes con incidencia a partir de 1981, que no pueden ser impuestos por simple decreto reglamentario, máxime cuando no fueron señalados por la Ley 12 de 1986 que rige desde el 16 de enero de 1986, o sea, 5 días antes de que se expidiera el Decreto 221 acusado.

Que se excede así la potestad reglamentaria y se violan los artículos 30, 120 ordinal 3º, 182 y 183 de la Constitución, por intervención en el patrimonio independiente de tales secciones o entidades de previsión, y además va contra lo dispuesto en la Ley 12 de 1986.

Nótese que la violación a la Ley 12 de 1986 no se concreta; no se relaciona con una de sus disposiciones específicamente. Por tanto no es el caso de considerarla para efectos de la suspensión provisional.

Por otra parte, en principio, el dar pautas para elaborar la liquidación proforma que expresamente prevé el artículo 2º de la Ley 43 de 1975, lejos de infringir el artículo 120, ordinal 3º de la Constitución, tiene por objeto la adecuada aplicación de la ley.

Recuérdese también cuál es la procedencia de los recursos, pues es bueno no olvidar que se trata de recursos nacionales cedidos a las entidades territoriales y a las Cajas Seccionales.

Los porcentajes que se mencionan en el artículo no se refieren a las participaciones en el IVA sino a los que corresponden al patrono para el pago de las prestaciones y que es el mismo que rige para la Caja Nacional de Previsión.

La sustentación de la suspensión no muestra en forma evidente la transgresión de normas superiores y por tanto no debe prosperar.

Artículo 5º.

Dispone que de conformidad con la Ley 15 de 1982 y el Decreto 3040 de 1983, los recursos a que se refiere el Decreto 221 son inembargables y por tanto las deudas de prestaciones sociales resultantes de acciones judiciales serán de cargo de la Nación, de la entidad territorial o de la Caja de Previsión Seccional, según el criterio establecido en el artículo 3º.

Como concepto de la violación en el libelo se expone que excede la facultad reglamentaria, por cuando la inembargabilidad de recursos oficiales sólo puede establecerse por ley y no por simple Decreto reglamentario. Que lo que hizo inembargable la Ley 15 de 1982 fueron los fondos para pago de pensiones y no los destinados al pago de otras prestaciones, como son los que menciona el Decreto 221. Que al referirse impropiamente a la Ley 15 de 1982 y su Decreto reglamentario no sanea el vicio de nulidad enunciado.

En verdad la Ley 15 de 1982 se refiere a dineros oficiales para el pago de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte, para declararlos inembargables.

Pero como entre los dineros a que se refiere el Decreto 221 de 1986 están los destinados al pago de dichas pensiones, que son indudablemente una prestación social, no resulta evidente el exceso en la potestad reglamentaria.

Al no darse ningún otro concepto de violación, no es el caso de decretar la suspensión de este artículo, aunque automáticamente quede sin efecto la parte que remite al artículo 3º que será suspendido, aun cuando la demanda no diga nada a ese respecto.

Artículo 6º.

Autoriza a los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional, para suscribir convenios con las entidades territoriales y/o Cajas de Previsión Social Seccionales o entidades oficiales que hagan sus veces, para la determinación de los pasivos a cargo de la Nación y de las entidades territoriales o Cajas de Previsión Seccionales; para determinar la contratación de la prestación de los servicios médico-asistenciales; para establecer los mecanismos de administración de los recursos y pago de las prestaciones económicas y para la constitución de un comité administrador de los recursos.

Para sustentar la suspensión provisional afirman los demandantes que un simple Decreto reglamentario no es suficiente para imponerle a las entidades territoriales y Cajas de Previsión Social las obligaciones de que trata el mismo artículo 6º y el resto del Decreto cuya nulidad se demanda, lo cual se busca a través de "convenios" que como actos interadministrativos están sujetos a normas y acciones de los Códigos Fiscal y Contencioso Administrativo.

Realmente no es muy convincente ni suficientemente claro el concepto que se quiso expresar.

El artículo 6º no está imponiendo obligaciones sino disponiendo la forma como en la práctica pueden celebrarse los convenios previstos en la Ley 43 de 1975, para hacer efectivos sus mandatos.

Y el artículo no impide el control a que están sujetos dichos convenios ni la sujeción de los mismos a las disposiciones legales pertinentes.

No prospera por tanto la suspensión provisional.

Por lo anteriormente expuesto se

Resuelve:

Admitir la anterior demanda presentada por los ciudadanos Milán Díaz García y Ernesto Forero Vargas, en su propio nombre.

En consecuencia se dispone:

Notifíquese personalmente el auto admisorio de la demanda al señor Agente del Ministerio Público.

Notifíquese personalmente a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional.

Fíjese en lista por el término de 10 días, para los efectos previstos en el numeral 3º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

Suspéndese provisionalmente el artículo 3º del Decreto 221 de 21 de enero de 1986.

Niégase la suspensión provisional de los demás actos acusados. Cópiese, notifíquese y comuníquese.

Clara Forero de Castro.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

INSTRUCCION PUBLICA NACIONAL.— INSPECCION Y VIGILANCIA POR EL ESTADO DE LOS INSTITUTOS DOCENTES.

Respaldo constitucional. Artículo 120-12 de la Constitución Nacional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dieciocho de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 651. Decretos del Gobierno. Actor: Alba Serna Rivas.

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo la ciudadana Alba Serna Rivas solicitó la nulidad del artículo 20, ordinal segundo del Decreto 3200 expedido el 21 de diciembre de 1979 por el señor Presidente de la República y su Ministro de Educación Nacional. La norma en cuestión señala los requisitos a cumplirse para la obtención del título de abogado.

Los hechos de la demanda hacen relación a la expedición del acto mismo, y como normas violadas dándose el correspondiente concepto de la violación, se indicaron los artículos 16, 39, 41 y 120, ordinal 12 de la Constitución Nacional.

Mediante providencia del 3 de julio de 1987 se admitió la demanda y se dispuso imprimirle el trámite que en ley correspondía. El Ministerio de Educación se constituyó como parte por conducto de apoderado dentro del término de fijación en lista, oponiéndose a las declaraciones solicitadas por la demandante. Y corridos los traslados para alegar tanto las partes como el señor Agente del Ministerio Público presentaron sus alegatos por escrito. La demandante reiterando sus iniciales argumentaciones en torno a las violaciones que en su opinión son atribuibles a la norma demandada, anotando, además, en relación con los decretos citados por la apoderada del Ministerio de Educación, que ellos fueron derogados expresamente por normas posteriores y el 1837 de 1974, declarado nulo por el Consejo de Estado. La parte impugnadora insiste igualmente en sus puntos de vista para pedir la denegatoria de las peticiones de la demanda pues, fuera de ello, anota, la noble función del abogado deberá estar avalada por una estricta formación que cumpla con el objetivo de convertirlo en un experto en las disciplinas jurídicas, "conocedor del acervo cultural de la humanidad y consciente de sus responsabilidades y deberes

consigo mismo, con la sociedad y con la nacionalidad colombiana", objetivos a los cuales obedece la exigencia de los exámenes preparatorios cuya finalidad es evaluar la visión general y la capacidad de coordinación de las materias jurídicas que tenga el estudiante, y su criterio jurídico para aplicar la norma a casos concretos. Y el señor Fiscal Primero de la Corporación pide se despachen desfavorablemente las peticiones de la demanda, pues los cargos endilgados a la norma acusada no pasan de ser una apreciación subjetiva de la materia carente de un sólido sustento jurídico.

Consideraciones de la Sala:

El 21 de diciembre de 1979 el señor Presidente de la República expidió el Decreto 3200 "por el cual se dictan normas sobre la enseñanza del Derecho", cuyo artículo 20, numeral 2º, norma acusada, dispuso lo siguiente:

"Artículo 20. Para la obtención del título de Abogado es indispensable cumplir los requisitos que se señalan a continuación:

"2. Haber aprobado los 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 Suseciones;

"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 acrediten un programa general de notas no inferior a cuatro veinticinco (4.25), o su equivalente, serán eximidos de exámenes preparatorios".

La norma transcrita (Decreto reglamentario 3200 de 1979, art. 20), en concepto del demandante, estableció un tratamiento discriminatorio al estudiante de Derecho colocándolo manifiestamente en un plano de desigualdad frente a la población universitaria del País; cercena el derecho a escoger libremente profesión u oficio por la cortapisa que establece para quienes se sienten atraídos por las ciencias jurídicas, por cuanto no se presentan estas en igualdad de condiciones con las demás profesiones, esto es, desestimulándose la profesión de abogado por parte del mismo Estado, lo que es contrario a lo dispuesto por el artículo 39 de la Constitución; cercena brutalmente la libertad de enseñanza al constreñir a los institutos docentes a que sometan exclusivamente a los estudiantes de Derecho a pre-

sentar los impropiamente denominados "exámenes preparatorios", todo lo cual se traduce en violación del artículo 41 de la Carta, y por último, ha incurrido el Ejecutivo además en violación de sus atribuciones por "cuanto ha rebozado ampliamente la facultad constitucional de reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional estatatuída en el ordinal 12 del artículo 120 de nuestra Carta Magna".

Del concepto del señor Fiscal la Sala transcribe los siguientes apartes por considerarlos atinentes al caso debatido.

"Es un hecho notorio y por tanto relevado de prueba (art. 177 del C. de P. C.), que en Colombia el mercado de profesionales en general y tradicionalmente el de abogados en particular se ha saturado dada la gran cantidad de profesionales que diariamente se gradúan en las distintas facultades que funcionan en el país; esta saturación, en el caso del derecho, ha sido consecuencia de un proceso paulatino fomentado, de una parte, por la fundación de nuevas facultades de la citada rama del saber, dada la facilidad y bajo costo que requiere la logística de un establecimiento de tal naturaleza (es suficiente con tener una edificación, salones, pupitres y profesores); y, de otra parte, por la poca exigencia académica que esporádicamente se le ha impuesto a los futuros abogados, lo cual ha ocasionado por épocas la baja calidad de tales profesionales.

"Estos hechos irrebatibles son los que han llevado también en ciertas épocas a las autoridades encargadas del manejo y control de la instrucción pública, a tomar decisiones (consignadas en normas), con el fin de poner coto a tales situaciones que indudablemente perjudican al país. A una de dichas coyunturas obedeció la expedición del Decreto 3200 de 1979, mediante el cual se consagraron una serie de requisitos especiales para que el estudiante de las ciencias jurídicas pudiese optar al título correspondiente; entre los cuales se encuentra el de presentar exámenes preparatorios en unos determinados grupos de materias, que es el contenido de la norma demandada, pero ese requisito no obedece a un querer hacer más difícil la obtención del título, o a la imposición de un obstáculo que de alguna manera represe la salida de más profesionales al mercado, como es la forma en que lo plantea la demandante; no, a nuestro juicio, se trata de un último ejercicio intelectual, que indudablemente demanda un gran esfuerzo, pero que le permite al futuro profesional hacer un repaso general de las asignaturas que integran las diferentes áreas del saber jurídico, con el propósito de que con dicho estudio logre configurar un esquema jurídico global de su profesión, de suerte que se forme un criterio jurídico, elemento indispensable en el buen abogado".

La Sala comparte las apreciaciones del señor Fiscal, pues fuera de que no se evidencian las violaciones indicadas por la demanda, en el sentido y alcances que les atribuye, las que, como bien lo anota el distinguido colaborador, "no pasan de ser una apreciación bastante subjetiva de la materia, carente de un sólido sustento jurídico", es indudable que la norma cuestionada no busca otro objetivo que el de crear a los aspirantes al título de abogados situaciones favorables de protección al posterior ejercicio de la misma profesión, disponiendo la obligatoriedad de algunos requisitos, tan importantes como los

preparatorios, que garanticen la idoneidad de quienes presten sus servicios como mandatarios en los trámites judiciales. Y es innecesario relievar la importancia de la reglamentación contenida en el Decreto 3200 de diciembre 21 de 1979, impugnado como norma que sirve de fundamento a la evaluación de la preparación jurídica de los estudiantes aspirantes al título profesional, y como instrumento eficaz para devolverle a la actividad profesional del abogado el ámbito de idoneidad por su preparación y de moralidad y confianza de que tradicionalmente ha estado rodeada entre nosotros. Y para que la carrera de la abogacía no se repute hoy como intermedia y se le envilezca, y para que corresponda a los reclamos y a las exigencias del momento, se hace indispensable exigir mucho más a los estudiantes del Derecho y abrirle también a ellos los horizontes que ha venido despejando la técnica científica, así como inspirarles confianza suficiente en la supervivencia y primacía de las formas jurídicas, puesto que no pueden ser sino jurídicas las soluciones que el País dé a sus crónicas y acrecentadas dolencias.

Ni el artículo 16 de la Constitución Nacional que ciertamente no viene al caso, ni los artículos 39, 41 y 120, numeral 12 aparecen quebrantados por la norma objeto de acusación, resultando por el contrario ajustada a dichas disposiciones que facultan a la ley para exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones (art. 39); que facultan al Estado para ejercer la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, "en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual moral y física de los educandos" (art. 41); y que faculta al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, para "reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional" (numeral 12, art. 120).

Las razones anteriores son suficientes para que las súplicas de la demanda sean despachadas en forma desfavorable.

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:

Niéganse las peticiones de la demanda formulada por Alba Serna Rivas en su condición de ciudadana colombiana.

Cópiese, notifíquese.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 17 de junio de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

TITULOS DE IDONEIDAD Y REGLAMENTACION DEL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES.—

LEY ORGANICA DE CONTADORES. Regula el ejercicio individual de la profesión de contador público. El Gobierno por medio de su potestad reglamentaria no puede reformar, restringir o derogar el sentido de la respectiva ley.

SUSPENDESE PROVISIONALMENTE la expresión "y previa autorización de funcionamiento de la Junta Central de Contadores" del artículo 3º del Decreto reglamentario 1776 de 1973, expedido por el señor Presidente de la República.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinticuatro de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 597. Actor: José Joaquín Bernal Arévalo.

Conoce esta Sala del recurso de súplica interpuesto por el doctor José Joaquín Bernal Arévalo contra el auto del 1º de septiembre del año próximo pasado proferido por el Consejero ponente respecto a la parte en que denegó la suspensión provisional del acto acusado objeto de tal solicitud.

I. Antecedentes:

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se demanda la nulidad del artículo 3º del Decreto reglamentario número 1776 de 5 de septiembre de 1977 en la parte que expresa "y previa autorización de funcionamiento de la Junta Central de Contadores". Así mismo se pide la anulación del artículo 1º del Decreto reglamentario 007 de 1983.

La demanda en lo que hace al artículo 3º del Decreto reglamentario 1776 de 1973 expresa que es claramente violatorio de los artículos 76, 120, 39, 44 y 50 de la Constitución Nacional; los artículos 146 y 633 del Código Civil y "fundamentalmente el artículo 12 de la Ley 145 de 1970".

El demandante arguye, que de conformidad al artículo 39 de la Carta, es competencia exclusiva del legislador establecer reglamentos, condiciones sobre idoneidad y regular el ejercicio de las profesiones. "Y el Gobierno en ningún caso podrá hacer cosa distinta a obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento y ejercer la potestad regla-

mentaria, limitándose a expedir los decretos necesarios para su cumplimiento, pero sin reformar, restringir o derogar el sentido de la respectiva ley". Afirma que el artículo 44 de la Constitución Nacional consagra el derecho de formar compañías y asociaciones cuya única restricción es el respeto a la moral y al orden legal. Igualmente aduce que según el artículo 50 de la Constitución Nacional y disposiciones legales vigentes "todo lo relacionado con la personalidad ante el Decreto, a las personas jurídicas, al estado civil de las mismas y a la reglamentación de la idoneidad y ejercicio de las profesiones, es atributo exclusivo del Congreso, sin que el Gobierno pueda intervenir restringiendo o modificando los alcances de las leyes respectivas".

En cuanto a la supuesta transgresión de la norma superior contenida en el artículo 12 de la Ley 145 de 1960 que es el cargo fundamental invocado y al cual se contrae el de la suspensión provisional, el demandante dice lo siguiente:

> "Ya hemos dicho que el artículo 12 de la Ley 145 de 1960, es la única norma expedida por el legislador que hace referencia alguna a las firmas u organizaciones de contadores públicos; para referirse exclusivamente al ejercicio de actividades propias de esa profesión, con el único fin de exigir que tales actividades se cumplan bajo la directa responsabilidad, de la persona natural del contador público, sujeto este que debe estar inscrito como tal. Es el único requisito que establece la Ley Orgánica. Con la aclaración además de que, como lo dijo la sentencia de marras, en ningún caso habla la norma de que se trate de firmas dedicadas *exclusivamente* a las actividades contables, porque como ya se vio, desde sus orígenes tales sociedades o asociaciones no sólo, por razones técnicas, cuentan con contadores como socios o afiliados, sino con otra clase de profesionales con actividades conexas; y así ocurría desde cuando se estudió el proyecto de ley, según la interpretación histórica que se hizo.
>
> "Donde la ley no distingue no se puede distinguir, dice la interpretación gramatical; y el empleo de la sindéresis, en esta materia, es apenas elemental, porque lo que exige la ley como era obvio, no es inscripción alguna de firmas, sino *la inscripción de la persona del contador* que a su nombre desarrolle la actividad profesional.
>
> "Queda entonces claro, que ni se trata de que las firmas sólo deban integrarse por contadores públicos, como ya lo dijo la sentencia con *autoridad de cosa juzgada*, ni menos que exista en el *ejercicio de la profesión*, obligación de la ley que restrinja la actividad de la sociedad o compañía, a una inscripción administrativa que no exige ley alguna, que consagre como institución independiente sometidas a un régimen civil o comercial especial, las pretendidas 'firmas o sociedades de contadores públicos'; y menos que pueda pretender crearlos el Ejecutivo, sin violar los artículos 44 y 50 de la Constitución Nacional. Y que tampoco puede inventarles el Gobierno por medio de un decreto condiciones del estado civil de la persona jurídica y menos deberes u obligaciones para el ejercicio de sus actividades profesionales porque todo ello está reservado al legislador.

"Como quedó anotado, el artículo 12 de la ley, fuera de lo anteriormente tratado, se limitó a establecer una prohibición para las compañías o firmas, en cuanto al ejercicio de revisorías, auditorías o interventorías de sociedades o instituciones en las cuales algunos de los afiliados (no solamente socios) a tales firmas sea cajero contador o administrador. Pero esto nada tiene que ver con la pretendida obligación de la famosa inscripción; la cual sólo ha servido para el ejercicio de las discriminatorias y arbitrarias actividades de la Junta Central.

"Basta la simple comparación del artículo 12 con el aparte final acusado del artículo 3º del Decreto 1776 de 1973, para concluir que ese mandato del Decreto, está fuera de la simple facultad reglamentaria, por establecer una condición no sólo a la existencia, derechos y deberes de la sociedad, sino también de la libertad de asociación, que sólo puede ser regulada por la ley. Muestra o ejemplo de esto, es el famoso 'aviso circular' que la Junta Central envió a la prensa, con el ánimo de impedir que a las firmas se les designe en revisorías fiscales, por medio de sus contadores públicos.

"De tal manera que no solamente no se ha cumplido con los principios esenciales qué regulan la facultad reglamentaria del Ejecutivo, sino que tampoco encaja esa abusiva intromisión, dentro de la simple facultad de inspección propia del Gobierno, en el ejercicio de las profesiones, que no puede ir más allá de lo que la ley exprese. Y menos que en ejercicio de cualquiera de esas facultades pueda el Ejecutivo inventarse definiciones de personas jurídicas, cuestión propia de la ley".

II. El auto suplicado:

En el proveído cuestionado se considera que el caso de autos no está bajo el amparo del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo en virtud de no ser clara y evidente la contradicción entre la disposición parcialmente acusada del artículo 1º del Decreto reglamentario número 176 de septiembre de 1973 y la norma superior que se dice vulnerada, el artículo 12 de la Ley 145 de 1960, contentiva del estatuto reglamentario del ejercicio de la profesión de contador público. En síntesis, razona así el Magistrado sustanciador:

"Para arribar a una conclusión sobre la presunta violación de la primera de las normas citadas, sería necesario en primer lugar dilucidar si las expresiones 'firmas dedicadas al ejercicio de actividades contables' y 'firmas de contadores públicos' son equivalentes y de no serlo, cuáles son las diferencias existentes a este respecto. En segundo lugar, sería preciso hacer un análisis minucioso y distintivo de los presupuestos de hecho de que parten las normas materia de comparación".

III. El acto acusado:

El Decreto número 1776 de 1973 fue expedido para reglamentar los artículos 1º, 2º, 8º y 12 de la Ley 145 de 1960.

El artículo 3º cuya parte final se pide anular, dice lo siguiente:

"*Artículo tercero.* Se entiende por firma de Contadores Públicos, la persona jurídica que se dedica a la prestación de servicios propios de los contadores públicos, bajo la dirección y responsabilidad de estos y previa autorización de funcionamiento de la Junta Central de Contadores".

El artículo 12 de la Ley 145 de 1960 que se estima por el demandante transgredido o vulnerado por la norma transcrita anteriormente expresa:

"Las firmas y organizaciones profesionales dedicadas al ejercicio de actividades contables sólo podrán cumplir las funciones adscritas a los contadores públicos bajo la responsabilidad de personas que hayan obtenido la inscripción correspondiente y no podrán encargarse en ningún caso, de la Revisoría, Auditoría o Interventoría de Cuentas de las sociedades o instituciones en las cuales alguno de los afiliados a tales firmas u organizaciones sea ocasional o permanentemente Contador, Cajero o Administrador".

IV. Consideraciones de la Sala:

Para resolver se considera:

Discrepa un tanto la Sala del criterio expuesto por el Magistrado sustanciador al denegar la suspensión en cuanto, según sus términos, "sería necesario en primer lugar dilucidar si las expresiones 'firmas dedicadas al ejercicio de actividades contables' y 'firma de contadores públicos' son equivalentes y de no serlo, cuáles son las diferencias".

Esta misma Sección en la providencia de 18 de mayo de 1975 cuya copia se adjuntó a la demanda (fl. 14), al resolver acerca de la nulidad del artículo 3º del Decreto reglamentario 1776 de 1973, que es el mismo demandado, en el presente proceso, aunque no por el cargo enderezado a la última parte, interpretó que dicho precepto se contrae exclusivamente a la firma de contadores públicos, "siendo esta una especie de 'las firmas profesionales' dedicados al ejercicio de las actividades contables" de que habla el artículo 12 de la Ley 145 de 1960 por la cual se reglamentó el ejercicio de la profesión de Contador Público. Las primeras se suponen integradas por contadores públicos, en tanto que en las segundas pueden participar quienes pertenezcan a otras profesiones. En ambas, el objeto social de la firma será el ejercicio de actividades contables, constituyendo ésta su identidad y aquélla su diferencia.

Ahora bien: El cargo, en síntesis, afirma que el artículo 12 de la Ley 145 de 1960 resulta vulnerado por la última parte del artículo 3º del Decreto reglamentario 1776 de 1973, en cuanto establece que "la firma de contadores públicos a que se refiere para operar, requieren 'previa autorización' de funcionamiento de la Junta Central de Contadores". Se pregunta entonces si esa disposición quebranta ostensible y claramente el artículo 12 del estatuto de la profesión de

contador público al resolver la facultad reglamentaria del Ejecutivo en cuanto impuso el permiso de funcionamiento de la Junta Central conforme reza el artículo 3º supracitado.

En primer lugar esta Sala entiende con el demandante que la ley orgánica de la profesión del Contador Público en realidad se refiere, como lo predica su artículo 1º, a la persona natural que mediante la inscripción correspondiente acredita su competencia profesional para dar fe de determinados actos así como para desempeñar ciertos cargos en los términos de tal estatuto.

Es claro entonces que es a esas personas naturales y no a las firmas o personas jurídicas a las que pertenezcan a las cuales se refiere el estatuto plasmado por medio de la Ley 145 como también lo son otros ordenamientos similares relacionados con las distintas profesiones reglamentadas por la ley en desarrollo del artículo 39 de la Constitución Nacional; entre otras cosas, porque la idoneidad exigida para desempeñar cada profesión no puede ser establecida sino con respecto al individuo que pide, reclama o es opcionado a ejercerla y en ningún caso en relación a la entidad de la cual forma parte, como es obvio. Es a manera de estatuto personal del profesional independientemente de las asociaciones, sociedades o firmas, que se formen alrededor de su ejercicio.

Naturalmente, y esto también es obvio, que se pueden exigir limitaciones y requisitos para la formación y funcionamiento de tales asociaciones, firmas o sociedades, pero para ello es indispensable que la ley lo prevea, ordene o establezca, y en tal evento solamente la ley puede hacerlo, conforme al mismo artículo 39 en concordancia con el 44 *ibídem*.

En el caso *sub lite* no cabe duda que mediante el Decreto reglamentario, concretamente por medio del artículo 3º acusado, se impone a las firmas de Contadores la obligación de solicitar permiso de funcionamiento a la Junta Central de Contadores Públicos establecida en la Ley 145 de 1960, lo cual quebranta el texto y el espíritu de ésta, cuando quiera que además de lo ya dicho en cuanto a su finalidad, en ninguna parte de su ordenamiento se estipula esa obligación que presuponga una limitación al ejercicio asociativo de la profesión de contador público o a las actividades contables de que trata el artículo 12 de la citada ley. El Decreto reglamentario no podrá ir más allá de la ley reglamentada y siendo ello así como resulta evidente, la transgresión a la norma superior es manifiesta.

Pero es más, entre las atribuciones de la Junta Central de Contadores (art. 15 de la Ley 145) creada por el Decreto legislativo número 2373 de 1956, no está la de dar licencia o permiso de funcionamiento a las firmas de Contadores Públicos, como lo ordena el artículo 3º del Decreto 1776 objeto de la demanda. Basta con leer una a una sus atribuciones para darse cuenta de esta verdad. En efecto dispone dicho artículo:

> "Artículo 15. La Junta Central de Contadores tendrán el carácter de entidad disciplinaria de la profesión, en el ejercicio de las siguientes funciones:

"1. Decidir sobre las solicitudes de inscripción de los aspirantes a contadores y cancelar las que haya autorizado, con sujeción a las normas de esta Ley y a las reglamentaciones posteriores.

"2. Autorizar por medio de su Presidente la inscripción de los contadores públicos en los libros respectivos, y las licencias y certificados del caso.

"3. Recibir por medio de su Presidente o del miembro a quien éste designe el juramento profesional a los contadores sin título universitario.

"4. Señalar, previa aprobación del Ministerio de Educación, la forma de acreditar el cumplimiento de los requisitos de admisión para los cuales no se hubiere exigido una prueba especial en esta Ley o en los decretos que la reglamenten.

"5. Llevar un registro de los contadores públicos tanto titulados como autorizados.

"6. Expedir los certificados que habilitan a una persona para ejercer las funciones indicadas en esta Ley.

"7. Imponer las sanciones previstas en esta Ley y en sus decretos reglamentarios.

"8. Elaborar y divulgar, previa aprobación del Ministerio de Educación, un código de ética profesional para los contadores y hacerle, llegado el caso, las enmiendas y aclaraciones que fueren necesarias.

"9. Velar por el cumplimiento de la presente Ley y de las reglamentaciones posteriores, así como por el de todas las demás relativas a la contaduría pública.

"10. Proponer al Gobierno proyectos de decretos reglamentarios para el mejor cumplimiento de esta Ley y de las demás disposiciones sobre la materia.

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

"12. Establecer Juntas Seccionales y delegar en ellas las funciones señaladas en los numerales 3, 5 y 9 de este artículo y las demás que juzgare convenientes para facilitar a los interesados que residan fuera de la capital de la República el cumplimiento de los respectivos requisitos.

"13. Revisar en cualquier tiempo los documentos que se le presenten, quedando autorizada para verificar los libros, registros o declaraciones juradas cuando lo considerare conveniente.

"14. Las demás que le atribuyan las leyes".

Como puede verse, por ningún lado se encuentra esa atribución de la Junta Central de Contadores, cuyas funciones de suyo importantes en la regulación del ejercicio de la profesión de Contador Público, especialmente en lo que hace a la inscripción, expedición de

licencias, certificados y sanciones, referentes al respectivo ejercicio profesional, no encajan con la discernida en la norma impugnada de contenido claro pero incontrastablemente ilegal en cuanto no aparece autorizada esa facultad por la ley precedente que sirve de soporte insustituible del Decreto reglamentario número 1776 cuyo artículo 3º, parte final que se demanda en acción pública de nulidad.

De otra parte, se dirá que de todas maneras incumbe a la Junta Central el control del ejercicio de la profesión de contadores públicos, y que por ser las firmas o compañías integradas por contadores públicos, deben estar sometidas a esa reglamentación y por ende sería posible su previa autorización de funcionamiento de esas entidades, tal como lo preceptúa el artículo 3º acusado.

Sobre el particular ya se ha aclarado que el estatuto o Ley 145 reglamentario de la profesión de contador público tiene por finalidad regular el ejercicio individual de la profesión de contador público. Y en cuanto al artículo 12 del mismo, que se indica en la demanda como infringido por el tantas veces mencionado artículo 3º del Decreto 1776 de 1973, se refiere a "firmas u organizaciones profesionales dedicadas al ejercicio de actividades contables" pero únicamente para decir que sólo podrán cumplir las funciones adscritas a los contadores públicos bajo la responsabilidad de personas que hayan obtenido la inscripción correspondiente.

La última parte del mencionado artículo 12 se reduce a imponer una incompatibilidad de las firmas que no "podrán encargarse en ningún caso de la Revisoría, Auditoría o Interventoría de Cuentas de las sociedades o instituciones en las cuales algunos de los afiliados sea Contador, Cajero o Administrador", pero ello no tiene que ver para nada con el permiso de funcionamiento cuestionado.

Así las cosas, lo procedente será revocar el auto suplicado y en su lugar acceder a la petición denegada de suspensión provisional teniendo en cuenta que en el presente caso se cumplen las exigencias del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, conforme a las anteriores consideraciones.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

1º *Revócase* el numeral II del auto que ha sido objeto del recurso de súplica.

2º *Se decreta* la suspensión provisional de la expresión "y previa autorización de funcionamiento de la Junta Central de Contadores" del artículo 3º del Decreto número 1776 de 5 de septiembre de 1973, expedido por el señor Presidente de la República.

3º Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase al Magistrado Ponente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticuatro de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

EJERCICIO DE LA LOCUCION.— REGLAMENTACION A TRAVES DE MEDIOS DE RADIODIFUSION SONORA Y TELEVISION.

SE SUSPENDEN PROVISIONALMENTE los artículos 1º a 24 del Decreto 2670 de octubre de 1984, emitido por el señor Presidente de la República y el señor Ministro de Comunicaciones.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinticuatro de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Expediente número 848. Actor: Juan Manuel Arboleda Perdomo.

El ciudadano Juan Manuel Arboleda Perdomo en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, ocurre ante el Consejo de Estado, impetrando de la Corporación se declare la nulidad del Decreto reglamentario 2670 de 29 de octubre de 1984 por medio del cual se reglamenta el ejercicio de la locución a través de los medios de radiodifusión sonora y televisión.

Al mismo tiempo, solicita se decrete la suspensión provisional de la norma acusada.

Como la demanda reúne los requisitos formales es admisible como más adelante se resolverá.

En cuanto a la solicitud de suspensión provisional impetrada, el Despacho entra a su estudio mediante las siguientes consideraciones:

1. Cita el actor como normas violadas por el acto demandado, el artículo 39 de la Carta Política en concordancia con el 120, numeral 3 *ibídem*.

2. El Decreto 2670 de 1984, por el cual se reglamenta el ejercicio de la locución en radio y televisión, se fundamenta esencialmente en el artículo 2º, literal a) del Decreto-ley 129 de 1976, y es evidente que dicha norma no establece el oficio de locución ni determina tal actividad como profesional derivada de unos estudios previos a cuya culminación se expide tal título.

En efecto, reza el literal a) del artículo 2º del Decreto-ley 129 de 1976:

"Artículo 2º Además de las que en forma general señala a los Ministerios el Decreto 1050 de 1968 en su artículo 3º, el Ministerio de Comunicaciones tendrá las siguientes funciones especiales:

"a) De acuerdo con el Presidente de la República, adoptar la política de comunicaciones del país, especialmente en materia postal, de telefonía, de telegrafía, de radiodifusión, de televisión, de publicidad, de cinematografía y, en general, de todos aquellos servicios relativos a la transmisión de mensajes hablados, audiovisuales o postales entre distintas personas, en concordancia con la política general de desarrollo".

3. Conforme a la preceptiva del artículo 39 de la Carta, corresponde a la ley exigir títulos de idoneidad y reglamentar las profesiones en su ejercicio; las autoridades sólo inspeccionarán los oficios y profesiones "en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas".

4. En reciente providencia, mediante la cual se culminó un proceso de simple nulidad sobre aspectos contenidos en acto administrativo de similar naturaleza al que en el presente se debate, la Corporación, entre otros argumentos, expuso:

"Observa la Sala que bajo la forma de reglamentación del Decreto-ley 129 del 26 de enero de 1976, reorgánico del Ministerio de Comunicaciones, dictado en uso de las facultades extraordinarias de la Ley 28 de 1974, el Decreto reglamentario 1131 del 20 de abril de 1983 demandado, implantó todo un estatuto sobre el ejercicio de un oficio como lo es el de 'actor' o 'director' de radio, teatro y televisión, ocupando así claramente la competencia que la Carta le asigna de manera única y exclusiva a la ley; o sea que se hizo por decreto lo que, según el artículo 39 de la Constitución Nacional le está reservado en forma exclusiva a la ley, pues sólo ésta 'puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones', y sólo 'para la cumplida ejecución de las leyes' se ejerce la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República como Jefe de Estado y Primera Autoridad Administrativa".

"El Decreto-ley 129 de 1976 invocado indebidamente en el Decreto demandado, no establece los oficios de 'actor' o 'director' como profesiones, ni las regula ni las reglamenta. Luego mal puede reglamentarse lo que no está comprendido en el acto reglamentado".

5. Como consecuencia de lo antes expuesto, no cabe la menor duda para el Despacho, que en desarrollo de la potestad reglamentaria de que está investido el señor Presidente de la República por el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Nacional, no se puede crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas como si se actuara en ejercicio de facultades extraordinarias, sino que dicha capacidad reglamentaria debe estar dirigida para lo que es, reglamentar y desarrollar las leyes.

Por lo tanto, es ostensible y manifiesta la violación de las normas invocadas por el actor (arts. 39 y 120, numeral 3 de la C. N.), con la expedición del Decreto 2670 de octubre 19 de 1984, por medio del cual se dice reglamentar el ejercicio de la locución a través de medios de radiodifusión sonora y televisión, ejerciendo además facultades que no le competen y ocupando la competencia que la Carta Fundamental le asigna sólo a la ley, exigiendo título de idoneidad y reglamentado el ejercicio de la profesión de la actividad de locución por medio de un decreto reglamentario.

En consecuencia, el Despacho.

Dispone:

1. Admitir la demanda de nulidad contra el Decreto 2670 de 1984 expedido por el Presidente de la República y su Ministro de Comunicaciones, presentada por el ciudadano Juan Manuel Arboleda Perdomo.

2. Notifíquese personalmente al señor Fiscal Primero de la Corporación.

3. Notifíquese personalmente al señor Ministro de Comunicaciones.

4. Fíjese el negocio en lista por el término legal.

5. Solicítese al Ministerio de Comunicaciones los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición del acto demandado.

6. Decrétase la suspensión provisional de los artículos 1º a 24 del Decreto 2670 de 29 de octubre de 1984 expedido por el Presidente de la República en asocio de su Ministro de Comunicaciones.

Notifíquese y cúmplase.

Luis Antonio Alvarado Pantoja.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO II

RESOLUCIONES Y ACTOS MINISTERIALES

YACIMIENTOS DE ORO.—

RESERVA ESPECIAL DE LA NACION SOBRE CIERTOS YACIMIENTOS DE ORO. Su declaratoria por Decreto 0185 de 1985, artículo 1º.

APORTES O CONCESIONES DE DICHOS YACIMIENTOS A CIERTAS ENTIDADES ESPECIFICAS. Artículos 2º y 3º ibídem.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintiuno de enero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente número 5082. Actor: Benjamín Figueroa Parra.

I

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra el auto calendado el día veintiuno (21) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987), por cuanto en éste se denegó la *suspensión provisional del acto impugnado,* por las razones que se precisan en el referido proveído.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcriben a continuación los apartes pertinentes de la providencia impugnada. En ella se lee:

"Segundo: La suspensión provisional se pretende respecto de la expresión 'y demás minerales' del artículo 2º de la resolución cuestionada y de la expresión 'y otros minerales' del artículo 4º del mismo acto.

"Tercero: El libelista estima que de una sencilla comparación de la resolución impugnada —en las expresiones transcritas— con los artículos 1º y 2º del Decreto 185 de 1985, se percibe que hay manifiesta violación de las normas superiores que se acaban de citar, porque estas facultan para aportar los yacimientos de oro, pero no los de otros minerales, como lo hizo la Resolución número 1462 de 1986 en las expresiones atacadas.

"Agregó el apoderado del actor que el aparte mencionado también contradice ostensiblemente los artículos 12, 14 y 15 del Decreto 2477 de 1986 'por las mismas razones expuestas'.

"Cuarto: Las normas invocadas por el actor y que se afirman desconocidas por el acto acusado dicen, en lo pertinente:

"Decreto número 0185 de 1985 (enero 17) por el cual se declaran de reserva especial unos yacimientos de oro.

"Artículo 1º Decláranse de reserva especial los yacimientos de oro ubicados en las comisarías del Guainía, Vaupés y Guaviare, en el área circunscrita por los siguientes vértices:

"Tomando como punto de partida el vértice A que corresponde al HITO internacional ISANA Me en la frontera de Colombia y Brasil, de coordenadas X = 681.276.54, Y = 803.680.98. Se continúa al Sur hasta el vértice B de coordenadas X = 676, 500, Y = 803.680.98. De acá, con rumbo Oeste hasta el vértice C de coordenadas X = 676.500, Y = 774.500. Se sigue con rumbo Norte hasta el vértice D de coordenadas X = 770.750. Y = 774.500. De éste con rumbo Norte 68° 37' 53" Este al vértice E de coordenadas X = 876.000, Y = 1.013.500. Luego con rumbo Sur 8° 21' 49" Este al vértice F que corresponde al HITO internacional número IV de coordenadas X = 799.794.73 Y = 1.024.703.43. De éste con rumbo Sur 17° 25' 52" Este al vértice G que corresponde al HITO internacional Río Tomo de coordenadas X = 715.662.49, Y = 1.051.118.97. De éste siguiendo hacia el Oeste el límite internacional de Colombia y Brasil hasta el vértice H, que corresponde al HITO internacional Río Cuyari de coordenadas X = 682.596.07, Y = 991.107.39. De éste siguiendo hacia el Oeste el límite internacional de Colombia y Brasil hasta llegar al vértice A que es el de partida.

"Artículo 2º Los yacimientos de que trata el artículo primero de este Decreto, sólo podrán aportarse o concederse a empresas comerciales e industriales de la Nación o a sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del cincuenta y uno por ciento (51%) del respectivo capital".

"*Decreto número 2477 de 1986* (31 de julio). Por el cual se reglamentan las Leyes 60 de 1967, 20 de 1969 y 61 de 1979 y se dictan otras disposiciones".

"*Artículo 12*. El objeto principal de los derechos que a cualquier título haya otorgado y otorgue la Nación sobre los yacimientos mineros es el de lograr, en beneficio de la economía del país, la exploración técnica de las áreas respectivas, *el aprovechamiento total de los minerales comercialmente explotables que en ellas se encuentren* y, en general, la realización de las finalidades que se enumeran en el artículo 2º del presente estatuto. Se entienden excluídos los minerales que el Estado haya reservado específicamente, o que atendiendo la política nacional de que trata el artículo 3º de la Ley 1ª de 1984, llegare a reservar.

"En el texto de las resoluciones o de los actos administrativos, sobre licencias, aportes, concesiones o permisos se dejará constancia expresa de lo previsto en el inciso anterior. En caso de no hacerse tal estipulación, ella se entendrá incorporada al

correspondiente acto, y siempre servirá de base, junto con lo dispuesto en el artículo 2º de este Decreto, para la interpretación y aplicación de todas y cada una de las cláusulas contenidas en las respectivas resoluciones o convenios.

"*Artículo 14*. Quedarán sometidas al régimen de aporte:

"a) Las minas de piedras preciosas o semipreciosas y en especial las de esmeraldas y demás variedades del berilo y de los compuestos de glucinio;

'b) Las descubiertas por entidades públicas y que tengan importancia básica para el desarrollo de la economía nacional, a juicio del Ministerio del ramo;

"c) Las que sean objeto de propuestas y solicitudes en trámite, que a juicio del Ministerio tengan importancia básica para el desarrollo económico y nacional y cuyos titulares opten por este régimen;

"d) Las que hayan sido objeto de concesiones, permisos o adjudicaciones, que a juicio del Ministerio tengan importancia básica para la economía nacional y cuyos interesados acuerden con el Ministerio someterse a este régimen;

"e) Las minas de metales preciosos de la reserva nacional.

"*Artículo 15*. Los yacimientos que constituyen la reserva especial del Estado sólo podrán aportarse o concederse a favor de empresas comerciales e industriales del Estado o a sociedades de economía mixta que tengan participación oficial mínima del 51% del respectivo capital".

"Quinto: Observa esta Sala Unitaria que el Decreto número 185 de 1985 no establece prohibición en cuanto al aporte de 'otros minerales' diferentes a los yacimientos de oro que allí se declaran de reserva especial, luego resulta indiferente para tal precepto cuánto se haga o deje de hacer.

"Por lo tanto, en principio, no se percibe violación de los artículos señalados por el actor:

" 'En cuanto al Decreto 2477 de 1986, en sus artículos 12, 14 y 15 tampoco existe prohibición para dar en aporte 'otros minerales' no constitutivos de reserva especial; luego de la sencilla comparación no aparece la manifiesta u ostensible violación denunciada, por lo que no se accederá a decretar la suspensión provisional solicitada. No sobra señalar que los aspectos atinentes a la competencia del Ministro de Minas y Energía deben ser estudiados a la luz de muy diversas disposiciones constitucionales y legales. Un estudio de esa complejidad, excede los límites de una providencia como la que ahora se dicta' ".

II

Sustentación del recurso:

A folios 37 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el texto del alegato presentado por el impugante, en el cual se hacen las siguientes valoraciones de naturaleza jurídica:

"1. La violación flagrante se alega respecto de los artículos 1º y 2º del Decreto 185 de 1985.

"Respecto del Decreto 2477 de 1986, artículos 12, 14, 15, se arguye indebida aplicación en principio.

"Si estudiamos el inciso 2º del artículo 12 se concluye que el estatuto minero exige que en el texto de las resoluciones se deje constancia expresa de lo previsto en el inciso anterior, lo cual da fuerza a la reserva específica del mineral de oro.

"En ese sentido las disposiciones de la resolución violan flagrantemente la disposición del estatuto.

"2. El Magistrado conductor arguye que el Decreto 185 no establece prohibición respecto a aporte de otros minerales pero la reserva y el aporte deben ser exclusivamente sobre oro si hemos de atrevernos a una clara preceptiva.

"No puede argüirse que en principio no se perciba violación ya que la norma inferior incluye otro tipo de yacimientos no previstos en las normas superiores por lo tanto las excede, rebasa y contraría.

"3. Existe de otra parte violación ostensible de los artículos 14 y 15 del Decreto 2477 de 1986 ya que al decir la resolución 'y demás minerales' y 'otros minerales' se rebasan los límites del régimen de aporte porque pueden haber minerales que no estén incluídos en las normas taxativamente enumeradas en el artículo 14 y exclusivamente los yacimientos que constituyen reserva especial podrán aportarse a empresas estatales, para efectos de lo dispuesto por el artículo 15.

"4. De otra parte si bien es cierto que no existen prohibiciones taxativas en las normas superiores, en cuanto al instituto de la suspensión provisional por violación flagrante ha de tenerse en cuenta cuáles conceptos son los admitidos y cuáles los excluídos.

"5. Si bien es cierto que la filosofía básica y central del estatuto minero es facilitar la explotación a fondo de las riquezas mineras del país, existen reglas generales, que no deben desatenderse.

"Al decir el artículo 12 que el objeto principal de los derechos mineros es el aprovechamiento total de los minerales comercialmente explotables que se encuentren en las áreas aportadas, concedidas o permitidas, se refiere a la máxima explotación de los yacimientos hasta el límite de lo comercial para los empresarios mineros.

"En cambio para los minerales reservados por el Estado ha de entenderse otro régimen más cuidadoso. Piénsese en el uranio o radioactivos de diversa índole o hidrocarburos.

"En ese sentido está redactado por ejemplo el artículo 108 que dice:

" 'Cada permiso amparará todos los minerales contenidos en la respectiva zona, *excepción* hecha de los hidrocarburos, las esmeraldas, berilos y demás piedras preciosas, la sal gema, los metales preciosos de los lechos y márgenes de los ríos navegables y *de aquellos minerales que la Nación haya reservado* o llegue a reservar con posterioridad a la expedición del presente Decreto'.

"Por eso también para resolver ha de tenerse en cuenta el considerando que sirvió de base al propio Ministro para resolver:

" 'Ahora bien, en cuanto a las solicitudes que se formulen para *otros minerales distintos del oro* y cuyas explotaciones a juicio del Ministerio no interfieran con los proyectos y programas que la empresa realice en la zona, podrán continuar su trámite normal'.

"En el mismo sentido el artículo 133 del estatuto minero establece en su inciso 2º:

" 'Este aporte podrá otorgarse aún sobre zonas comprendidas total o parcialmente en áreas que sean objeto de solicitudes, propuestas, adjudicaciones, contratos, permisos o aportes, *referentes a otros minerales*' ".

III

Consideraciones de la Sala:

A) Es verdad jurídica que la Ley 60 de 1967 en su artículo cuarto dipuso:

"El Gobierno podrá declarar de reserva nacional cualesquiera zonas del territorio colombiano para efectos de excluir los yacimientos que en ellas se encuentren del sistema de la adjudicación, o para destinarlas a investigaciones especiales del Ministerio de Minas y Petróleos";

B) Es cierto, igualmente, que la Ley 20 de 1969, como lo recuerda el profesor José Luis Aramburo, "...puso fin al sistema de adjudicación de minas, tradicional desde antes de la Independencia y durante nuestra existencia de país soberano, y dispuso que los avisos y denuncios en procura de adjudicaciones fueran tramitados como *concesiones, aportes o permisos*" (Curso de Derecho Minero. Segunda Edición, pág. 194) (Subrayas de la Sala). Esta filosofía es la que se recoge, en lo pertinente, en el artículo 8º de la citada ley, que sobre el particular consagra: "Todas las minas que pertenezcan a la Nación, inclusive las de piedras y metales preciosos de cualquier clase y ubicación, las de cobre y las de uranio y demás sustancias radioactivas, quedan sujetas al sistema de *concesión, del aporte o del permiso,*

conforme a las disposiciones que adopte el Gobierno. Pero los yacimientos que constituyen la reserva especial del Estado sólo podrán aportarse o concederse a empresas comerciales e industriales de la Nación o a sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del 51% del respectivo capital...";

C) Dentro del marco jurídico anterior, el Presidente de la República, "en uso de sus atribuciones constitucionales y legales y en especial de las que le confieren las Leyes 60 de 1967 y 20 de 1969 y el Decreto 1275 de 1970", dictó el Decreto número 0185 de 17 de enero de 1985, *"por el cual se declaran de reserva especial unos yacimientos de oro"* (Subrayas de la Sala). En el artículo 1º del mismo, se dispuso:

"Declárase de reserva especial los yacimientos de oro ubicados en las comisarías del Guainía, Vaupés y Guaviare, en el área circunscrita por los siguientes vértices..." Esa perspectiva, se reitera en el artículo 2º de la referida normatividad (art. 3º), al consagrar:

"Los yacimientos de que trata el artículo primero de este Decreto, sólo podrán aportarse o concederse a empresas comerciales e industriales de la Nación o a sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del cincuenta y uno por ciento (51%) del respectivo capital".

Finalmente, en el artículo 3º se hacen algunas precisiones sobre la aplicación del Decreto para todas las cuales rige la filosofía de *"...que versen sobre el mismo mineral de que trata el artículo primero";*

D) Examinada la Resolución impugnada, esto es, la 001462, de 6 de octubre de 1986, originaria del Ministerio de Minas y Energía, a la luz de la normatividad anterior, la Sala encuentra que ella, al disponer en su artículo segundo: "Otorgar los *aportes* números 1194 y 1195 a la Empresa Colombiana de Minas —Ecominas— para adelantar trabajos de exploración y explotación de los yacimientos de *oro y demás minerales...*" viola flagrantemente el artículo 1º del Decreto 0185 de 17 de enero de 1985, que en toda su literatura jurídica hace referencia exclusivamente al *"oro"*. Por lo tanto, cuando el Ministerio de Minas y Energía otorga los aportes números 1194 y 1195 para adelantar trabajos de exploración y explotación de *otros minerales existentes en las áreas indicadas en el acto impugnado,* está obrando fuera de sus facultades legales, esto es, haciendo algo para lo cual la ley no le ha dado competencia. Esta, por lo demás, no es aplicable por analogía. En esta materia no puede perderse de vista que las autoridades no pueden hacer sino aquello que expresamente les está permitido. Esta filosofía es uno de los pilares fundamentales de la concepción personalista del Estado de Derecho que impide la arbitrariedad y proporciona seguridad jurídica. Así las cosas, aparece con claridad meridiana la violación de una norma superior que se percibe a través de una sencilla comparación del acto impugnado con ella, lo que hace viable la suspensión provisional, a la luz de lo preceptuado en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo. Por ello el auto suplicado será revocado pero sólo en cuanto negó la suspensión provisional;

E) La acción ejercitada se orientó sólo a solicitar la nulidad del aparte del artículo segundo que reza: "y demás minerales". Ello explica que el sentenciador no pueda ampliar ese radio de acción para hacerlo extensivo al artículo cuarto de la Resolución número 1462 de 1986, cuya nulidad no se impetra, pero donde también se encuentra el mismo concepto. Es verdad que bajo el rubro "Nulidad del Concepto 'y otros minerales' en el artículo cuarto" se pide la suspensión provisional del aparte pertinente de este artículo, pero al no solicitarse también la acción de nulidad del mismo, ella no procede, pues la suspensión tiene relación de causa a efecto con la acción que se ejercita, esto es, sin poner en marcha ésta no es posible suspender nada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

Resuelve:

Revócase el punto segundo del auto calendado el día veintiuno de octubre de mil novecientos ochenta y siete, visible a folios 32 y siguientes del cuaderno número uno, dictado dentro del proceso número 5082, que denegó la suspensión provisional solicitada, y en su lugar, *dispone:*

Suspéndese provisionalmente el concepto *"y demás minerales"* que aparece en el texto del artículo (2º) de la Resolución número 001462 de seis (6) de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986), originaria del Ministerio de Minas y Energía, por las razones expuestas en el presente proveído.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo.

Arturo Mora Villate, Secretario.

DEMANDA.—

1. Señalamiento de las partes.

2. Corrección de la misma (art. 143 del C. C. A.).

IMPUESTOS. RENTA PRESUNTIVA.

1. Bases para determinarla. PROCESOS DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN QUE SE CONTROVIERTAN ACTOS DE ORDEN NACIONAL. CUANTIA PARA EFECTOS DE LA COMPETENCIA. Determinación. Por el valor de los perjuicios causados en la demanda por el actor en forma razonada, conforme al artículo 2º, numeral 1º del Código de Procedimiento Civil.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintinueve de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 2037. Actor: Exxon de Colombia S. A.

La sociedad Exxon de Colombia S. A. (antes Esso de Colombia S. A.), con NIT 60.005.220 y matrícula mercantil de Bogotá número 12973, por medio de apoderado debidamente constituído, ejercita "la acción contenciosa de restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra el Acto Administrativo Complejo (sic) integrado por el Oficio 0271 de abril 30 de 1987, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Resolución 03583 (sic) del 21 de septiembre de 1987, así mismo dictada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, mediante los cuales se le negó la reducción proporcional de la renta presuntiva a la sociedad Exxon de Colombia S. A. por el año gravable de 1986".

Refiriéndose a los "presupuestos procesales", el actor resalta que el escrito se presenta dentro de la oportunidad legal el día 5 de febrero de 1988, por haber sido notificada la Resolución 03584 el 8 de octubre de 1987. Que acredita su personería con el poder otorgado por el representante legal de la compañía cuya condición se comprueba con certificación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Indica como norma que asigna a esta Corporación la competencia, el numeral 3º del artículo 128 del Decreto 01 de 1984, del cual cita como aplicables al proceso los artículos 85, 135, 136, 137 y siguientes. Y señala dirección para notificaciones las oficinas de la empresa en esta ciudad.

Cita las normas que considera violadas (art. 15, inciso 4º, numeral 2º de la Ley 9ª de 1983; art. 50 de la Ley 50 de 1985 y el art. 85 del Decreto 01 de 1984), y presenta un amplio y serio análisis de los motivos por los cuales considera violadas las normas en que se apoya su demanda.

Se considera:

Aplicando el "principio antiformalista", en la medida en que la jurisprudencia colombiana lo ha permitido, la Sala Unitaria ha revisado atentamente la demanda anterior, pero ha llegado a concluir que es necesario hacerle las siguientes objeciones:

Primera: La falta de la designación de la parte demandada y su representante, ha pretendido verse por algunos comentaristas como un exagerado formalismo que se entiende superado con la designación del acto acusado, el cual invariablemente señala la entidad administrativa correspondiente.

Esta misma de que adolece la demanda, se había podido observar como susceptible de corrección, si el término de caducidad lo hubiera permitido, según el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, pero desafortunadamente, faltaban dos días para vencer aquél, cuando se presentó la demanda.

En casos como el presente, indicar a la Nación, como demandada y representada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, constituye previsión acertada del nuevo Código que estructuró el proceso contencioso administrativo, con el criterio de ser el cauce legal para dirimir las controversias surgidas con ocasión de la actividad administrativa y en el cual la demandante y la demandada como "partes" principales de ella, deben ser identificadas de manera nítida. Tanto que sin ello se corre el riesgo de no entrabarse en debida forma la relación jurídico procesal.

Ninguno de estos factores, que están ínsitos en los artículos 82, 83, 84, 85 y 137-1, entre otros del Decreto 01 de 1984, pueden darse como cumplidos con la indicación del demandante de ejercer la acción del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra el "aeto administrativo complejo" integrado por un oficio del Ministro y la resolución que confirmó lo resuelto en aquél.

Segunda: La acción ejercida es la de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. Las pretensiones se concretan a pedir que se declare la invalidez del Oficio 271 de abril 30 de 1987 y la Resolución 3584 de septiembre 21 de 1987, dictados por el Ministro de Hacienda, que negaron la reducción proporcional de la renta presuntiva (con base en la facultad del art. 50 de la Ley 50 de 1985), y que, en su lugar, se ordene: "Que de la base del cálculo para la renta presuntiva se excluya la totalidad de los ingresos por ventas de productos sujetos a control de precios, como consecuencia de haber obtenido mi representada una rentabilidad negativa en estos ingresos del 1.59%".

Esta última pretensión en la cual radica verdaderamente el objeto del litigio, suscita dos consideraciones en el procedimiento, a saber:

a) En la cuantía y la competencia.

Las bases para determinar la "renta presuntiva" las concreta la ley colombiana en el patrimonio líquido del año anterior o en los ingresos netos del ejercicio, a razón de un 8% para la primera y un 2% para la segunda, debiendo adoptarse la que indique un mayor resultado.

La discusión se concreta en el presente caso, a que se depure la base de ingresos netos con factores que permite la ley (venta de productos sometidos a precios políticos, controlados por el Gobierno), factores que por estar identificados, podrían computarse para determinar la base a que se aspira y por ende el correspondiente impuesto a cargo de la empresa.

Esta circunstancia conduce a pensar que el pretendido restablecimiento del derecho no es que "carezca de cuantía", como lo afirma la demanda al señalar como fundamento de la competencia de este Despacho el numeral 3º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo. Por el contrario, la pretensión indica que el procedimiento criticado que adoptó el Ministro, aumentó de manera ilegal la base de la renta presuntiva y como consecuencia el impuesto correspondiente, de donde se concluye, que el interés está radicado en el mayor impuesto que debió resultar a cargo de la empresa al no aceptar la disminución proporcional de su renta presuntiva.

En tales condiciones se trataría en el fondo, de un perjuicio económico que trata de resarcirse mediante el pronunciamiento de esta jurisdicción. La aspiración es válida y legítima, mas para adecuar los procedimientos a la naturaleza de las pretensiones, ha debido recordar el actor que la cuantía de ellas es factor determinante de la competencia y tratándose de un caso en que posiblemente pueda haber alguna dificultad técnica de precisarla, ello no es obstáculo para haberla cuantificado razonablemente.

Así lo estatuyen los numerales 9º de los artículos 131 y 132, al distribuir en única o en primera instancia el conocimiento de los procesos de restablecimiento del derecho en que se controviertan actos del orden nacional: "Cuando sea del caso, la cuantía para efectos de la competencia, se determinará por el valor de los perjuicios causados, estimados en la demanda por el actor en forma razonada, conforme al artículo 2º, numeral 1º del Código de Procedimiento Civil".

Si este aspecto de la cuantía y el consecuencial de la competencia, no hubieren sido tratados por el memorialista en forma tan precisa y concreta, la solución hubiera podido ser la de "enviar el expediente a la Corporación que fuere competente", según el penúltimo inciso del artículo 143 del Código Contencioso Administrativo. Pero, como en alguna ocasión lo manifestó el Consejo en Sala Plena "los poderes de interpretación ... de la demanda por parte del Juez, sólo pueden ser ejercitados cuando hay oscuridad o ambigüedad en la expresión literal

de ese libelo, en ningún caso cuando las pretensiones de la demanda son claras, precisas y concretas" (IV-30.85 G.H., Rodríguez expediente número 11704).

b) En cuanto a la naturaleza del acto y la oportunidad para impugnarlo.

La mención simple de que se trata de un acto "complejo", conduce a una serie de consecuencias procesales no determinadas, a saber:

Siguiendo la doctrina, puede anotarse que, "lo característico del acto complejo es que la declaración de voluntad administrativa se forma mediante la intervención conjunta o sucesiva de dos o más órganos, cuyas respectivas manifestaciones de voluntad pasan a integrar aquella" (E. Sayagues-Laso, T. I, pág. 394, Tratado de Derecho Administrativo).

La determinación adoptada por el Ministro de Hacienda (oficio y resolución confirmativa sin derecho a más recursos), sobre la no reducción proporcional de la renta presuntiva en un año determinado, puede tomarse como parte y, desde luego fundamental, del acto de determinación del impuesto sobre la renta que se concreta en una liquidación de revisión o en la privada si ésta queda en firme.

Esta consideración lleva a calificar el acto del señor Ministro, no como un acto complejo, sino como un acto de trámite, porque no puso fin a la actuación administrativa ya que ésta, concebida como el proceso cuya finalidad no es otro que la determinación de la obligación sustancial tributaria a cargo de la empresa en un ejercicio fiscal concreto, sólo se materializa en el acto de liquidación de revisión que produce el Administrador de Impuestos Nacionales, o de no notificarse éste dentro de los dos años, la liquidación privada presentada por el contribuyente, la cual queda en firme. Ninguna de las dos se conoce, aunque hay algunas esporádicas referencias a la privada, sin que se indique el valor del mayor impuesto o, lo que es equivalente en este caso, el "perjuicio" causado por la negativa ministerial.

De acuerdo a lo anterior, la conclusión es que la acción no procede contra los actos del Ministro, por no tener el carácter de definitivos (inciso 4º, art. 84 del C. C. A.) y su impugnación procedería con ocasión de la acción contra el acto final de liquidación, o sea, la que tiene por objeto que se modifique una obligación fiscal (inciso final, art. 85).

Como el actor se ha limitado a calificar el acto impugnado de "complejo", sin despejar las incógnitas sobre su incidencia en el acto final de liquidación y la suerte de ésta (cuya acción está también sujeta a caducidad y otros requisitos) se desconoce, cualquier pronunciamiento sobre el acto acusado podría resultar inútil (si no se reflejó en un mayor impuesto), tardío (si ya vencieron los términos para impugnar la liquidación) o contradictorio (si la disminución contra aquella arroja otro resultado).

Este Despacho considera aplicables a situaciones como la planteada, el sistema de discusión de las llamadas "materias incidentales"

con el ataque a la liquidación de revisión, tal como lo previó el Decreto 1651 de 1961, en norma que no ha sufrido alteración con los cambios al procedimiento gubernativo introducido en normas posteriores y que repercute en la vía contenciosa en el sentido de que ante ésta sólo se somete a consideración el acto definitivo de liquidación del gravamen, como se desprende del segundo inciso del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, cuando consagró la acción sustituta del juicio especial de revisión de impuestos, en la modalidad de la acción de restablecimiento del derecho a favor de quien "pretenda que se modifique una obligación fiscal".

La norma del Decreto 1651 de 1961, antes mencionada, es el artículo 47 que dice:

"Las resoluciones en las cuales se decidan materias especiales que tengan incidencia en la liquidación de impuestos, sólo pueden ser discutidos con ocasión de los recursos que se interpongan contra las liquidaciones.

"Cuando la liquidación se practique antes de haber fallado materias incidentales, el término para reclamar se cuenta desde la notificación de esta providencia.

"....."

En atención a las consideraciones anteriores, la Sala Unitaria, con apoyo en el artículo 143 y demás disposiciones citadas del Decreto 01 de 1984, *resuelve:*

No se admite la demanda que antecede.

Notifíquese.

Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

EMPLEADO OFICIAL.— Reintegro.

Restablecimiento del derecho consistente en reintegro, como ejecución del fallo judicial. Cuando la misma sentencia condiciona el reintegro al hecho de no estar provisto el cargo, no ejecución igualmente se cumple con el pago de los sueldos, prestaciones, etc., determinados en la sentencia, y por el término allí dispuesto.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintinueve de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Joaquín Vanín Tello.*

Proyectó: *Doctor Antonio José Arciniegas A.*, Abogado asistente.

Referencia: Expediente número 1784. Actora: María Josefa Pinzón de Polifroni y otro.

José Polifroni Martino, mediante apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho, en demanda presentada ante esta Corporación el 6 de abril de 1983, impetró las siguientes

Declaraciones:

"*Primera:* Que es nulo el Oficio número 0701 de febrero 7 de 1983, expedido por el doctor Bernardo Ramírez, Ministro de Comunicaciones.

"*Segunda:* Que como consecuencia de lo anterior, se restablezca el derecho de mi mandante consistente en el reintegro a un cargo de igual o superior categoría al que desempeñaba al momento de ser removido ilegalmente del servicio, como lo ordenó el honorable Consejo de Estado mediante sentencia de la Sala Contencioso Administrativo de noviembre 29 de 1963.

"*Tercera:* Que igualmente se disponga que José Polifroni Martino, o quien sus derechos represente, tiene derecho a que por la Nación —Ministerio de Comunicaciones—, por conducto de la oficina pagadora correspondiente, se le paguen todos los sueldos, primas, vacaciones, aumentos y demás prestaciones sociales que se le adeudan por incumplimiento del citado fallo del honorable Consejo de Estado, desde el 30 de julio de 1965, fecha hasta la cual le fueron satisfechos.

"*Cuarta:* Que igualmente se reitere, como ya lo dijo el honorable Consejo de Estado en la mencionada providencia, que para todos los efectos legales relacionados con prestaciones sociales, no ha habido solución de continuidad en la prestación de servicios de mi poderdante a partir de la fecha de su remoción ilegal, hasta que sea legalmente reintegrado.

"*Quinto:* Que a las anteriores declaraciones se les deberá dar cumplimiento dentro de los términos previstos en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Hechos:

"1. Mi mandante José Polifroni Martino fue nombrado Jefe de Oficina I-10 —Organización Regional— Jefatura Zona de Bogotá del Ministerio de Comunicaciones, mediante Decreto expedido por el Gobierno nacional distinguido con el número 394 de febrero 17 de 1961.

"2. El nombramiento indicado en el hecho anterior fue autorizado con carácter provisional por la Comisión Nacional de Servicio Civil.

"3. Mi poderdante fue suspendido mediante Resolución 3302 del Ministerio de Comunicaciones, dictada en forma irregular el 7 de diciembre de 1961 y fue separado definitivamente del servicio por medio de Decreto 3248 de diciembre 21 de 1961, expedido por el Gobierno nacional.

"4. El nombramiento de su reemplazo recayó en persona no elegible ya que la comisión del servicio civil en la última fecha citada en el hecho anterior no disponía de personal elegible para el empleo de Experto-Postal IV-10 del Ministerio de Comunicaciones según la nueva denominación dada al empleo que fue ejercido por mí representado.

"5. Por lo expresado anteriormente, al quedar demostrada plenamente la violación de los artículos 51 y 53 del Decreto 1732 de 1960 el honorable Consejo de Estado, mediante sentencia de noviembre 29 de 1963, declaró la nulidad del Decreto mediante el cual se separó del servicio a mi mandante y ordenó el restablecimiento del derecho.

"6. Como consecuencia de la referida declaratoria de nulidad de la Resolución 3302 de 1961 del Ministerio de Comunicaciones y del Decreto 3248 del mismo año del Presidente de la República, el señor José Polifroni Martino, debía ser restituído al cargo de Experto Postal IV-10 rama técnica División de Servicios Postales, Oficina de Organización Regional, del Ministerio de Comunicaciones, si dicho empleo no había sido provisto hasta el momento del citado fallo (noviembre 29 de 1963) con el lleno de las formalidades prescritas en los artículos 51 y 53 del Decreto 1732 de 1960.

"7. En igual forma, el señor José Polifroni Martino por virtud del fallo del Consejo de Estado, tenía derecho a que se le pagaran por el Tesoro Nacional, por conducto del Ministerio de Comunicaciones, desde la separación ilegal del servicio y hasta el día que fuere reintegrado, si el empleo no había sido provisto hasta el 29 de no-

viembre de 1963 de acuerdo con las normas citadas del Decreto 1732 de 1960, el valor de salarios, primas, auxilios, etc., con sus aumentos de ley dejados de percibir durante dicho lapso.

"8. Igualmente, tenía derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de su ilegal desincorporación, por cuanto, con arreglo al mencionado fallo del Consejo de Estado, se entiende que no ha habido, solución de continuidad en el ejercicio de las funciones del demandante.

"9. Hasta el 29 de noviembre de 1963 fecha del fallo del honorable Consejo de Estado, mi mandante nunca fue reemplazado con las formalidades prescritas en los artículos 51 y 53 del Decreto 1732 de 1960 en el cargo de Experto-Postal IV-10 rama técnica División de Servicios Postales, Oficina de Organización Regional del Ministerio de Comunicaciones; en consecuencia, tenía derecho a ser reintegrado a ese cargo o a otro de igual o superior categoría y remuneración, al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde su separación ilegal del servicio y a la presunción de que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio para todos los efectos prestacionales.

"10. La Nación —Ministerio de Comunicaciones—, no dio cumplimiento al fallo ejecutoriado del Consejo de Estado ya que tan sólo le pagó los salarios y prestaciones dejados de percibir por mi poderdante hasta el 28 de marzo de 1963.

"11. En el año de 1965 mi representado adelantó un proceso ejecutivo ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, conducente al cumplimiento coactivo del fallo.

"Al demostrarse el incumplimiento del fallo del Consejo de Estado, el juzgado laboral citado libro mandamiento de pago de salarios y prestaciones desde el 29 de marzo de 1963 hasta el 30 de julio de 1965, recibiendo el señor José Polifroni las sumas respectivas.

"12. No obstante todo lo anterior, el Ministerio de Comunicaciones no dio cumplimiento a la sentencia del Consejo de Estado, causándole un notorio perjuicio a mi mandante, quien hoy se encuentra inválido debido a una lesión sufrida, y un agravio imperdonable a la justicia al no cumplir una decisión emanada del más alto tribunal de lo contencioso administrativo.

"13. Como mi representado siempre ha guardado su fe en la justicia así ésta le llegue en forma tardía, solicito nuevamente el cumplimiento del fallo del honorable Consejo de Estado de noviembre 29 de 1963, obteniendo respuesta del Ministro de Comunicaciones, doctor Bernardo Ramírez, mediante Oficio 0701 de febrero 7 de 1983, que en su parte pertinente dice: Lamento tener que informarle que el mencionado cargo ya no existe en la estructura actual del Ministerio, que fue modificado por el Decreto 129 de 1976, y que por tanto es imposible realizar el reintegro pues no se cumple la condición prevista por la sentencia misma de que el empleo estuviera vacante.

"De todas formas estoy seguro que sus servicios al Ministerio fueron muy valiosos y le hago llegar mis mejores deseos por una recuperación.

"El acto administrativo anterior que decidió definitivamente la situación, fue expedido, con abuso y desviación de poder, con falsa motivación manifiesta; por ello solicito respetuosamente su nulidad y el respectivo restablecimiento del derecho consistente en el reintegro de mi poderdante a un cargo de igual o superior categoría al que tenía derecho según la decisión del Consejo de Estado; al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde que fue separado ilegalmente del servicio, con sus incrementos legales; y la declaratoria de que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio para efectos prestacionales" (fls. 18 a 21, cuaderno principal).

En la demanda se indicaron como normas violadas por el acto acusado, los artículos 2º, 16, 17 y 30 de la Constitución Nacional y 121 de la Ley 167 de 1941.

El concepto de violación de tales disposiciones se lee en los folios 21 a 25 del cuaderno principal.

La demanda fue admitida y tramitada legalmente hasta cuando resultó destruído el expediente durante los trágicos sucesos del 6 y 7 de noviembre de 1985.

Fallecido el actor, su cónyuge *supérstite* y su hijo, a través de apoderado, solicitaron la reconstrucción del proceso, la cual fue tramitada y decretada por auto del 10 de diciembre de 1986, en el cual se dispuso que el proceso quedaba en estado de continuar su trámite a partir del vencimiento del traslado a las partes para alegar de conclusión y, por auto del 26 de junio de 1987, se ordenó correr traslado del expediente al Agente del Ministerio Público para concepto de fondo.

Cumplido el trámite de rigor y, no observándose causal alguna de nulidad procesal, se pasa a decidir, previas las siguientes

Consideraciones:

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación rindió concepto desfavorable a las pretensiones de la demanda, por las razones que se transcriben a continuación, compartidas por la Sala, para motivar esta sentencia.

Dijo el señor Agente del Ministerio Público:

"Como se consigna en la demanda, el accionante pretende la nulidad del Oficio 0701 de febrero 7 de 1983 emanado del Ministerio de Comunicaciones y, que como consecuencia de la nulidad, se reintegre al actor a un cargo de igual o superior categoría al que desempeñaba al momento de ser removido, según la sentencia de noviembre 29 de 1963 proferida por el Consejo de Estado, se le paguen los sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos y se declare que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio hasta cuando el demandante sea reintegrado.

"La parte resolutiva del fallo, expresa:

"'1º Declárase la nulidad de la Resolución número 3302 y el Decreto 3248, expedidos el 7 y 21 de diciembre de 1961, por el Ministro de Comunicaciones y el señor Presidente de la República, respectivamente, en cuanto que por ellos fue separado del servicio público el señor José Polifroni Martino.

"'2º Como consecuencia de la anterior declaración, el señor Polifroni Martino debe ser restituido al cargo de «Experto-Postal IV-10 —Rama Técnica— División de Servicios Postales, Oficina de Organización Regional, Ministerio de Comunicaciones», si este empleo no ha sido provisto con el lleno de las formalidades prescritas en los artículos 51 y 53 del Decreto número 1732 de 1960.

"'3º Al señor Polifroni Martino se le pagarán por el Tesoro Nacional, por conducto del Ministerio de Comunicaciones, los sueldos dejados de percibir durante el lapso comprendido entre la fecha en que quedó cesante en el ejercicio de sus funciones y el día en que sea reintegrado, si el empleo aún no ha sido provisto de acuerdo con las normas legales mencionadas. En el supuesto de que el cargo estuviere provisto legalmente, se le pagarán los sueldos dejados de percibir durante el lapso comprendido entre la fecha de la separación del servicio público y el día en que se hubiere hecho la separación en forma legal.

"'4º También se le pagarán al señor Polifroni las primas, bonificaciones, etc., que le hubieren correspondido estando en el mencionado cargo.

"'5º De la cantidad que deba pagársele (sic) al demandante se descontaran las sumas que éste hubiere devengado en el desempeño de cualquier empleo público y así mismo las correspondientes al desempeño de servicios particulares en horas ordinarias de trabajo.

"'6º Para efectos de prestaciones sociales se entiende que no ha habido solución de continuidad en el ejercicio de las funciones del demandante' (fls. 16 y 17, cuaderno principal).

"La decisión pretranscrita se fundamentó en la circunstancia de que el actor, quien venía desempeñando provisionalmente un cargo de carrera administrativa para el cual fue nombrado con autorización del Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, fue reemplazado por el Ministerio de Comunicaciones sin que se reunieran las formalidades y los requisitos de los artículos 51 y 53 del Decreto-ley 1732 de 1960. O sea decir, que aunque el demandante no pertenecía a la carrera administrativa gozaba de una relativa estabilidad en cuanto sólo podía ser removido mediante provisión del cargo que él venía desempeñando con arreglo a las exigencias previstas en los preceptos aludidos.

"El soporte motivo de la decisión determinó el condicionamiento de la misma. De ahí que, el reintegro ordenado sólo debería verificarse en el evento de que el cargo del cual fue removido el accionante no hubiere sido provisto conforme con los artículos 51 y 53 del Decreto-ley 1732 de 1960, pues, en caso contrario, la obligación o resta-

blecimiento del derecho se contraía al pago de los salarios, prestaciones sociales, bonificaciones, etc., dejados de percibir desde la fecha en que fue separado del servicio hasta aquella en que la provisión del cargo se hubiere hecho en forma legal, descontando las sumas percibidas por el desempeño de cualquier empleo público y así mismo las correspondientes al desempeño de servicios particulares en horas ordinarias de trabajo.

"De suerte que el reintegro implica, obviamente, la existencia del cargo y la provisión ilegal del mismo o, *a fortiori*, su vacancia.

"Ahora bien, el oficio cuya nulidad se depreca es del siguiente tenor literal:

" 'Bogotá, D. E., 7 de febrero de 1983

" 'Señor

" 'JOSE POLIFRONI MARTINO

" 'Carrera 102A número 71B-73

" 'Barrio Alamos Norte

" 'La ciudad

" 'Estimado señor:

" 'De la manera más atenta me permito dar respuesta a su gentil comunicación, por medio de la cual solicita su reintegro al Ministerio, con base en lo dispuesto en la sentencia del Consejo de Estado que decidió su caso.

" 'Al respecto es importante tener en cuenta que si bien la parte resolutiva de la sentencia efectivamente ordena el reintegro, éste es condicional, o sea sometido al hecho de que el empleo este de Experto-Postal IV-10 de la Rama Técnica del Ministerio de Comunicaciones, no hubiera sido provisto.

" 'Lamento tener que informarle que el mencionado cargo ya no existe en la estructura del Ministerio, que fue modificada por el Decreto 129 de 1976, y que por tanto es imposible realizar el reintegro pues no se cumple la condición prevista en la sentencia misma de que el empleo estuviera vacante.

" 'De todas formas estoy seguro de que sus servicios al Ministerio fueron muy valiosos y le hago llegar mis mejores deseos por una recuperación.

" 'Cordialmente,

" '(Fdo.). BERNARDO RAMIREZ

" 'Ministro de Comunicaciones' (fl. 8, cuaderno principal).

"El impugnante estima que el oficio transcrito contiene un acto administrativo proferido con abuso de poder y falsa motivación.

"Para esta Fiscalía los cargos deducidos contra el oficio cuya validez se cuestiona carecen de validez.

"En efecto:

"a) Es cierto que la sentencia ordena el reintegro en el evento de que el empleo del cual fue removido el actor no hubiera sido previsto —desde luego, en forma legal— y el reintegro, en tales condiciones, como antes se dijo, implica la existencia del cargo provisto ilegalmente o vacante; y

"b) El Decreto número 129 de enero 26 de 1976 'por el cual se reorganiza el Ministerio de Comunicaciones' fue expedido por el Presidente de la República en uso de sus facultades constitucionales y en especial de las extraordinarias conferidas en la Ley 28 de 1974 y oído al efecto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. El artículo 3º de este Decreto reorganiza la estructura orgánica del Ministerio de Comunicaciones (Diario Oficial número 34499 del 27 de febrero de 1976, págs. 502 a 505).

"De consiguiente, si dentro de la nueva estructura orgánica del Ministerio no se encuentra el cargo de Experto-Postal IV-10 de la Rama Técnica que desempeñaba el señor José Polifroni Martino, no hay falsa motivación ni abuso de poder.

"De otro lado, cabe recordar que el artículo 69 del Decreto-ley 1732 de 1960 contempla la supresión de los cargos de carrera administrativa y la garantía al empleado de carrera administrativa cuyo cargo será suprimido de '...ser trasladado a un empleo vacante de la clase a que él pertenezca, garantizándole la remuneración de que haya estado disfrutando, siempre que existan vacantes. Si no las hubiere, el funcionario será colocado en la lista correspondiente de candidatos capacitados para empleos similares al suprimido, y tendrá prelación sobre los demás candidatos, y cuando fuere presentado a la autoridad nominadora, ésta no podrá rechazarlo...' Más el actor no era empleado de carrera administrativa para concluir que tiene derecho, en razón de la supresión del cargo, a ser reintegrado a un cargo de igual o superior categoría al que desempeñaba, como lo pretende.

"En conclusión, como la razón real, para no verificar el reintegro ordenado en la sentencia, que emerge del oficio cuya nulidad se solicita sea declarada es la de la supresión del cargo y no la provisión del mismo conforme a los artículos 51 y 53 del Decreto-ley 1732 de 1960, en el entendimiento de esta Agencia del Ministerio Público, el restablecimiento del derecho del accionante se contraería al pago de los salarios, prestaciones sociales, etc., desde la fecha en que fue removido del servicio hasta la de la supresión del empleo que desempeñaba, descontando los pagos ya hechos y los que ordena el referido fallo del Consejo de Estado.

"Sin embargo, no habiendo logrado probar el accionante las causales de anulación que le endilgó al acto enjuiciado, las pretensiones formuladas en el libelo no tienen vocación de prosperidad" (fls. 152 a 155).

Por las anteriores razones, se debe denegar las peticiones de la demanda.

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

Falla:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Condénase en costas a la parte demandante.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 19 de febrero de 1988.

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

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO.— Elementos necesarios para que lo sea. Vigencia.

DERECHO DE PETICION DE FORMULACION DE CONSULTAS.

Las respuestas no comprometen la responsabilidad de las entidades que la atienden, ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución (art. 25, inciso 2º del C. C. A. Decreto 01 de 1984).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., once de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 41. Actor: Germán Sarmiento Palacio.

Antecedentes:

El doctor Germán Sarmiento Palacio, en ejercicio de la acción de nulidad que consagra el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, en su propio nombre, demandó la del "acto administrativo" contenido en la comunicación número 04880 de fecha septiembre 18 de 1985, originada en la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores (fl. 1). Admitida la demanda y notificada la Nación a través del Ministro del ramo, aquella solicitó reposición del auto admisorio, alegando inexistencia de "acto administrativo", solicitud negada, sin entrar al examen definitivo de la comunicación acusada, por cuanto "estos puntos sobre normas violadas y concepto de transgresión serán materia fundamental de análisis en la sentencia que recaiga" (fl. 39). Tramitado el proceso conforme a las disposiciones pertinentes, el actor alegó de conclusión y el señor Agente del Ministerio Público rindió concepto de fondo. Un memorial adicional del actor, por extemporáneo no se consideraría. Es pues, llegado el momento de definir la cuestión planteada.

El acto acusado:

Dice así: "República de Colombia —Ministerio de Relaciones Exteriores— Bogotá, 17 de septiembre de 1985 (J. 04880). Señor Jairo Hans Ruiz Abella, Ciudad. En relación con su oficio de fecha 30 de agosto del año en curso, me permito manifestarle que el Canje de Notas suscrito el 3 de abril de 1985, relativo a la OPIC, se encuentra vigente desde la fecha de su firma. De usted, muy atentamente, Joaquín Barreto Ruiz, Jefe División de Asuntos Jurídicos" (fl. 1).

La demanda:

Extensamente se refiere el actor al "Canje de Notas" que, según afirma, establece obligaciones del Estado colombiano con empresarios norteamericanos en razón de sus actividades en Colombia, cuando estas han sido objeto de seguros expedidos por la OPIC. Sin embargo, y teniendo en cuenta que el llamado Canje de Notas es ni más ni menos un tratado internacional que no ha sido aprobado por el Congreso, su contenido no puede ser obligatorio para Colombia.

Considera como violadas las siguientes normas: Constitución Nacional, artículo 76, numeral 18; Ley 143 de 1937; y Decreto 1900 de 1973. A continuación de los textos, explica el alcance de la presunta violación en que incurriría el citado "Canje de Notas", y termina así el tercer cargo:

"El acto administrativo emanado del Ministerio de Relaciones Exteriores, establece la vigencia de un acuerdo internacional que consagra la sustracción de los inversionistas extranjeros a la competencia de los Jueces nacionales, en razón de los conflictos que se susciten entre el inversionista y el Estado colombiano. Establece también la subrogación de los derechos de los inversionistas americanos en cabeza de la OPIC que es una entidad estatal norteamericana. Tales fenómenos están expresamente prohibidos por el artículo 51 de la decisión 24 adoptada por el Decreto 1900 de 1973 con fuerza de ley. Un simple acto administrativo no puede darle vigencia a un Acuerdo celebrado entre Estados Unidos y Colombia, expresamente prohibido por una norma legal, desarrollo de una ley aprobatoria, de un tratado público como es el Acuerdo de Cartagena" (fl. 22).

El concepto Fiscal:

El señor Agente del Ministerio Público en su concepto de fondo, precisa a través de algún fallo de la Sección Segunda del Consejo de Estado, cómo el acto acusado no es administrativo en el sentido jurídico que ha de tener para ser objeto de control jurisdiccional, y sólo obedeció a lo dispuesto por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo en cuanto dio respuesta al ejercicio del derecho de formulación de consultas.

Consideraciones del Consejo de Estado:

Como lo dice el señor Agente del Ministerio Público y lo propuso el Ministerio de Relaciones Exteriores, el oficio o comunicación objeto de este proceso, no es acto administrativo, según lo definen la doctrina, la jurisprudencia y, sobre todo, el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo: "Las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad y la inteligencia". De los elementos que supone la anterior definición, para el caso presente resulta necesario resaltar aquel que se refiere al carácter decisorio del acto (capaz de producir efectos jurídicos), sin el cual la voluntad y la inteligencia puestas de presente en la expresión administrativa, carecen de incidencia para ser capaces de configurar el acto susceptible de control

por parte del Juez administrativo, quedándose por tanto en el terreno de la simple opinión que, en consecuencia, no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna. Por ello tiene razón el señor Fiscal Primero al afirmar:

"...la citada comunicación fue expedida por un funcionario público en uso de sus funciones y por tal motivo se le debe catalogar como acto administrativo (acto de la Administración, observa la Sala); sin embargo, en atención al contenido del mismo es absolutamente claro que su expedición no estuvo destinada ni logró producir efecto jurídico alguno, sino que simplemente en ella se manifestó el parecer de un funcionario público respecto de un tópico particular (la vigencia del Canje de Notas suscrito el 3 de abril de 1985), sin que dicha manifestación incida ni modifique para nada el tema al cual se refería" (fl. 98).

Por otro aspecto, es preciso tener en cuenta que una norma de derecho, llámese constitución, ley, reglamento, tratado, etc., no rige o deja de regir porque así lo consigne la comunicación de un funcionario, cualquiera sea su jerarquía, sino en virtud de que se presenten las circunstancias y previsiones legales en virtud de las cuales puede hablarse de "vigencia" o de ausencia de ella. Es por ello que el Código de Régimen Político y Municipal regula tan celosamente en el Capítulo VI todo lo relacionado con la promulgación y observancia de las leyes y sienta como principio general que estas no obligan sino en virtud de su promulgación.

En cuanto se refiere a los actos administrativos, generales o particulares, el Código de la materia desarrolla el principio de "publicidad" que expresamente consagra el artículo 2º, en los artículos 43 a 48, inclusive, señalando con toda precisión lo que deben hacer las "autoridades" para publicar, comunicar y notificar los actos administrativos, a fin de que estos tengan vigencia y en consecuencia obliguen a sus destinatarios o a la comunidad. Fuera de esas previsiones y los medios que ellas mismas indican como idóneas para poner en vigencia la decisión administrativa o legal, según se trate de una u otra, no hay más. Así las cosas, puede observarse el error en que incurre el demandante cuando en el párrafo antes transcrito llama a la comunicación del Jefe de la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, acto administrativo; y cuando considera que ese acto tuvo por objeto (de manera ilegal) darle vigencia a un acuerdo entre Colombia y los Estados Unidos.

Por último, el Consejo comparte de manera general la apreciación de su colaborador fiscal sobre el real alcance de la comunicación acusada, y que consigna en los términos siguientes:

"Desde otro punto de vista es bueno recordar que el acto impugnado tuvo su origen en una solicitud que, en ejercicio del derecho de petición formulara el señor Jairo Ruiz Abella; con fundamento en dicho aspecto puede afirmarse que cuando el peticionario preguntó al Ministerio de Relaciones Exteriores acerca de la vigencia del Canje de Notas de marras estaba formulando una consulta escrita en relación con las materias de su cargo, es decir, ejerciendo un derecho que en favor de los ciudadanos consagra el Código Conten-

cioso Administrativo en su artículo 25 pero cuyas respuestas no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución (inciso 2º, *ibídem*); esto descarta de plano que el acto administrativo impugnado haya sido expedido con el fin de causar efectos jurídicos, o sea, no permite que el mismo pueda ser catalogado como un acto jurídico administrativo, esto es, una expresión de voluntad destinada a producir efectos jurídicos que son elementos fundamentales de los actos objeto de control jurisdiccional por parte del contencioso administrativo" (fl. 99).

En consideración a lo anteriormente dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

Declárase inhibido para resolver sobre la pretensión de la demanda.

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 marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez, Ausente.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

AUTO DE DETENCION CON FINES DE EXTRADICION.— Naturaleza jurídica.

No es acto administrativo, es acto preparatorio o de trámite.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 830. Actor: Pablo Escobar Gaviria.

Por conducto de apoderado judicial, el señor Pablo Escobar Gaviaria mayor y vecino de Medellín, en escrito presentado el 27 de enero del año en curso, dice promover demanda contra la Nación —Ministerio de Justicia— representada por el señor Ministro del ramo, en ejercicio de la acción de *"suspensión provisional en prevención"* consagrada en el título XVII, artículo 153, numeral 1º del Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 001 de 1984), a efecto de que, previos los trámites pertinentes, se hagan las siguientes o parecidas declaraciones:

"1º Que se declare la *suspensión provisional en prevención,* del acto administrativo o trámite fechado el cinco (5) de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988) proferido por el señor Ministro de Justicia, mediante el cual ordenó la detención provisional del señor Pablo Emilio Escobar Gaviaria, en las diligencias de extradición que se adelantan por solicitud del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica.

"2º Que como consecuencia de la anterior declaración de suspensión provisional en prevención, se oficie al señor Ministro de Defensa, al Departamento Administrativo de Seguridad 'DAS', al Comandante del Ejército, al Director General de la Policía, y al Director de Prisiones, a fin de que se abstengan de dar cumplimiento al acto administrativo por el cual se ordenó la detención preventiva con fines de extradición del señor Escobar Gaviria.

"3º Que se ordene al señor Ministro de Justicia dar cumplimiento a la decisión, según lo dispuesto en los artículos 173 y 174 del Código Contencioso Administrativo".

La demanda anterior correspondió en reparto al suscrito Consejero quien, en escrito del 9 de febrero, se declaró impedido para conocer del asunto por las razones que allí expuso. Pero la Sala de decisión en providencia del 12 de febrero último no aceptó el impe-

dimento manifestado, razón por la cual y en acatamiento a esa determinación, en auto del 16 de febrero avocó el conocimiento del negocio disponiendo, tal como lo había solicitado el señor apoderado del actor, que se allegara previamente a las diligencias, al tenor de lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 139 del Código Contencioso Administrativo, copia auténtica del acto administrativo de fecha 5 de enero de 1988, dictado por el señor Ministro de Justicia, que es el acto demandado, en razón de no habérsele expedido la copia idónea del mismo. Igualmente se ordenó allegar a los autos todos los demás documentos solicitados por el señor apoderado del actor, "en su petición previa", y como pruebas específicas que pretende hacer valer como sustentantes de la petición que formula.

Y como todos los documentos solicitados ya fueron allegados al informativo, se procede a resolver lo que fuere pertinente, para lo cual se hacen las siguientes,

Consideraciones:

Hechos:

Los hechos que sirven de fundamento a la petición que formula el señor Pablo Escobar Gaviria por conducto de su apoderado, pueden resumirse en la siguiente forma:

a) El 5 de enero de 1988 el señor Ministro de Justicia profirió auto de detención provisional con fines de extradición contra Pablo Escobar Gaviria. Para tal determinación el Ministerio hace referencia a la comunicación DJ704 de enero 4 del mismo año, proveniente de la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, comunicación que a su vez provenía de la Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica mediante la cual por nota verbal número 001 de enero de 1988, se solicitaba la detención provisional de varias personas, entre ellas la del actor;

b) La Embajada Americana solicitó la detención provisional con base en los compromisos internacionales vigentes entre los dos países;

c) El señor Ministro de Justicia dictó el acto acusado con fundamento en las consideraciones siguientes: 1. En que la nota verbal número 001 del 1º de enero de 1988, contenía 14 nuevos cargos que no guardan identidad con los contenidos en la nota verbal número 696 de septiembre 25 de 1986, investigados en la actualidad por el Juzgado 45 de Instrucción Criminal de Medellín; 2. En que las Repúblicas de Colombia y Estados Unidos suscribieron junto con otros países, la Convención Multilateral de Montevideo sobre extradición, firmada el 26 de diciembre de 1933 y aprobada por la Ley 74 de 1935, estando vigente en la actualidad, y 3. En que el artículo 10 de la Convención en mención, permite al Estado requirente (en este caso los Estados Unidos), solicitar por cualquier medio de comunicación la detención provisional con fines de extradición, de las personas contra quienes exista por lo menos una orden de detención proferida por autoridad competente del país requirente.

Disposiciones violadas y concepto de la violación:

En este capítulo de la demanda se empieza por hacer especial referencia a la vigencia del Tratado de 1979 en el ámbito internacional, expresándose que la honorable Corte Suprema de Justicia mediante providencia del 12 de diciembre de 1986 declaró la inexequibilidad de la Ley 27 de 1980 y que la Ley 68 de 1986 mediante la cual el Gobierno nacional pretendió implantar de nuevo en nuestra legislación el Tratado de Extradición celebrado con los Estados Unidos de Norteamérica, también fue declarada inexequible en providencia del 25 de junio de 1987. Con base en esto, concluye el demandante, es que el tratado en mención no puede ser aplicado en nuestro país. Pero a nivel internacional, agrega, la situación es diferente por cuanto no se ha presentado ninguna de las formas previstas para que pueda darse por terminado el Tratado, las cuales están determinadas en el numeral cuarto del artículo 21 del mismo Convenio.

Dice el señor apoderado del actor, que inexplicablemente Colombia no ha denunciado el Tratado a pesar de saber que no puede ser aplicado en nuestro país, razón por la cual, todavía se encuentra vigente entre los dos Estados, *"a nivel internacional"*, máxime que en los Estados Unidos tiene plena aplicación.

Considera luego el peticionario que la Convención de Montevideo no se encuentra vigente para los efectos ejercidos por el Ministerio de Justicia, que se apoyó en el artículo 10 de ella para proferir el auto de detención con fines de extradición contra el señor Pablo Escobar Gaviria. El artículo 21 de la Convención dice que ella "no abroga ni modifica los Tratados Bilaterales o Colectivos que en la fecha del actual estén en vigor entre los Estados signatarios. No obstante si alguno de aquellos dejara de regir, entrará a aplicarse de inmediato la presente Convención entre los Estados respectivos, en cuanto cada uno de ellos hubiere cumplido con las estipulaciones del artículo anterior". Y concluye este aspecto de su razonamiento el señor apoderado, aseverando que en el momento de firmar y ratificar esta Convención los Estados Unidos y Colombia, tenían en vigencia el Tratado de 1888, razón por la cual no podía entrar a regir la de Montevideo por expresa prohibición del artículo 21 que preveía la no abrogación ni la modificación de tratados anteriores.

El libelista hace un recuento histórico que considera necesario sobre el tema, expresando que en el año de 1940 Colombia y los Estados Unidos reafirmaron la vigencia del Tratado de 1888 al suscribir la Convención Suplementaria de Extradición, que fue aprobada por nuestro país mediante la Ley 8ª de 1943 con lo que se demostraba la voluntad de conservar la vigencia del Tratado de 1888, y por ende, la no aplicación de la Convención de Montevideo. En 1979, dice, estos países firmaron un nuevo Tratado de Extradición que fue aprobado por Colombia como es de todos conocido, mediante la Ley 27 de 1980 dejándose establecido en forma expresa y clara la voluntad invariable de no regir la extradición por las normas de la Convención de Montevideo, sino por las del nuevo Tratado que en forma expresa derogaba el Tratado de 1888 y la Convención Suplementaria de 1940.

Manifiesta, que jamás se dio la aplicación inmediata prevista en el artículo 21 de la Convención de Montevideo como sí lo hizo expresamente el Tratado de 1979 que a nivel internacional se encuentra vigente, no siendo legalmente posible en consecuencia, proferir auto de detención provisional con fines de extradición contra el señor Pablo Escobar Gaviria con fundamento en el artículo 10 de la Convención tantas veces mencionada, por la señalada razón de que nunca ha entrado a aplicarse, o si no, que se diga desde qué fecha rige, o ha entrado a regir. Solamente cuando se produjo la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 68 de 1986 los dos Estados contratantes dieron muestras de poner en vigencia la Convención de Montevideo, precisamente con la nota verbal número 912 de 22 de noviembre de 1987 inicialmente, y luego con la nota número 001 del 1º de enero del año en curso, es cuando se está invocando la aplicación del mencionado artículo 10 de esta Convención.

Estima el memorialista que la imprecisión jurídica del Gobierno de los Estados Unidos fue resuelta por el Ministerio de Justicia aceptando inconsultamente la aplicación del Convenio Multilateral de Montevideo a pesar de ser absolutamente inaplicable como lo ha explicado, aplicación que es claramente violatoria de los artículos 28 de la Convención de Viena y 26 de la Constitución Nacional. La primera al tratar sobre la aplicación de los Tratados preceptúa la irretroactividad de ellos como regla, "y la retroactividad para ser aceptada, tiene que constar en norma expresa". Y se viola el artículo 26 de la Carta porque él entraña una de las garantías de la libertad individual y del ejercicio de los derechos que de él emanan: "El juzgamiento conforme a las leyes preexistentes y con la plenitud de las formas propias de cada juicio", principio que tiene plena aplicación en el artículo 17 del Código Penal en concordancia con los artículos 647 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. Y como si lo anterior no fuera suficiente, agrega, la Convención de Montevideo en su aplicación para el caso en estudio viola igualmente el principio de la *"reciprocidad"* que inspira los Tratados Internacionales.

Finalmente dice el señor apoderado del actor, que sería de vital importancia para los fines de su demanda, que se determinara por la justicia colombiana si efectivamente la nota verbal número 001 del 1º de enero de 1988, contiene 14 nuevos cargos de los que se encuentra investigando el señor Juez de Instrucción Criminal de Medellín, como lo sostiene el auto demandado, puesto que si no es así, se estaría frente a la coexistencia de dos actuaciones sobre los mismos hechos, propiciada por el propio Gobierno colombiano en detrimento y perjuicio del señor Pablo Escobar Gaviria, que la Constitución y las leyes del país no podrían permitir.

Al referirse a la suspensión provisional en prevención que impetra, expresa el peticionario que de conformidad con lo previsto en el inciso primero del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo esa medida procede contra los actos preparatorios o de trámite cuando se dirigen a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal, que no sería susceptible de ningún recurso. Considera que en el caso a estudio el acto administrativo de detención provisional no constituye un acto definitivo de conformidad con lo previsto en el artículo 50 del

Código Contencioso Administrativo y por lo tanto es un acto de trámite que no decide directa ni indirectamente sobre la materia objeto de la actuación, "cual es la concesión o negación de la extradición por el Gobierno colombiano al requerimiento de otro país. Pero no puede desconocerse que el acto definitivo, concesión o no de la extradición, sería un acto ilegal e inconstitucional, tal como se expuso anteriormente, todo en aplicación del *principio de reciprocidad*, que inspira las relaciones entre Naciones. Al igual que el principio de *legalidad*, a que están sometidas todas las actuaciones de los gobernantes".

Planteadas así las cosas por la demanda, es preciso ante todo y con miras a la dilucidación del problema, desentrañar o aclarar en primer término la naturaleza jurídica del acto controvertido, como también la naturaleza jurídica de la petición misma que se ha formulado por el señor apoderado del actor Pablo Escobar Gaviria.

1. *Naturaleza jurídica del auto de detención con fienes de extradición.*

Conforme el artículo 17 del Código Penal Colombiano, "la extradición se solicitará, concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos. A falta de estos el Gobierno solicitará, ofrecerá o concederá la extradición conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.

"La extradición de colombiano se sujetará a lo previsto en tratados públicos".

En el Tratado de Extradición suscrito por Colombia con los Estados Unidos en el año de 1979, dentro del trámite para la extradición de nacionales está prevista la detención de una persona procesada o condenada en caso de urgencia, previa solicitud por vía diplomática. El Estado requerido dice el artículo 11 del Tratado, al recibir la solicitud, "...tomará las medidas necesarias para asegurar la detención de la persona reclamada". Y dice el numeral 3º de la norma en cita, que "la detención provisional se dará por terminada si, dentro de un plazo de 60 días a partir de la fecha de la aprehensión de la persona reclamada, el Poder Ejecutivo del Estado requerido no ha recibido la solicitud oficial de extradición y los documentos mencionados en el artículo 9º".

En la Convención sobre Extradición suscrita en la ciudad de Montevideo entre otros países por Colombia y los Estados Unidos, el 26 de diciembre de 1933, en desarrollo del proceso de extradición de una persona, el artículo 10 dice que el Estado requiriente "podrá solicitar, por cualquier medio de comunicación, la detención provisional o preventiva de un individuo siempre que exista a lo menos, orden de detención dictada en su contra y ofrezca pedir oportunamente la extradición. El Estado requerido ordenará la inmediata detención del inculpado. Si dentro de un plazo máximo de dos meses contados desde la fecha en que se notificó al Estado requiriente el arresto del individuo, no formaliza aquél su pedido de extradición, el detenido será puesto en libertad y no podrá solicitarse de nuevo su extradición sino en la forma establecida por el artículo 5º".

Conforme lo anterior, resulta claro que en el procedimiento de extradición de una persona el auto de detención no es más que una etapa o trámite de obligado cumplimiento para tratar por ese medio de asegurar la posterior efectividad del acto de extradición. Ese acto es entonces apenas un paso en el proceso que debe culminar con la decisión final de extradición de la persona reclamada, teniendo por lo mismo un simple carácter de acto preparatorio o de trámite, puesto que es de toda evidencia que no pone fin a ninguna actuación, y antes bien propicia o facilita la continuación del proceso normal de la extradición. Consecuencialmente ese acto, perdónese la tautología, no es un acto administrativo puesto que no contiene una decisión o mejor una definición que por sí sola tenga la virtualidad suficiente para producir los efectos jurídicos buscados con la extradición. El auto de detención apenas se limita en desarrollo de los principios y de las normas del Derecho Internacional pertinentes, a impulsar el procedimiento de expedición de un acto administrativo principal que es la extradición del individuo reclamado; es, se repite, un paso previo para un pronunciamiento final con el cual culmina todo el procedimiento de expedición de la resolución de extradición y la consiguiente entrega de la persona reclamada si aquélla hubiere sido concedida.

En este orden de ideas, el auto de detención dictado con fines de extradición por el señor Ministro de Justicia el 5 de enero de 1988 contra el actor Pablo Escobar Gaviria, materia de impugnación, tiene el carácter de preparatorio o de trámite y está concebido así:

"La División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante Oficio DJ704 del 4 de enero de 1988 ha remitido a este Ministerio la comunicación de la honorable Embajada de los Estados Unidos de América, mediante la cual por nota verbal 001 del 1º de enero de 1988 se solicita la detención provisional con fines de extradición de los señores Jorge Luis Ochoa Vásquez, Fabio Ochoa Vásquez, Juan David Ochoa Vásquez, Pablo Escobar Gaviria, José Gonzalo Rodríguez Gacha y John Doe a/k/a Jota. La Embajada de los Estados Unidos ha solicitado dicha detención provisional con base en los compromisos internacionales vigentes entre los dos países.

"A fin de determinar la procedencia de la solicitud, el Ministerio de Justicia considerará separadamente el caso de los señores Jorge Luis Ochoa Vásquez, Fabio Ochoa Vásquez, Juan David Ochoa Vásquez, y Pablo Emilio Escobar Gaviria, en razón de la existencia de un proceso penal que cursa en el Juzgado 45 de Instrucción Criminal de Medellín, y el de los demás ciudadanos solicitados en la nota verbal referida.

"1º En relación con los señores Jorge Luis Ochoa Vásquez, Fabio Ochoa Vásquez, Juan David Ochoa Vásquez y Pablo Emilio Escobar Gaviria, encuentra el Ministerio que, aunque existe constancia según la cual en el Juzgado 45 de Instrucción Criminal de Medellín cursa un proceso contra los citados ciudadanos, este proceso se inició con base en la nota verbal 696 del 25 de septiembre de 1986, en la cual se mencionan 25 cargos. Por el contrario, la nota verbal que se acompaña en esta oportunidad contiene 14 nuevos cargos, con base en los cuales se tomará la decisión pertinente. Analizados los antecedentes

no se presenta una identidad entre los hechos objeto del proceso que se adelanta en Medellín y los nuevos que se incluyen en la nota verbal que se acompaña en esta oportunidad para pedir la detención preventiva con fines de extradición.

"2º Se considera, además:

"a) Las Repúblicas de Colombia y de los Estados Unidos de América, suscribieron, junto con otros países, la denominada Convención Multilateral sobre Extradición, firmada en Montevideo el día 26 de diciembre de 1933, aprobada por la Ley 74 de 1935, y actualmente vigente;

"b) El convenio en mención, en su artículo 10 permite al Estado requirente (en este caso los Estados Unidos de América), solicitar por cualquier medio de comunicación la detención provisional con fines de extradición, de las personas contra quienes exista por lo menos una orden de detención proferida por autoridad competente del país requirente. Igualmente obliga al Estado requerido, a ordenar de inmediato la detención solicitada, cuando se reúna el requisito antes reseñado;

"c) El Gobierno de los Estados Unidos de América en solicitud tramitada por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, ha manifestado la existencia de una orden de detención vigente y proferida por autoridad competente del país requirente, por lo cual la petición de detención provisional, con fines de extradición, respecto de los ciudadanos Jorge Luis Ochoa Vásquez, Fabio Ochoa Vásquez, Juan David Ochoa Vásquez, Pablo Escobar Gaviria y José Gonzalo Rodríguez Gacha es procedente. Cabe anotar que, en relación con los citados ciudadanos, se encuentran reunidos los requisitos que para este propósito establece el artículo 666 del Código de Procedimiento Penal.

"3º En relación con el señor John Doe a/k/a Jota no encuentra este Despacho debidamente probada su identidad.

"Por lo anteriormente expuesto el Ministerio de Justicia de la República de Colombia,

"Dispone:

"La detención con fines de extradición de los señores Jorge Luis Ochoa Vásquez, Fabio Ochoa Vásquez, Juan David Ochoa Vásquez, Pablo Escobar Gaviria y José Gonzalo Rodríguez Gacha. No se decreta la detención del señor John Doe a/k/a Jota. Como consecuencia ordena oficiar al Ministerio de Defensa, al Departamento Administrativo de Seguridad DAS, al Comandante del Ejército, al Director General de la Policía Nacional y al Director de Prisiones, a fin de dar cumplimiento al presente auto.

"Comuníquese el contenido del presente auto a los organismos antes indicados y notifíquese personalmente a los ciudadanos antes mencionados, una vez se haya hecho efectiva su detención.

"Comuníquese y cúmplase..."

2. *Naturaleza jurídica de la petición formulada por el señor apoderado del actor.*

Como al principio de esta providencia se vio, el señor apoderado del demandante pide "que se declare la *suspensión provisional en prevención,* del acto adminisrtativo o trámite fechado el cinco (5) de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988) proferido por el señor Ministro de Justicia, mediante el cual ordenó la detención provisional del señor Pablo Emilio Escobar Gaviria, en las diligencias de extradición que se adelantan por solicitud del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica".

Al desarrollar su petición, al folio 10 del expediente dice que de conformidad con lo previsto por el artículo 153, inciso 1º del Código Contencioso Administrativo procede la suspensión provisional en prevención contra los actos preparatorios o de trámite cuando se dirigen a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso. Que en el caso a estudio el acto acusado no constituye un acto definitivo de conformidad con lo previsto en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, siendo por lo tanto un acto de trámite que no decide directa o indirectamente sobre la materia objeto de la actuación, cual es la concesión o negación de la extradición por el Gobierno colombiano al requerimiento de otro país.

Formulada así la petición, corresponde estudiar sus implicaciones jurídicas de acuerdo con la preceptiva legal vigente. Para el efecto veamos:

a) *La suspensión provisional.*

El artículo 193 de la Constitución Nacional dice que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la Administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

En desarrollo del canon constitucional referido, el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo reguló esa medida excepcional consignando allí que el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos pueden suspender los efectos de un acto mediante las reglas siguientes:

"Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas aportadas.

"Si la acción ejercitada es distinta de la de nulidad del acto deberá aparecer comprobado, además, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor.

"Que la medida se solicite y sustente de modo expreso, en la demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquella.

"Que la suspensión no esté prohibida por la ley".

Es decir, la suspensión provisional está consagrada constitucionalmente para todos los actos administrativos, de acuerdo con los

requisitos previstos en la ley, en este caso, en el Decreto-ley 001 de 1984. Y tiene por fin evitar transitoriamente la aplicación de un acto administrativo que de modo ostensible quebrante el orden jurídico o que pueda ocasionar un perjuicio notoriamente grave.

Por manera que el hecho fundamental en esta institución de la suspensión provisional, lo viene a constituir la manifiesta violación de una norma positiva de derecho de orden superior, por parte de un acto administrativo. Consecuencialmente, de esa circunstancia y de otros factores que deben militar, depende la procedencia o no de la suspensión, cualquiera que sea la acción que se ejercite.

b) *La suspensión provisional en prevención.*

El artículo 153 del Código Contencioso Administrativo preceptúa que la suspensión provisional procederá también:

"1. Contra actos preparatorios o de trámite cuando se dirijan a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso.

"2. Contra los actos de ejecución cuando el definitivo no haya sido notificado legalmente, cuando los recursos interpuestos contra él no hayan sido resueltos ni siquiera en forma presunta o cuando las autoridades hayan impedido que se recurra. En este caso el proceso y la suspensión terminarán cuando se cumpla con los requisitos omitidos.

"La suspensión impedirá completar o ejecutar los actos definitivos".

Este artículo (153 del C. C. A.), vino a establecer en el medio jurídico colombiano una nueva modalidad de suspensión provisional para actos preparatorios o de trámite, denominándola suspensión provisional en prevención. Es una modalidad de suspensión que suscita dudas en cuanto a su constitucionalidad, siendo así que a términos del artículo 193 de la Constitución la suspensión provisional sólo cabe contra actos administrativos definitivos, no contra los de trámite. Sin embargo, ya la honorable Corte Suprema de Justicia al hacer la revisión del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo por vía de la acción, la encontró exequible como consta en la sentencia número 82 de agosto 16 de 1984. Además, visto los términos de la redacción misma del artículo 153, bien puede afirmarse que allí no se consagra en verdad una medida cautelar, una auténtica suspensión provisional supeditada a una petición principal de nulidad de un acto administrativo, sino una petición principal *sui géneris* de suspensión provisional en prevención de un acto preparatorio o de trámite, petición cuya finalidad exclusiva es evitar que se expida el acto principal. Es una petición que en puridad de verdad pocos puntos de convergencia guarda con la suspensión provisional de tipo general regulada en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, relievándose por el contrario su clara autonomía como institución hoy específica del Derecho Contencioso Administrativo Colombiano, con elementos que difieren de los elementos tradicionales de ese instituto excepcional que tiene carácter cautelar.

En efecto, fuera de lo antes dicho, hay que tener en cuenta lo siguiente:

a) Que la suspensión provisional según el claro texto del artículo 193 de la Constitución Nacional, sólo puede recaer sobre actos de la administración como consecuencia directa de la actividad jurídica de ésta y según las reglas que rigen esa medida provisoria, al paso que la suspensión provisional en prevención sólo recae sobre actos preparatorios o de trámite, o sobre los actos de ejecución;

b) La suspensión provisional de que habla el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo es una acción accesoria que no puede impetrarse de la jurisdicción contencioso administrativa en forma libre, independiente o autónoma, y cuando ella se solicita su planteamiento debe hacerse dentro del ejercicio de las acciones legalmente pertinentes y en las oportunidades que taxativamente ha fijado la ley. Sin la existencia de una demanda desaparece la base, el sustentáculo que hace viable el pedimento de suspensión. La suspensión provisional en prevención en cambio, se solicita en forma libre, independiente o autónoma, no estando subordinada a ningún otro planteamiento, ni requiere simultaneidad con una demanda, o que pueda impetrarse con posterioridad a la presentación de una demanda, por cuanto ciertamente que ese evento no se manifiesta en la suspensión en prevención;

c) La suspensión provisional, tal como está reglada en nuestro sistema, es un recurso de emergencia eminentemente transitorio, característica que por su finalidad misma no reviste la suspensión provisional en prevención, que sólo pretende evitar la producción de un acto definitivo que se juzga inconstitucional o ilegal y no susceptible de ningún recurso.

Son pocos los pronunciamientos que sobre este tema de la suspensión provisional en prevención ha hecho el Consejo de Estado, encontrándose el fenómeno aún en el proceso de elaboración doctrinaria.

En providencia del 13 de agosto de 1987 (Expediente 4986. Eulalia Núñez de Mórtola y otro), la Sección Tercera con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo, dijo:

"1. La suspensión en prevención (art. 153 del C. C. A.) constituye un incidente autónomo, no accesorio de una acción de impugnación de un acto administrativo. Porque el definitivo, una vez expedido (hipótesis del numeral 1), estará sometido a los controles ordinarios (gubernativo y jurisdiccional); y en este último, a las reglas de la suspensión contempladas en el artículo 152 del Código Administrativo; y porque en el evento de su numeral 2, la acción que se instaura contra el definitivo que se quiere ejecutar gobernará los efectos ejecutorios del mismo y enervará la decisión del incidente preventivo.

"En otras palabras, esa suspensión requiere para su operancia, en el evento del numeral 1, que el acto no se haya expedido; y en el del numeral 2 que el que se pretende ejecutar no se haya ejecutado ni impugnado jurisdiccionalmente.

"...Y como incidente autónomo o separado que es (es más técnico hablar de un proceso cautelar especial) no cabe pensar que siga el mismo procedimiento que se utiliza para la impugnación ordinaria de los actos administrativos propiamente tales..."

Conforme lo antes expresado, es forzoso concluir que la petición formulada por el señor apoderado del demandante Pablo Escobar Gaviria tiene un carácter de petición principal de suspensión provisional, no supeditada a una petición principal de nulidad, y que por tal razón en su definición es menester estudiar en el fondo todas las cuestiones que se han planteado, y analizar igualmente todas las probanzas que se han aducido para la demostración de los hechos sustentantes de las mismas. Por eso precisamente al avocar el suscrito Consejero el conocimiento del presente asunto, dispuso en el primer auto allegar a las diligencias todos los documentos y pruebas relacionadas por el señor apoderado del actor.

Se procede entonces al estudio de fondo del asunto.

Como se ha visto, se acusa el auto de detención dictado el 5 de enero de 1988 por el señor Ministro de Justicia con fines de extradición y en cuanto hace al señor Pablo Escobar Gaviria, de cuyo texto ya se hizo la transcripción literal. Y se pide la suspensión provisional en prevención del mismo, por considerarse que viola el artículo 28 de la Convención de Viena y el artículo 26 de la Constitución Nacional en el concepto que expresa en su demanda y al cual ya se ha hecho referencia en esta providencia.

Como ya se dijo también, por medio del acto acusado el señor Ministro de Justicia dispuso la detención con fines de extradición entre otras personas la del demandante. Con ello se atendió petición formulada por la Embajada de los Estados Unidos de América a través del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. Y conforme consta así mismo en la providencia acusada, ella se apoya en la denominada Convención Multilateral sobre extradición suscrita en Montevideo el 26 de diciembre de 1933 por varios países, entre ellos la República de Colombia y los Estados Unidos de América. Dicha Convención fue aprobada en Colombia por la Ley 74 de 1935.

En la demanda se sostiene que la Convención de Montevideo no es aplicable actualmente en la Legislación Colombiana para los efectos ejercidos por el Ministerio de Justicia, que tiene que ver con el auto de detención provisional con fines de extradición. Que si bien el Tratado de Extradición celebrado entre Colombia y los Estados Unidos en el año de 1979 no puede ser aplicado actualmente en nuestro país, a nivel internacional la situación es bien distinta por cuanto no se ha presentado ninguna de las formas previstas para que pueda darse por terminado el Tratado en comento.

La extradición.

El instituto de la extradición, mediante el cual puede lograrse que un Estado haga entrega a otro de una persona acusada de la comisión de infracciones de índole criminal, que se encuentre en el territorio del primero, para que se le pueda juzgar, implica según los tratadistas de la materia un acto de asistencia jurídica internacional,

según unos o de reciprocidad jurídica según otros, y se halla regido por una serie de principios admitidos con carácter de generalidad en la normatividad aplicable, siendo uno de ellos el de la especialidad, según el cual el Estado que recibe al sujeto no puede verbigracia extender el enjuiciamiento ni la condena a hechos distintos, ni a infracciones diversas de las que específicamente motivaron la extradición.

El Código Penal Colombiano en su artículo 17 dispone que "la extradición se solicitará, concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos. A falta de estos el Gobierno solicitará, ofrecerá o concederá la extradición conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal. La extradición de colombianos se sujetará a lo previsto en tratados públicos. En ningún caso Colombia ofrecerá la extradición de nacionales, ni concederá la de los sindicados o condenados por delitos políticos".

De manera que con una mayor concresión a los fines que aquí interesan, las condiciones, el procedimiento y los efectos de la extradición se regirán en primer término por lo convenido en los Tratados, lo que quiere decir que el Tratado de Extradición es para los extraditables, la ley con toda prioridad aplicable, hasta el punto de que la Ley Penal del país en que ha de juzgarse la persona sólo rige bajo la condición previa del convenio, estando en cierta forma las leyes penales subordinadas al Tratado, pues según los expertos en la materia, el Tratado de Extradición debe considerarse parte constitutiva de la legislación colombiana y, por ende, con fuerza suficiente para regular la materia que rige en lo que se refiere a las relaciones internacionales entre los Estados contratantes.

Numerosas definiciones se han dado sobre la extradición, como la de Manzini, Maggiore, Cuello Calón, Jiménez de Asúa, etc., quienes han expresado además su criterio sobre tan interesante instituto del Derecho Internacional.

Tratados de Extradición.

Desde el siglo pasado Colombia ha suscrito y ratificado numerosos Tratados de Extradición tanto bilaterales como multilaterales. El primero de ellos fue el de 1888 que fue modificado y adicionado en el año 1940. Posteriormente en 1902 y en 1911 suscribió otros tratados y el 26 de diciembre de 1933 suscribió la Convención Multilateral de Montevideo sobre extradición, ratificada por medio de la Ley 74 de 1935. En 1979 se suscribió entre Colombia y los Estados Unidos el Tratado de Extradición, el cual fue aprobado por la Ley 27 de 1980. En él se consagró el principio general en virtud del cual se somete a la voluntad de las partes el conceder o no la extradición de sus nacionales, haciéndola solamente obligatoria en dos casos: a) Cuando el delito comprenda actos que se hayan realizado en el territorio de ambos Estados con la intención de que sea consumado en el Estado requirente, y b) Cuando la persona cuya extradición se solicita haya sido condenada en el Estado requirente por el delito por el cual es solicitada en extradición. La Ley 27 de 1980 que aprobó el Tratado fue declarada inexequible por la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de diciembre de 1986. El Gobierno nacional pre-

tendió incorporar al Derecho Interno el aludido Tratado de Extradición luego de la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 27 de 1980 por medio de la Ley 68 de 1986; pero más tarde, nuevamente la Corte Suprema en sentencia de 25 de julio de 1987, declaró inexequible la Ley 68 en mención.

El Gobierno nacional venía atendiendo las solicitudes de extradición de ciudadanos colombianos de acuerdo con las previsiones del Tratado suscrito entre Colombia y los Estados Unidos en el año de 1979, Tratado aprobado por la Ley 27 de 1980; esto es, dándole preeminencia al derecho internacional sobre la legislación interna del país.

Pero después de la declaratoria de inexequibilidad de las Leyes 27 de 1980 y 68 de 1986, la actitud del Gobierno en el particular ha sido harto vacilante, hasta el punto de que en el presente no tiene un criterio definido al respecto como claramente se vio en el caso suficientemente conocido del señor Jorge Luis Ochoa Vásquez a quien primero se le dictó un auto de detención con fines de extradición; luego se revocó esa medida y posteriormente nuevamente se le decretó.

En el caso presente para motivar el auto de detención acusado se dice que las Repúblicas de Colombia y de los Estados Unidos de América suscribieron junto con otros países la denominada Convención Multilateral sobre Extradición, firmada en Montevideo el día 26 de diciembre de 1933, aprobada por la Ley 74 de 1935; y que el Convenio en mención, en su artículo 10 permite al Estado requirente en este caso los Estados Unidos de América, solicitar por cualquier medio de comunicación la detención provisional con fines de extradición, de las personas contra quienes existan por lo menos una orden de detención proferida por autoridad competente del país requirente. Pero, podía el Gobierno decretar la detención provisional del demandante con fundamento en el Tratado Multilateral de Montevideo? Para el suscrito Consejero la respuesta es negativa. Veámoslo:

La Convención sobre Extradición suscrita en Montevideo el 26 de diciembre de 1933 en su artículo 21 dijo expresamente lo siguiente:

"La presente Convención no abroga ni modifica los tratados bilaterales o colectivos que en la fecha del actual estén en vigencia entre los Estados signatarios. No obstante, si alguno de aquellos dejara de regir, entrará a aplicarse de inmediato la presente Convención entre los Estados respectivos, en cuanto cada uno de ellos hubiere cumplido con las estipulaciones del artículo anterior".

El Tratado de Extradición suscrito entre Colombia y los Estados Unidos de América el 14 de septiembre de 1979, expresa en el artículo 21:

"1. El presente Tratado estará sujeto a su ratificación; los instrumentos de ratificación serán canjeados en Washington tan pronto como sea posible.

"2. El presente Tratado entrará en vigor en la fecha de canje de los instrumentos de ratificación.

"3. Al entrar en vigor este Tratado quedarán derogadas la Convención de Extradición Recíproca de Delincuentes, firmada el 7 de mayo de 1888 y la Convención Adicional de Extradición, firmada el 9 de septiembre de 1940, entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América; pero si un procedimiento de extradición está pendiente en el Estado requerido en la fecha en que el presente Tratado entre en vigor, continuará sujeto a los Tratados anteriores.

"4. Cada una de las partes podrá dar por terminado este Tratado en cualquier momento, previa comunicación a la otra parte contratante y la terminación tendrá efecto seis meses después de la fecha de recepción de dicha comunicación".

Vigencia de los Tratados.

Dentro del estudio que se viene haciendo en torno a los Tratados de Extradición conviene ver lo relativo a su vigencia en el tiempo como aspecto de suma trascendencia para la determinación del instrumento aplicable en el caso que ocupa nuestra atención. Para ello veamos lo que dice el internacionalista Germán Cavelier en su obra "El Régimen Jurídico de los Tratados Internacionales en Colombia, segunda edición, páginas 384 y 385:

"Cuando el Presidente de Colombia celebra un Tratado y lo perfecciona con la otra parte y el Tratado entra en vigencia respecto de todas las partes de él, el Estado colombiano está obligado al inmediato cumplimiento de lo acordado en el Tratado.

"Pero la fecha del acta de canje o depósito de las ratificaciones, y por lo tanto el momento en que el Tratado entró en vigencia, no es conocido por los ciudadanos de Colombia y es necesario que el Presidente se lo haga saber por medio de la promulgación para que estos ciudadanos queden así mismo obligados a cumplir con lo estipulado en el tratado o puedan reclamar los derechos que para ellos puedan resultar del Tratado. Así mismo, las autoridades de la Rama Ejecutiva, las de la Legislativa y las de la Judicial, han de tener conocimiento de la vigencia del Tratado para acomodar su conducta a lo estipulado en él.

"La Ley 7ª de 1944 considera que un Tratado, Convenio, Convención, Acuerdo, Arreglo u otros actos internacionales son ley internacional cuando han sido perfeccionados por el Gobierno mediante el canje de ratificaciones o el depósito del instrumento de ratificación u otra formalidad equivalente.

"La misma Ley 7ª de 1944 considera que un Tratado, Convenio, Convención, Acuerdo, Arreglo u otros actos internacionales perfeccionados por el Gobierno mediante el canje de ratificaciones o el depósito de los instrumentos de ratificación u otra formalidad equivalente, se considerará como ley interna cuando han sido aprobados por el Congreso y promulgados por el Presidente, en la forma prevenida en esa Ley, tan pronto como sea perfeccionado el vínculo internacional que ligue a Colombia por medio del Tratado.

"La expedición y publicación del Decreto de promulgación del Tratado hace que éste entre en vigencia respecto de los demás órganos del Estado y respecto de todos los ciudadanos, hecho que regularmente

acontece, según la ley, a los dos meses de la promulgación. El Decreto de promulgación debe decir desde cuando rige el Tratado internacionalmente, pero no puede obligar a sus ciudadanos a cumplirlo retroactivamente al fijar la fecha de vigencia internacional con anterioridad al Decreto de promulgación, y solamente puede obligar su observancia a partir de la promulgación.

"Así, pues, entre el momento de vigencia del Tratado entre las partes contratantes y el de su vigencia para los ciudadanos colombianos, transcurre un mínimo de tiempo de dos meses.

"Ese Decreto de promulgación marca el momento de la vigencia del Tratado para los ciudadanos de Colombia, es decir, le da el efecto imperativo de toda ley.

"A pesar de la terminología usada por la Ley 7ª de 1944, y de su distinción entre ley internacional y ley interna, la ley contenida en el Tratado internacional entra en vigencia primero entre las partes en el momento de canje o depósito de las ratificaciones, y luego respecto de los ciudadanos colombianos mediante la promulgación, pero es una sola y única ley. No es necesario como lo creen los ignorantes, un acto específico del Estado colombiano para convertir en derecho interno el contenido del Tratado internacional, o sea lo que ellos llaman la incorporación del derecho internacional en el derecho interno. La Ley internacional del Tratado tiene dos momentos sucesivos de vigencia, primero entre las partes y luego respecto de los ciudadanos colombianos, vigencia sucesiva que resulta de la misma naturaleza de las cosas ya que primero es menester crear un vínculo internacional y luego volverlo obligatorio también para los ciudadanos colombianos mediante su promulgación".

Y sobre la extinción de los Tratados dice el mismo internacionalista en la obra citada:

"La doctrina distingue cuatro causas de extinción de los Tratados internacionales: La voluntad de las partes (abrogación); la manifestación de voluntad de uno de los contratantes (denuncia); la ocurrencia de ciertos eventos (guerra o cambio de circunstancias); y la revisión".

"Denuncia. Los Tratados internacionales también pueden terminar por la manifestación de la voluntad de uno de los contratantes que puede tener lugar a través de la denuncia o de la renuncia.

"Tres casos distingue la doctrina: (i) La denuncia hecha sobre la base de una cláusula convencional que la autorice; (ii) La declaración de caducidad, por medio de la cual el Estado de quien emana afirma o, por lo menos presupone la existencia de una causa de caducidad del Tratado; y (iii) La repudiación del Tratado, que reposa sobre motivos políticos y que es inoperante en derecho pero que crea una situación de hecho que puede dar lugar a negociaciones".

Pues bien, el Tratado de Extradición suscrito entre Colombia y los Estados Unidos de América en el año de 1979 rige a plenitud en nuestro país máxime que se había negociado, acordado y perfeccionado con todos los requisitos necesarios para su validez a la luz de las normas del Derecho Internacional. La Corte Suprema de Justicia

como ya lo vimos declaró la inexequibilidad de la Ley 27 de 1980 aprobatoria del mismo y luego declaró también la inexequibilidad de la Ley 68 de 1986 con la cual se había pretendido su nueva vinculación a la Legislación Colombiana. Pero ese hecho no le quita valor al Tratado como tal, y solamente queda pendiente de un requisito para su aplicabilidad en Colombia: La ley aprobatoria. Esa circunstancia no le resta vigor a su vigencia misma y mucho menos a nivel internacional, puesto que ninguna de las formas de extinción del convenio se ha dado aquí o al menos en el expediente no existe constancia alguna en ese sentido.

Si bien en la actualidad el Tratado de Extradición con los Estados Unidos está vigente, él no puede ser aplicado en nuestro medio por faltarle el requisito de su aprobación parlamentaria. A la luz del Derecho Internacional, se repite, conserva su plena vigencia por lo mismo que no se han dado ninguna de las formas previstas para su terminación conforme al estudio que hace el profesor Cavelier a que aquí se ha hecho alusión.

Además, en el propio texto del Tratado, en su artículo 21 está prevista, en su numeral 4º la forma de dar por terminado el Convenio, así:

"Cada una de las partes contratantes podrá dar por terminado este Tratado en cualquier momento, previa comunicación a la otra parte contratante y la terminación tendrá efecto seis meses después de la fecha de recepción de dicha comunicación".

Para esta Sala es inexplicable que el Gobierno colombiano acuda a otro Tratado para el trámite de las extradiciones y más inexplicable aún que no haya denunciado el Tratado de Extradición con los Estados Unidos, si es que no está en su voluntad aplicarlo, y que en cambio acuda de modo supletorio a otro mecanismo para la extradición.

Es cierto que el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno de un país, y que como la extradición según se ha visto, se solicita, concede u ofrece de acuerdo con los tratados públicos, deben estos en consecuencia observarse en forma rigurosa sin que interese que ellos de pronto se encuentren en contra de alguna disposición de derecho interno. Y en el caso concreto el Tratado de Extradición suscrito con los Estados Unidos en el año de 1979, mientras él no sea denunciado por alguna de las partes o sufra una modificación por mutuo acuerdo de los dos Estados, no le queda más remedio a Colombia, en virtud del principio *pacta sunt servanda,* que cumplirlo fielmente y de buena fe.

Producida la inexequibilidad de las leyes aprobatorias del Tratado de Extradición, el Gobierno ha debido proceder a someter a consideración del Congreso de la República un nuevo proyecto de ley aprobatoria del Tratado, así se diga que nuestro Congreso no tiene la voluntad política para abordar su estudio; puesto que el Gobierno frente a sus compromisos internacionales cumpliría cabalmente tomando esa decisión política. Claro que como lo advierte el profesor Marco Gerardo Monroy Cabra (Conferencia sobre Régimen Jurídico de la Extradición. Universidad del Rosario), "la ley aprobatoria de

un Tratado es un simple requisito y ni conlleva la ratificación que es posterior, ni esto implica la entrada en vigor que sólo se produce en la forma señalada en el Tratado".

Y es que el aspecto más delicado que se aprecia en el problema que se analiza, radica en el hecho de que como instrumento para la extradición el Convenio de Montevideo no puede ser utilizado puesto que este Convenio, de modo categórico y taxativamente en su artículo 21, prescribe que no es aplicable sino en ausencia de tratados bilaterales o colectivos. Y es de toda evidencia, conforme al estudio que aquí se ha hecho, que el Tratado de Extradición celebrado entre Colombia y los Estados Unidos de América en el año de 1979 está vigente. Es un hecho cierto que en el momento en que Colombia y los Estados Unidos firmaron y ratificaron la Convención de Montevideo el 26 de diciembre de 1933, estaba rigiendo el Tratado de Extradición con los Estados Unidos de 1888, reafirmado, modificado y adicionado en cuanto a la lista de los delitos en el año de 1940; luego la Convención de Montevideo no podía regir en ese momento porque estaba clara la voluntad inequívoca de que continuara la vigencia del Tratado de 1888.

En el año de 1979 Colombia y los Estados Unidos firmaron un nuevo Tratado de Extradición, el cual fue aprobado por medio de la Ley 27 de 1980. En el artículo 21 del mismo, como también ya se ha visto, se derogó expresamente la Convención de Extradición Recíproca de Delincuentes firmada el 7 de mayo de 1988 y la Convención Adicional de Extradición firmada el 9 de septiembre de 1940 entre Colombia y los Estados Unidos. De suerte pues, que una vez más de modo claro y nítido se sentó implícitamente la voluntad de no regir el manejo del problema de la extradición por la Convención de Montevideo, sino por el nuevo Tratado que como vimos derogó expresamente el de 1888 y el Convenio Adicional de 1940.

Consecuencialmente, no se ha presentado la situación prevista en el artículo 21 de la Convención de Montevideo, pues, no empece a la derogatoria expresa del Tratado de 1888, ese convenio no se aplicó, sino el Tratado de 1979 que sustituyó el de 1888.

Corolario obligado de todo lo visto anteriormente, es que contra el demandante señor Pablo Escobar Gaviria no podía dictarse auto de detención con fines de extradición, con fundamento en el artículo 10 de la Convención de Montevideo, puesto que ésta nunca ha podido operar en la práctica por haber existido siempre tratados bilaterales sobre la materia.

El Ejecutivo Nacional no debe dejar pasar los meses sin tomar la iniciativa para despejar el camino de la extradición. Frente a la situación creada con la inexequibilidad de las Leyes 27 de 1980 y 68 de 1986, lo lógico hubiera sido que el Gobierno sometiera al Congreso Nacional el estudio de un nuevo proyecto de ley aprobatoria del Tratado, o denunciar el Tratado de 1979, ya que como lo afirma Alfredo Vásquez Carrizosa "un tratado debe cumplirse como lo exige el Derecho Internacional en el aforismo *'Pacta Sunt Servanda'* o, de lo contrario, proceder a la denuncia o revisión del mismo instrumento".

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

El artículo 26 de la Constitución Nacional fue invocado como violado por el señor apoderado del demandante. Dicha norma prescribe lo siguiente:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

El primer inciso de la norma transcrita consagra el "debido proceso". Las garantías procesales establecidas por el artículo 26 del estatuto constitucional deben funcionar en todo tiempo; así lo tienen establecido tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado. Y esa operancia lo debe ser no solamente por mandato de los principios universales que presiden la administración de justicia, sino también porque su vigencia en modo alguno está condicionada a que exista normalidad jurídica en el territorio nacional. No, el artículo 26 de la Carta es un precepto de aplicación obligatoria para toda clase de procedimientos cualquiera que sea la época en que éste se adelante, de normalidad o de anormalidad jurídica. Esta norma, ha dicho el Consejo de Estado, es una garantía de la libertad individual y del ejercicio de los derechos que de ella emanan: El juzgamiento conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Juez competente y observándose la plenitud de las formas propias de cada juicio. Y así, toda actividad contraria a la regulación que hace la ley, constituye una conducta antijurídica que acarrea consecuencias desfavorables a quien procede con pretermisión del orden jurídico. El artículo 26 de la Constitución, pues, prohíbe que sin sujeción a las reglas del procedimiento se juzgue, y bien puede afirmarse que en el caso de autos no permite que se actúe con apego a un Tratado, o a un Convenio multinacional que jurídicamente no puede servir de base para procederse en el terreno de la extradición.

Las actuaciones cumplidas en el presente asunto y conforme el análisis que en los párrafos anteriores se ha hecho, están resentidas de inconstitucionalidad por cuanto el auto de detención provisional controvertido, con fines de extradición, se ha dictado con fundamentos jurídicos que no pueden ser invocados, como es la Convención sobre Extradición de Montevideo que fue objeto de análisis por el ponente.

Y la situación jurídica que se ha patentizado, es apenas obvio que en los desarrollos posteriores del proceso de extradición del señor Pablo Escobar Gaviria, va a traducirse a la postre en la producción de un acto administrativo definitivo, como sería el contentivo de la extradición del citado Escobar Gaviria, viciado de inconstitucionalidad, configurándose entonces a plenitud la situación planteada en el numeral primero del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo que impone la suspensión provisional en prevención del acto preparatorio o de trámite que dispuso la detención provisional para fines de extradición del ciudadano mencionado.

Sabemos que Colombia es un Estado de Derecho y que la legalidad imperante no puede desconocerse por ningún motivo, ni aún con el pretexto de la conveniencia pública como alguien lo ha sugerido recientemente. Rindiéndole culto a la ley se pone a salvo el prestigio de nuestras instituciones democráticas y se restablecen los principios que le prestan contenido y fuerza.

No se desconoce la magnitud del problema del narcotráfico; sus consecuencias morales son terribles en corrupción, muerte y desolación. Y entendemos que en Colombia se está viviendo una hora crucial estando todos con el deber apremiante de secundar a nuestros gobernantes en la tarea de mantener el orden dentro de la ley y sobre todo para librar al país de las continuas acechanzas a que lo han expuesto los grupos delincuenciales. La sociedad puede y debe albergar la certidumbre de que los pasos que dé el Gobierno en la lucha contra el delito cuentan con el sólido respaldo de toda la opinión sana y sensata de Colombia, por el sincero convencimiento que tiene de que en esta forma se pondrá a salvo el prestigio de nuestras instituciones democráticas y se mantendrán incólumes los principios que le prestan contenido y fuerza a nuestro Estado de Derecho.

Y en razón de lo anteriormente expuesto, *se resuelve:*

Primero. Decretar la suspensión provisional en prevención de la providencia dictada por el señor Ministro de Justicia el 5 de enero de 1988, por medio de la cual decretó la detención con fines de extradición entre otras personas, del señor Pablo Escobar Gaviria.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, ofíciese al señor Ministro de Defensa, al Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), al Comandante del Ejército, al Director General de la Policía Nacional y al Director General de Prisiones, a fin de que se abstengan de dar cumplimiento al acto cuya suspensión provisional en prevención se decreta en el numeral anterior.

Cópiese, notifíquese.

Samuel Buitrago Hurtado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

UNIDAD DE EMPRESA.—

Es un sistema o una organización de explotación económica con base en una aparente pluralidad de actividades o en fundamento de una multiplicidad de personas jurídicas que llevan a cabo la explotación realmente única (art. 15 del Decreto 2351 de 1965, art. 194 del C. S. del T.).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., quince de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Radicación 1655 (9707). Resoluciones Ministeriales. Acción de plena jurisdicción (restablecimiento del derecho) contra resoluciones 04217 de 1982 y 00781 de 1983 del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Demandante: Editora de la Costa Limitada.

En demanda presentada ante el Consejo de Estado, el apoderado de la sociedad mercantil Editora de la Costa Limitada solicitó, haciendo uso de la acción de plena jurisdicción (art. 67 de la Ley 167 de 1941), hoy de restablecimiento del derecho (art. 85, Decreto-ley 01 de 1984), se declare que son nulas las Resoluciones 04217 del 13 de diciembre de 1982 y 00781 del 4 de marzo de 1983, ambas emanadas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y que, a título de restablecimiento del derecho, se declare igualmente que no existe unidad de empresa entre las sociedades Editora de la Costa Limitada y El Heraldo Limitada, personas jurídicas de derecho privado (mercantil), como así lo decidió el acto acusado.

La demanda:

Como fundamentos de hecho, la parte actora relata que mediante la primera de las resoluciones dichas, el Ministerio en cuestión declaró que, para todos los efectos laborales, existe unidad de empresa entre las dos sociedades mencionadas; ambas con domicilio en la ciudad de Barranquilla, lo que fue confirmado por la segunda resolución como respuesta al recurso de reposición interpuesto contra aquélla, agotándose así la vía gubernativa.

Mas estima el libelista que entre ellas no existe tal unidad empresarial, pues no se reúnen para ello los requisitos demarcados por el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965 adoptado como norma perma-

nente por la Ley 48 de 1968; en efecto, continúa, aun cuando "sus actividades pueden considerarse conexas y complementarias, no existe predominio económico de una sobre la otra, ya que tienen socios a personas naturales diferentes y ninguna sociedad posee en la otra la mayoría de las cuotas o partes de interés social". Esa afirmación la abona diciendo: "Lo anterior es tan cierto que dentro del trámite administrativo adelantado por la Oficina de Planeación y Economía Laboral del Ministerio de Trabajo se llegó a la conclusión por esa dependencia de que no existía la mencionada unidad, por lo cual el concepto de aquella fue desfavorable a tal declaratoria", además de que "ni la sociedad El Heraldo Limitada, considerada como persona jurídica ni sus socios personas naturales, tienen más del 50% del capital de Editora de la Costa Limitada" y que, es más "las operaciones propias del objeto social de Editora de la Costa Limitada, en beneficio de El Heraldo Limitada no alcanzan a producirle a la primera siquiera un 30% de sus ingresos totales brutos, como consta en certificación aportada durante la investigación administrativa y expedida por el señor Revisor Fiscal de mi representada", amén de que las dos sociedades "funcionan independientemente, cada una tiene su propio personal y su propia contabilidad", puesto que "simplemente están vinculadas por dos contratos de arrendamiento y prestación de servicios que, en manera alguna, pueden demostrar unidad de empresa, por virtud de la cual Editora de la Costa Limitada edita el periódico El Heraldo y la sociedad propietaria de éste le paga la suma de $ 500.000.00 mensuales. Pero Edicosta también elabora otras publicaciones que constituyen la fuente mayoritaria de sus ingresos brutos. Hay también total independencia administrativa y operativa de las dos sociedades".

Para el demandante, el acto administrativo cuya nulidad impetra es violatorio de normas de carácter superior, cuales son los ya citados artículos 194 del Código Sustantivo del Trabajo y 15 del Decreto 2351 de 1965, igual que los artículos 260 y 261 del Código de Comercio (fls. 17 a 22).

El concepto Fiscal:

Emitido por el señor Fiscal Cuarto de la Corporación (fls. 83 a 94), opina que "las pretensiones contenidas en éste (el libelo inicial) no tienen vocación de prosperidad", por los motivos que metódicamente explica, al analizar las dos resoluciones integrantes del acto administrativo demandado y aspectos referentes a las dos sociedades cuya unidad de empresa fue declarada, así como a rubros tales como el predominio económico, la similitud, la conexidad, la complementariedad, los trabajadores al servicio de ambas. Los criterios expuestos por la agencia del Ministerio Público colaboradora serán coordinados en los distintos puntos que, ha de examinar la Sala.

Es de observar que este proceso, de única instancia, es una reconstrucción del destruido durante los luctuosos acontecimientos del 6 y 7 de noviembre de 1985 y fue dispuesta ella por auto de doce de noviembre de mil novecientos ochenta y seis (fl. 39).

Además, se halla agotado el trámite de rigor pertinente. No se advierte causal alguna que invalide la actuación.

Consideraciones de la Sala:

El fenómeno de la *unidad de empresa,* según lo estructura el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo —con las modificaciones introducidas por el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965—, ha de ser entendido como un sistema o una organización de explotación económica con base en una aparente pluralidad de actividades o en fundamento de una multiplicidad de personas jurídicas que lleven a cabo la explotación realmente única. La norma parte del supuesto de que existan actividades similares, conexas o complementarias, de tal manera que ellas converjan a un mismo fin o propósito en la materialización del objeto único de esas actividades. Como dentro de la acepción que aquí se toma, la empresa es el centro de gravedad del mundo actual y ha de ser tenida como "un grupo organizado, jerarquizado, de hombres sujetos entre ellos por diversos lazos, tales que de contratos de uso, asociación, etcétera, y colaborando entre ellos un objeto determinado" (Boucraut), la unidad empresarial trae consigo la presencia de una técnica que, no obstante la diversidad de personas naturales o jurídicas, ellas reúnen, combinan sus esfuerzos en tal forma que proporcionan los bienes o servicios indispensables para satisfacer las necesidades de ese propósito o afán comunes.

Siendo la empresa un conjunto de medios de diversa índole destinado a un determinado fin que tiene como meta la producción de bienes o la promoción de servicios inmateriales, todos los elementos de la empresa han de estar subordinados a dicho fin, el concepto de unidad de empresa envuelve una idea de colaboración de esfuerzos.

Es por ello que el segundo inciso del citado artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo demarca una presunción *iure tantum* que se erige sobre la existencia fáctica de unas circunstancias dadas, cuando esa unidad empresarial se predique de personas jurídicas que lleven a cabo esa comunidad de esfuerzos para un mismo fin económico; esos supuestos fácticos están determinados así:

Cuando una de las personas jurídicas es *principal* respecto de la otra o de las otras personas jurídicas, siendo estas filiales o subsidiarias respecto de aquélla.

Es, por tanto, preciso acudir al Código de Comercio para determinar cuándo una sociedad —persona jurídica por excelencia en el engranaje mercantil— es filial o subsidiaria. Al tenor del artículo 260 de este Código, una sociedad es filial de otra cuando está "dirigida o controlada económica, financiera o administrativamente por otra, que será la matriz". Y es subsidiaria, conforme a la misma disposición, cuando el control o dirección "lo ejerza la matriz por intermedio o con el concurso de una o varias filiales suyas, o de sociedades vinculadas a la matriz o a las filiales". En cierto modo puede afirmarse que una subsidiaria es una filial de una filial o de varias.

Sobre el tópico ha dicho el Consejo de Estado que "el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, al definir la empresa como

una unidad de explotación económica, se refiere —es cierto— a una empresa y no a dos o más. Pero no resulta exacto sostener que cuando dicha norma habla de la empresa como unidad de explotación económica, se esté refiriendo necesariamente a una sociedad comercial o industrial y no a varias. No se debe confundir el concepto de empresa con la noción de sociedad. Precisamente, una de las finalidades de la primera parte de la definición estudiada es la de que pueda declarar administrativamente la existencia de la unidad de empresa no obstante la multiplicidad de sociedades vinculadas a ella. Si así no fuera, el texto legal, en cuanto se refiere a la explotación económica unitaria sería poco menos que inoperante y supérfluo. Ese estatuto laboral, al establecer aquella regulación, no hizo cosa distinta a aceptar el hecho económico de continua ocurrencia de que una empresa puede estar compuesta por varias compañías, principal y filiales, y de la de hacerle producir a ese fenómeno todas las consecuencias jurídicas que debe tener en el campo del Derecho. De la forma disyuntiva utilizada en la redacción del artículo 194 y de la oposición lógica que existe entre la idea de unidad y la de multiplicidad de unidades, se desprende que la figura jurídica de la empresa unitaria se perfecciona mediante la realización de una de las dos hipótesis contempladas en aquel ordenamiento legal: Una sola explotación económica o varias explotaciones similares y dependientes de la misma persona natural o jurídica" (Sentencia de 21 de noviembre de 1963; Consejo de Estado, S. de lo C. A., ponente, doctor Carlos Gustavo Arrieta; *"Anales"*, 2º semestre 1963, T. 67, números 403-404, pág. 104).

Mas no exclusivamente la condición de principal o matriz, filial o subsidiaria lo que demarca la presunción para que se dé, jurídicamente, el fenómeno de unidad de empresa, como muy bien lo analiza el señor Fiscal Cuarto de la Corporación; hay otros factores que conjunta o aisladamente permiten llegar a la realidad fáctica acerca de la existencia de unidad empresarial entre dos o más sociedades, si de sus actividades mercantiles surge que sus esfuerzos confluyen a la obtención del producto. Por eso el Consejo, en la misma sentencia arriba invocada, expresó: "Los redactores del Código Sustantivo del Trabajo comprendieron el fenómeno económico de la unidad real dentro de una multiplicidad simulada, y, por lo tanto, trataron de ajustar la legislación a las modalidades de ese hecho y a las formas adoptadas por la organización del capital, a fin de que el otro factor importante de la producción —el trabajo— se adecuara igualmente a tales realidades, y de que los asalariados, consecuencialmente, se beneficiaran lo mismo que los patronos, de todas las ventajas del sistema. En orden a alcanzar tales objetivos, en el artículo 194 del estatuto laboral se le imprimió un nuevo rumbo, al menos para los efectos propios de esa legislación, al principio según el cual la sociedad constituye una persona distinta a la de los socios individualmente considerados. Frente a los derechos reconocidos por ese Código en desarrollo del mandato constitucional que instituye el trabajo como una obligación social merecedora de la especial protección del Estado, aquel principio de origen civilista perdió un poco de la fuerza que inicialmente tenía, pues la primera hipótesis contemplada en el artículo 194 persigue, precisamente, entre otros fines, el de restarle vigor jurídico a aquella ficción legal, para efectos de restaurar una

verdad económica en provecho de los trabajadores". Y como lo explica el señor Fiscal colaborador. Esos otros factores son, entre otros, el predominio económico, la similitud de actividades, su conexidad, su complementariedad y los trabajadores al servicio de unas y otras compañías.

Cree la Sala pertinente valerse del análisis que el señor Fiscal Cuarto ha hecho al respecto, ya subjetivizando el tema al caso *sub lite;* dice así:

"*Aspectos generales. El Heraldo Ltda.* (Barranquilla).

"Sociedad constituída mediante escritura pública número 1998 de 5 de agosto de 1952, otorgada en la Notaría 1ª de Barranquilla, reformada por varias escrituras públicas hasta concluir en la 3140 de 16 de diciembre de 1975 de la Notaría 4ª de Barranquilla.

"Su objeto social comprende la publicación de un periódico en la ciudad de Barranquilla, y tener una empresa editorial para efectuar toda clase de negocios relativa (sic) a ese ramo de actividades.

"*Editora de la Costa Ltda. Edicosta.*

"Constituída por las escrituras públicas números 2875 y 3213 de 19 de noviembre y 19 de diciembre de 1979 otorgadas en la Notaría 4ª de Barranquilla.

"Su objeto social comprende la edición de libros, revistas, folletos y periódicos de carácter científico o cultural. La sociedad podrá ocuparse de la distribución y venta de sus publicaciones.

"Sobre el *predominio económico,* se observa:

" 'En la revisión de libros contables se encontró que los ingresos totales de Editora de la Costa Ltda., correspondientes al año de 1980 ascendieron a la suma de $ 10.957.667.37; de los cuales por ventas a El Heraldo Ltda., fueron $ 10.596.428.82 que en cifras relativas corresponden al 96.7% del total de ingresos'.

"Existe también entre el Heraldo Ltda., y Editora de la Costa Ltda. 'Edicosta' un contrato de prestación de servicios en el cual Edicosta se compromete a editar diariamente el Diario, en la forma cantidad y calidad que éste indique, y a entregárselo de inmediato al Diario o a quien ésta señale para su transporte, distribución y venta dentro y fuera de la ciudad. El Diario pagará a la Editora por tal concepto la suma de quinientos mil pesos moneda corriente, mensuales (ver fl. número 53).

"*Similitud.*

"Según la clasificación internacional uniforme de actividades económicas, las empresas en estudio pertenecen a la Gran División 3 Industrias Manufactureras, División 34 Fabricación de Papel y Productos de Papel; Imprentas y Editoriales Agrupación 342 Grupo 3420 Imprentas, e Industrias Conexas.

"Conexidad.

"En el cuadro número 2 (pág. 16) se observa que ambas sociedades tienen su domicilio en la ciudad de Barranquilla y se encuentran en la misma edificación.

"Los servicios de luz, agua y teléfono son suministrados por el Heraldo Ltda., sin ningún costo, lo mismo sucede con el arrendamiento, por lo cual no existe ningún rubro contable que certifique los respectivos pagos.

"Complementariedad.

"Respecto a este requisito se presenta la siguiente secuencia productiva: Programación, Edición, Distribución y Venta.

"La programación es efectuada por la sociedad El Heraldo Ltda., la edición es por cuenta de Editora de la Costa Ltda. y la distribución y venta vuelve a ser parte de El Heraldo Ltda., complementándose en esta forma el producto terminado, que para el caso es el periódico El Heraldo.

"Trabajadores a su servicio.

"El Heraldo Ltda., tiene 85 trabajadores a su servicio, Edicosta Ltda., 61 trabajadores.

"De acuerdo con el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, se entenderá que hay unidad de empresa: a) En 'toda unidad de explotación económica', así no haya sido una misma persona su dueño; b) Si siendo varias las unidades de explotación económica dependen todas de una misma persona natural o jurídica; y c) En el caso de las sociedades 'cuando entre la principal y las filiales o subsidiarias' aquella predomine económicamente y ademas (sic) cumplan todas ellas actividades similares, conexas o complementarias.

"En la figura descrita en el literal b) se requieren la *dependencia económica* respecto de una misma persona natural o jurídica, mientras en la del literal c), es necesario el predominio económico de una sociedad principal sobre las filiales o subsidiarias.

"La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 10 de noviembre de 1975, con ponencia del doctor Alejandro Córdoba Medina, dijo lo siguiente: 'Finalmente conviene advertir que el predominio económico de una sociedad sobre otra o el carácter de principal respecto a ella no solamente puede resultar de las acciones que una pueda tener en la otra, que es la forma simple, sino que puede provenir de contratos de exclusividad o de financiación indirecta o aún de operaciones que comprometan el capital o la administración por razones económicas'.

"En otro de sus apartes, el citado fallo contiene: 'El predominio económico de una sociedad sobre otra puede resultar de factores que deben constar en escritura pública o de fenómenos puramente económicos no previstos jurídicamente, que por ello admiten cualquier clase de prueba'.

"Las transcripciones del estudio económico financiero de la Oficina de Planeación y Economía Laboral de este Ministerio, y el contenido de los certificados y anexos que obran en el expediente demuestran:

"Las actividades sociales de las sociedades El Heraldo Ltda., y Edicosta, son similares.

"En el folio 102, anexos al estado de pérdidas y ganancias de diciembre 31 de 1980, aparece en los ingresos, que Edicosta percibió $ 10.596.428.82, de un total de $ 10.957.667.37 provenientes de los pagos que por servicios de producción le hizo El Heraldo Ltda. Esta consideración es importante en orden a establecer la vinculación de las sociedades, pues si Edicosta deriva un 96.7% de sus ingresos de El Heraldo Ltda., y de los demas (sic) clientes un 3.3% no se puede negar la estrecha vinculación de las sociedades, que permite a la una mantener respecto de la otra un contrato de exclusividad determinante del predominio económico.

"En el acta de diligencia de inspección ocular (fl. 91) el funcionario comisionado deja constancia que ambas sociedades funcionan en el mismo edificio, y que los servicios de energía, teléfonos y de agua potable son suministrados por El Heraldo sin ningún costo. De la misma forma en el estudio de planeación (pág. 17), se afirma que no existe un rubro contable, ni en el expediente aparece contrato alguno, que permita inferir pagos por concepto del arrendamiento de los locales ocupados por Edicosta Ltda.

"El proceso de elaboración del producto final, exige una participación necesaria y sistemática en las dos sociedades constituyendose (sic) la actividad desarrollada por Edicosta Ltda. en imprescindible para el cumplimiento del objeto social de El Heraldo, aspecto que denota una unidad de criterio y operativa en lo concerniente a programación, edición y distribución del producto, compartida por dos personas jurídicas distintas.

"Finalmente conviene expresar que la certificación de los estados contables de la empresa Editora de la Costa Ltda., registrados durante el mes de junio de 1982 y allegados al expediente no pueden aducirse como elementos probatorios por tratarse de situaciones creadas en forma simultánea en el trámite de la investigación a que dio lugar la solicitud del Sindicato Industrial de Trabajadores de Artes Gráficas del Atlántico, la cual habrá de definirse con base en el acervo allegado al informativo, para que sirviera de fundamento al concepto técnico económico rendido por la Oficina de Planeación y Economía Laboral del Ministerio a la Oficina Jurídica, con fecha septiembre 23 de 1981. Lo anterior sin perjuicio de que las situaciones creadas con posterioridad a esa fecha sean analizadas y definidas a solicitud de los interesados en ejercicio de sus derechos y al tenor de las disposiciones vigentes sobre la materia.

"Por lo demás cabe anotar que la situación de independencia económica de una empresa no puede deducirse por las operaciones que reflejadas en sus asientos de contabilidad se llevan a cabo durante una fracción de año, ya que ella sólo abarca una reducida parte de la programación prospectada generalmente para todo un año.

"Tratándose de unidad de empresa, la finalidad de la ley consiste en hacer prevalecer la realidad económica sobre la apariencia jurídica. Demostrado por los distintos fenómenos económicos el 'predominio económico' de la sociedad El Heraldo Ltda., con base en el acervo probatorio que sirvió de fundamento al estudio de la Oficina de Planeación al cual se se (sic) hizo referencia, sobre la sociedad Editora de la Costa Ltda., 'Edicosta', es obvio que debe declararse que existe unidad de empresa entre las sociedades mencionadas" (fls. 88 a 92).

En resumen, el acto administrativo demandado no transgrede las normas invocadas y, en consecuencia, mantiene incólume la presunción de legalidad; en virtud de ello habrá de denegarse las peticiones de la parte actora.

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:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 11 de marzo de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SINDICATOS.—

La cancelación de personería y disolución de sindicatos, corresponde a la jurisdicción ordinaria.

SINDICATOS. La expulsión de miembros sólo corresponde a la Asamblea General.

SE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de las siguientes normas estatutarias que hacen parte de la Resolución número 04571 de 31 de diciembre de 1985:

Del parágrafo II del artículo 8º en la parte que dice:

"Cuando el afiliado se atrase por seis (6) meses en el pago de sus obligaciones económicas y estatutarias quedará automáticamente fuera de la entidad sindical y podrá ordenarse su eliminación de las listas de sus integrantes".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E., siete de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 2372. Resoluciones Ministeriales. Actor: Guillermo Rodríguez Sabogal.

Se decide el recurso de súplica interpuesto por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Turística de Colombia "SINTRATUR" por medio de apoderado, contra el auto de 8 de abril de 1987, mediante el cual el Magistrado sustanciador dispuso la suspensión provisional de la Resolución número 04571 de 31 de diciembre de 1985, expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para reconocer personería jurídica a dicho Sindicato, aprobar sus estatutos y ordenar a la División de Relaciones Colectivas de Trabajo la anotación e inscripción en el registro sindical, de su Junta Directiva.

Sustentación del recurso:

Caducidad de la acción. Afirma el Sindicato recurrente que el acto impugnado no es de carácter general sino que afecta a personas determinadas a quienes se les ha conferido derechos tales como el reconocimiento de personería jurídica, fueros sindicales, suscripción de convenciones colectivas, etc.

Siendo ello así, la acción promovida tiene todas las características que definen la de restablecimiento del derecho aun cuando el actor la denomine "de simple nulidad", requiriendo aquella acreditar interés jurídico y sometimiento al término de caducidad.

Falta de requisitos para decretar la suspensión. Dada la naturaleza de la acción, habría sido necesario demostrar, al menos sumariamente, el perjuicio sufrido por el actor.

Manifiesta violación de norma superior. No existe en el presente caso, ni la invocada tiene nada que ver con la que se dice violada. En efecto afirma el demandante que el artículo 2º de los estatutos viola en forma ostensible y manifiesta el artículo 394 del Código Sustantivo del Trabajo, afirmación carente de realidad.

Existencia de Sindicato Mixto. Se aduce equivocadamente que el artículo 2º de los estatutos vulnera los artículos 356 y 353 del Código Sustantivo del Trabajo ya que según el aparte f) del artículo 2º de los estatutos del Sindicato pueden ser miembros los fabricantes de artesanías y artículos varios, cuyo mercado está ligado al turismo, ferias y exposiciones...

Lo anterior es una habilidosa presentación destinada a confundir la realidad, ya que cercena el artículo para sacar una conclusión negativa. El artículo 2º en forma clara dice que el Sindicato estará formado por *trabajadores que presten sus servicios* en las diferentes actividades relacionadas. Interpretarlo como lo hace el actor equivaldría a afirmar que al Sindicato se pueden afiliar Agencias de Viajes, de Turismo, Restaurantes, etc., lo cual no es cierto.

Explotación de negocios con ánimo de lucro. Sostiene el actor que los estatutos de "SINTRATUR" violan la ley al consagrar en su artículo 4º que la agremiación podrá adquirir bienes muebles e inmuebles para el desarrollo de empresas propias o confinanciadas por el Estado, en el sector privado nacional o extranjero.

La cita del artículo es incompleta. Una cosa es poseer bienes muebles o inmuebles y otra obtener utilidades o ejercer actividades con ánimo de lucro. Se debe entender en el espíritu que la norma conlleva y no en la forma restrictiva que señala el demandante.

Asistencia de miembros suplentes con derecho a voz y voto. Parágrafo del artículo 29. El artículo 390 del Código Sustantivo del Trabajo que habla del período de las Juntas Directivas Sindicales no restringe la facultad de los suplentes de asistir a las reuniones de Junta Directiva, de participar en las deliberaciones. No se puede desconocer que las Juntas Directivas de las organizaciones de primer grado se hallan integradas por diez miembros: Cinco principales y cinco suplentes y que constituyen *quórum* la mitad más uno de sus miembros. Quienes son parte integrante de un ente jurídico no pueden ser convidados de piedra frente a las situaciones que en una u otra forma los afecten.

Consideraciones de la Sala:

El acto demandado —Resolución número 04571 de 31 de diciembre de 1985— contiene varias decisiones. En efecto, el Ministerio de Tra-

bajo reconoce personería jurídica a la organización sindical de primer grado y de industria denominada "Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Turística de Colombia SINTRATUR" aprueba sus estatutos y ordena su inscripción en el registro sindical.

En el libelo se solicita la nulidad íntegra y la suspensión provisional de esa resolución con base en que algunos artículos de los estatutos infringen disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo.

El auto suplicado también contiene varias decisiones a saber; la admisión de la demanda y la suspensión provisional del acto acusado.

El recurso de súplica fue interpuesto contra la suspensión provisional.

Por esa razón la Sala no considera procedentes los argumentos que se refieren a la clase de acción que correspondería incoar o a la caducidad de la acción. Tienen más que ver con la admisión de la demanda y el momento oportuno para analizar tales aspectos será el de proferir sentencia.

La suspensión provisional se fundamentó en que, para la obtención de personería jurídica por parte de un Sindicato, éste debe acreditar una serie de requisitos y entre ellos la aprobación de los estatutos.

En que según el artículo 366 del Código Sustantivo del Trabajo, el Ministerio reconocerá la personería, salvo el caso de que los estatutos del Sindicato sean contrarios a la Constitución, a las leyes o a las buenas costumbres o contravengan disposiciones especiales del mismo Código; y que observándose visibles incongruencias entre el texto de algunas disposiciones estatutarias y normas expresas del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, estando fuera de duda que algunos artículos de los estatutos del Sindicato contradicen abiertamente precisas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, es el caso de decretar la suspensión provisional impetrada.

La Sala no comparte este respetable criterio, por varias razones.

Como lo expresa el mismo auto suplicado, ha sido cauteloso el Consejo de Estado respecto de la suspensión provisional y sólo la decreta cuando la violación de las normas invocadas surja inequívocamente de la simple comparación de textos, lo cual no ocurre en el presente caso, respecto al reconocimiento de personería jurídica.

Ciertamente, de conformidad con el artículo 366 del Código Sustantivo del Trabajo, el Ministerio del ramo podrá negarse a reconocer personería jurídica a un sindicato, cuanto sus estatutos sean contrarios a la Constitución, a las leyes, a las buenas costumbres o contravengan disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo.

Naturalmente podrá también, antes de reconocer personería, hacer las observaciones pertinentes a fin de que sean corregidos los defectos que se observen en los estatutos, en orden a hacer viable tal reconocimiento.

Pero una vez reconocida esa personería y aprobados los estatutos, esas dos decisiones son independientes entre sí, cobran vida jurídica propia.

Se ha sostenido por ejemplo, que el reconocimiento de personería jurídica es acto de carácter particular o subjetivo, en tanto que los estatutos aprobados por ser ley que gobierna la actuación del Sindicato, son de carácter general.

También en varias providencias del Consejo de Estado se ha dicho que lo relativo a la cancelación de personería jurídica y disolución de sindicatos, es materia que corresponde a la justicia ordinaria, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 2158 de 1948; pero este es un punto que corresponde ser analizado en la sentencia.

Puede ocurrir, claro está, que algunos artículos de los estatutos no se ajusten a derecho; pero en ese caso, serán concretamente esos artículos, que hacen parte de la resolución aprobatoria, los que deberán desaparecer de la vida jurídica y no la personería jurídica del Sindicato, que aún sin ellos puede subsistir.

En el caso concreto de autos, tenemos que la personería jurídica del Sindicato no está atacada directamente en la demanda. Se atacan sí, diversos artículos de los estatutos y la Sala procede a estudiarlos a fin de establecer si es viable la suspensión provisional, pero sólo en cuanto a cada uno de ellos concierne.

Tales normas estatutarias son:

El artículo 2º en cuanto prescribe que el Sindicato "SINTRATUR", estará formado por trabajadores que presten sus servicios en toda gama de la industria y el turismo a nivel nacional y el aparte f) determina que entre las personas que pueden ser miembros de la entidad se encuentran los "fabricantes de artesanías y artículos varios cuyo mercado esté ligado al turismo de ferias y exposiciones".

Argumenta el demandante que en esta forma se consagró la existencia de un Sindicato integrado simultáneamente por trabajadores y empresarios, con violación de los artículos 353 y 356 del Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto, el artículo 356 del Código hace la clasificación de los Sindicatos y en el literal b) se ocupa del de industria diciendo que está conformado por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de una misma rama industrial.

El artículo 2º de los estatutos de "SINTRATUR" dice expresamente: "...estará conformado por trabajadores que presten sus servicios dentro y en todo el territorio nacional, a los siguientes niveles y oficios:..." Continúa con la enumeración de tales oficios y entre ellos menciona en el literal f) a los fabricantes de artesanías y artículos varios. Pero como lo dice el recurrente, es preciso entender, acorde con el encabezamiento del artículo, que quienes se pueden afiliar al Sindicato son los trabajadores que presten sus servicios en ese oficio.

En todo caso, bien puede tratarse de una mala redacción que aparece equívoca, pero que de ninguna forma es flagrantemente violatoria de los artículos del Código Sustantivo del Trabajo invocados en el libelo, y por tanto no cabe aquí la suspensión provisional.

Artículo 4º que hace la enumeración de los fines principales del Sindicato y relaciona en el aparte j) el de: "adquirir a cualquier título y poseer los bienes muebles e inmuebles que requiera para el ejercicio de las actividades en este capítulo enumeradas y *para el desarrollo de las empresas propias o cofinanciada (sic) por el Estado, en el sector privado, nacional o extranjero...*" Las subrayas son de la demanda.

Se acusa esta norma de violar los artículos 355 y 373 del Código Sustantivo del Trabajo pues los Sindicatos no pueden tener por objeto la explotación de negocios o actividades con fines de lucro, y sólo pueden adquirir y poseer bienes muebles e inmuebles que requieran para el ejercicio de sus actividades.

Observa la Sala, que el hecho de haber mencionado empresas propias o confinanciadas por el Estado, no implica que estas tengan fines de lucro.

Por ello, de la simple comparación de textos no resulta la violación alegada, y será materia de la sentencia un análisis más a fondo de la cuestión. Con mayor razón cuando al leer el aparte j) en su totalidad se observa que se refiere a "adquirir a cualquier título y poseer los bienes muebles e inmuebles que requiera para el ejercicio de las actividades en este capítulo enumeradas..." lo cual se ajusta a las normas que se invocan como violadas. No procede tampoco la suspensión provisional.

Parágrafo II del artículo 8º. Ordena perentoriamente que el afiliado que se atrase por 6 meses en el pago de sus obligaciones económicas o estatutarias para con el Sindicato, "quedará automáticamente fuera de la entidad sindical y podrá ordenarse su eliminación de las listas de sus integrantes".

En opinión del demandante, esta exclusión automática no está permitida por la ley e infringe el artículo 376 del Código Sustantivo del Trabajo que trae como atribución exclusiva de la Asamblea del Sindicato la relacionada con la expulsión de cualquier afiliado, y también el artículo 398 del mismo Código que prevé la facultad del Sindicato de expulsar a uno de sus miembros, con la condición de que ella debe ser decretada por la mayoría absoluta de sus asociados.

Ciertamente es atribución exclusiva de la Asamblea General de un Sindicato la expulsión de cualquier afiliado, observando el *quórum* señalado en el artículo 398. Por esa razón y a simple vista aparece contrario a estas normas la exclusión automática prevista en el parágrafo II del artículo 8º y por tanto habrá de suspenderse.

Artículo 29. Se refiere a la reunión de las Juntas Directivas, tanto nacionales como regionales y establece en su parágrafo único que los miembros suplentes de tales Juntas, podrán asistir a todas sus reuniones "con derecho a voz y voto", con lo cual se contradice, según el

demandante, lo indicado en el artículo 362 del Código Sustantivo del Trabajo en su numeral 5º que dispone que los estatutos deben expresar el número, denominación, período y funciones de la directiva central y de las seccionales, y la parte final del inciso 1º del artículo 390 cuando determina que los suplentes entrarán a reemplazar a los miembros principales por el resto del período cuando estos son removidos.

En realidad conceder a los miembros suplentes de una Junta Directiva el derecho de asistir a todas las reuniones con voz y voto, contradice abiertamente la institución de los suplentes, que como lo indica el artículo 390, están llamados a reemplazar a los principales. Por tal razón, esta parte del artículo habrá de suspenderse.

Artículo 50. Determina que los gastos ordinarios del Sindicato en cada una de sus seccionales estarán incluídos en un presupuesto aprobado "...que regirá durante un período de dos años".

Este lapso bienal, según la demanda, contradice lo indicado por el artículo 394 del Código Sustantivo del Trabajo cuando determina que el Sindicato "...en Asamblea General votará el presupuesto de gastos para períodos no mayores de un año".

La violación del artículo 394 resulta flagrante en el caso del artículo 50 de los estatutos, al autorizar presupuestos para períodos de dos años, cuando la norma en cuestión habla de períodos no mayores de un año.

La Sala de Decisión estima, en resumen, que si bien cabe la suspensión provisional de parte de determinados artículos de los estatutos de SINTRATUR, no es viable la de la totalidad de la resolución acusada. En consecuencia

Resuelve:

Revócase el auto de 8 de abril de 1987 en cuanto dispone suspender provisionalmente y en su totalidad la Resolución número 04571 de 31 de diciembre de 1985, proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en relación con el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Turística de Colombia "SINTRATUR".

En su lugar, se decreta únicamente la suspensión provisional de las siguientes normas estatutarias que hacen parte de la Resolución número 04571 de 31 de diciembre de 1985:

Del parágrafo II del artículo 8º en la parte que dice: "Cuando el afiliado se atrase por seis (6) meses en el pago de sus obligaciones económicas y estatutarias quedará automáticamente fuera de la entidad sindical y podrá ordenarse su eliminación de las listas de sus integrantes".

Del parágrafo del artículo 29.

Del artículo 50 la frase que dice: "y que regirá durante un período de dos años".

Notifíquese y devuélvase al Despacho de origen.

Aydée Anzola Linares, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

PERSONAL DOCENTE.— Retiro forzoso. Ejercicio de la docencia compatible con el goce de pensión de jubilación.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., trece de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Proyectó: *Doctor Antonio José Arciniegas A.*, Abogado asistente.

Referencia: Expediente número 1025. Actor: Leoncio Rodríguez Acosta. Resoluciones Ministeriales.

Leoncio Rodríguez Acosta, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 21 de agosto de 1980, impetrando las siguientes *declaraciones:*

1. La nulidad de la Resolución número 06220 del 22 de abril de 1980, proferida por el Ministerio de Educación Nacional, en cuanto declaró la cesación definitiva de funciones del actor por haber llegado a la edad de retiro forzoso, encontrándose desempeñando el cargo de Rector del Colegio Nacional "Andrés Bello" de Bogotá.

2. La restitución del actor al cargo de Rector del Colegio Nacional "Andrés Bello" de Bogotá, o a otro de igual o superior categoría, teniendo en cuenta sus condiciones profesionales y económicas.

3. El pago de los sueldos, primas, bonificaciones y demás prestaciones sociales dejadas de percibir por el actor durante el tiempo de cesación de sus funciones por causa del acto administrativo acusado.

4. La no solución de continuidad en los servicios del actor que produjo el acto acusado.

Las peticiones anteriores se apoyan en los siguientes

Hechos:

"1. Mi representado, Leoncio Rodríguez Acosta, en razón de estar inscrito en el Escalafón Docente, desempeñó varios cargos en el Ministerio de Educación Nacional, entre ellos: Rector del Colegio Nacional 'Andrés Bello' de Bogotá, con sueldo básico de $ 18.400.00 mensuales.

"2. De acuerdo con certificado, expedido por el Servicio Médico de la Caja Nacional de Previsión Social, de fecha 22 de abril de 1980, mi representado estaba incapacitado para trabajar por el término de veinte días, comprendidos desde el 21 de abril hasta el 10 de mayo de 1980.

"3. Por Resolución número 06220, expedida el día 22 de abril de 1980, el señor Rodríguez Acosta fue declarado en cesación definitiva de funciones a partir de esta fecha de expedición de la Resolución acusada.

"4. Mi representado tuvo conocimiento de la existencia de la Resolución acusada el día 23 de mayo de 1980, fecha en que se notificó personalmente de la misma.

"5. El señor Ministro de Educación Nacional fundamentó la precitada Resolución en los Decretos extraordinarios 2400 y 3074 de 1968, artículos 25 y 31, los cuales establecieron la edad de 65 años como causal para ser retirados del servicio oficial, el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, en cuanto los educadores pierden su derecho a permanecer en el servicio cuando hayan alcanzado la edad de 65 años y se produce su retiro forzoso y el Decreto 1950 de 1973, artículos 105 y 125 que establecen que el retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones una vez cumplidos los 65 años...

"6. Los honorables Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, han declarado que los Decretos números 2400 y 3074 de 1968 y su Decreto reglamentario número 1950 de 1973 no son aplicables a los educadores, en cuanto estos se rigen por un estatuto especial.

"7. El artículo 31 del Decreto 2277 tampoco se le podía aplicar a mi cliente por cuanto no ha sido reglamentado y no surtir efectos retroactivos, tal como lo consagra el artículo 82 de este Decreto, pues mi representado en el momento de entrar en vigencia esa norma ya había cumplido la edad límite de 65 años.

"8. Igualmente, el artículo 31 del precitado Decreto 2277 de 1979, no se le podía aplicar a mi procurado por cuanto hasta la fecha de expedición de la Resolución acusada, 22 de abril de 1980, no había sido asimilado al nuevo escalafón docente mediante providencia de la Junta Seccional de Escalafón competente, de acuerdo con los artículos 71, 72, 73, 74, 75 y 76 de este Decreto.

"9. Así mismo, el citado artículo 31 mencionado no se le podía aplicar a mi representado, en cuanto su nombramiento de Rector del mencionado plantel se le había hecho por el año académico de 1980, desde el 1º de febrero hasta el 30 de noviembre, de conformidad con lo establecido por el parágrafo del artículo 1º del Decreto 524 de 1975 que a la letra dice: 'Parágrafo. Los profesores que sean llamados a ocupar cargos de Rector, Director o Prefecto devengarán durante el período que ejerzan esta actividad el porcentaje señalado en los literales anteriores.

El período de ejercicio de esta actividad será de un año, prorrogable según la evaluación que se haga sobre su conducta, capacidad e idoneidad...'

"10. Mi cliente, sin haber sido destituido, con exclusión previa del escalafón docente, por incompetencia o mala conducta comprobadas de acuerdo con lo establecido por la Ley 43 de 1945 en sus artículos 9º y 10 concordante con los artículos 24, 25, 26 y 26 *bis* del Decreto 30 de 1948, quedó definitivamente fuera del servicio del Ministerio de Educación a partir del día 22 de abril de 1980 en virtud de la Resolución acusada".

En la demanda se indicó que la Resolución acusada viola las disposiciones siguientes:

1. El artículo 30 de la Constitución Nacional, los artículos 14, 15, 16 y 18 del Decreto-ley 3135 de 1968, los artículos 9º y 10 del Decreto reglamentario 1848 de 1969, por el concepto de desconocer los derechos de seguridad social del actor, derivados de su estado de incapacidad laboral ordenada por el servicio médico de CAJANAL entre el 20 de abril y el 10 de mayo de 1980.

2. Los artículos 10, 11 y 12 del Decreto-ley 2733 de 1959, en cuanto el acto acusado ordena su vigencia a partir de su expedición en lugar de su notificación, no obstante lo cual el actor fue notificado personalmente de ese acto el 23 de mayo de 1980.

3. Los artículos 25, 26 inciso 2º y 31 de los Decretos-ley 2400 y 3074 de 1968; 105 y 125 del Decreto reglamentario 1950 de 1973, debido a que el acto acusado se fundamentó en ellos sin que le fueran aplicables al actor, quien como educador perteneciente a la carrera docente estaba sujeto a normas especiales, como las Leyes 43 y 97 de 1945 y los Decretos 30 de 1948 y 1135 de 1952.

4. El artículo 120, ordinal 3º de la Constitución Nacional, por cuanto el acto acusado se produjo en aplicación del artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, que no había sido reglamentado.

5. El artículo 82 del Decreto 2277, expedido el 19 de septiembre de 1979, en concordancia con el artículo 52 de la Ley 4ª de 1913, por haber sido expedido el acto acusado en aplicación del artículo 31 del Decreto 2277 de 1979 que fue promulgado con posterioridad al cumplimiento por el actor de los 65 años de edad.

6. Los artículos 71, 72, 73, 74, 75 y 76 del Decreto 2277 de 1979, debido a que el actor no había sido asimilado al nuevo escalafón docente mediante providencia de la Junta Seccional de Escalafón competente.

7. El parágrafo del artículo 1º del Decreto 524 de 1975, por infringir el nombramiento del actor como Rector del Colegio Nacional "Andrés Bello" de Bogotá, que era para el período académico comprendido entre el 1º de febrero y el 30 de noviembre de 1980.

8. Los artículos 9º y 10 de la Ley 43 de 1945, concordantes con los artículos 24, 25, 26 y 26 *bis* del Decreto 30 de 1948, por haber sido

el actor declarado en cesación definitiva de funciones sin haber sido destituido, previa exclusión de su escalafón docente, por incompetencia o mala conducta comprobadas.

El Ministro de Educación Nacional, mediante apoderado, contestó la demanda, rechazando sus fundamentos de hecho y de derecho, como se lee en el memorial de folios 25 y 26 del cuaderno principal, con afirmaciones como las siguientes:

a) Los Decretos 2400 y 3074 de 1968 citados en la Resolución acusada regulan el personal oficial como normas generales;

b) El Decreto 224 de 1972, artículo 5º dice: "El ejercicio de la docencia, no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará su retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco años de edad";

c) El Decreto 2277 de 1979, artículo 31, expresa: "El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del Escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco años (65) para su retiro forzoso";

d) El artículo 31 del Decreto 2277 de 1979 no requiere de reglamentación especial;

e) El hecho de llegar a los sesenta y cinco años de edad constituyen causal legal de impedimento para desempeñar cargos públicos, como era el caso del actor en el cargo de Rector;

f) La exclusión del escalafón no era necesaria en el caso del actor, frente a la previsión legal del retiro forzoso de los docentes al llegar a los 65 años de edad.

Tramitado el proceso, el Tribunal de Cundinamarca profirió sentencia el 18 de febrero de 1983, negando las súplicas de la demanda, mediante acertadas consideraciones que se transcriben en lo pertinente:

> "En relación con el primer cargo consistente en que se aplicó el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, sin estar previamente reglamentado, es argumento que no tiene asidero en casos como el presente, ya que frente a la claridad de la norma no era necesario esperar a su reglamentación, para poderla aplicar a situaciones fácticas, pues el poder reglamentario tiene como inspiración el que el Ejecutivo proceda a ello conforme a las facultades constitucionales cuando se exija para poder darle cumplida ejecución a la ley, desentrañarle su sentido, implementarla, como es lógico sin ir más allá de lo que se reglamenta y en sí hacerla funcional y operativa. Cuando el artículo 31 dice que: 'El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso', es enunciado que no requiere reglamentación, como se observa a primera vista.
>
> "Aceptando que el Decreto en referencia fue promulgado con posterioridad al 22 de abril de 1980 en que se dictó el acto acu-

sado, con lo cual se estaría desoyendo lo dispuesto en su artículo 82 y por tanto retrotrayendo sus efectos jurídicos, al ordenar el retiro del servicio del actor, tampoco es argumento aceptable, pues el artículo 5º del Decreto 224 de 1972, también contiene igual prohibición y derecho. Esto quiere decir que en ningún momento ha existido vacío legal sobre situaciones como la del demandante. Súmesele a lo anterior el que el referido Decreto fue publicado el 22 de octubre de 1979 en el Diario Oficial número 35374.

"No comparte la Sala tampoco la argumentación de que previamente al retiro forzoso del actor debiera asimilársele al nuevo escalafón docente, pues es esta una situación laboral que sólo se predica para quienes van a continuar en el ejercicio de la docencia, y no para casos especiales como el del actor.

"La circunstancia de que se le hubiera nombrado como Rector de un establecimiento educativo por todo un año académico y que se le hubiera retirado antes de su vencimiento, en nada enerva esto la facultad del nominador, pues los textos legales en relación con las personas que han llegado a la edad de retiro forzoso, no dan posibilidad de que su estadía en el empleo se prolongue por situación alguna, más allá de los sesenta y cinco (65) años de edad.

"De igual manera se precisa que cuando el servidor público en el ramo de la docencia, que se encuentre inscrito en el escalafón docente, ha llegado a la edad de retiro forzoso, no es requisito indispensable el que al nominador proceda previamente a excluirlo del escalafón, ya que estos procedimientos deben efectuarse cuando la persona ha incurrido en los motivos o causales que la ley prevé específicamente, de los cuales se descarta esta situación concreta.

"Finalmente la Sala anota que el derecho a permanecer en el ejercicio de la función docente, como consecuencia de la estabilidad relativa garantizada por el escalafón, privilegio este que no permite, por regla general, la desvinculación por destitución o suspensión de quien tenga este estatus personal, sino por los motivos previstos en la ley y mediante el cumplimiento previo de la exclusión del escalafón, termina, inequívocamente, cuando el servidor docente alcance a la edad de 65 años, sin que su retiro del servicio lo impida ninguna circunstancia, como lo sería cualesquiera de las que fueron planteadas en el libelo demandatario, de encontrarse el actor incapacitado el día en que se ordenó su retiro del servicio o de estar ejerciendo un cargo de período fijo" (fls. 4 a 8 del cuaderno principal).

El señor apoderado del actor recurrió en apelación contra tal sentencia, originándose la segunda instancia del proceso, que se tramitaba en esta Corporación cuando el expediente resultó destruido durante los trágicos hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985.

La reconstrucción del proceso, solicitada por la parte actora, fue decretada por auto del 13 de mayo de 1987, en el cual se determinó que se encontraba en estado de proferirse sentencia de segunda instancia.

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se pasa a resolver, previas las siguientes

Consideraciones:

En la demanda se planteó la revisión de la legalidad de la Resolución 06220 del 22 de abril de 1980, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, en cuanto ordenó el retiro del actor del servicio docente, encontrándose desempeñando el cargo de Rector del Colegio Nacional "Andrés Bello" de Bogotá.

Aun cuando en el expediente reconstruido no se encuentra copia del acto administrativo acusado, su contenido se deduce del texto de la sentencia recurrida en apelación, acompañada en fotocopia autenticada (fls. 1 a 9 del cuaderno principal).

El asunto planteado en este proceso consiste en determinar la legalidad del retiro definitivo del servicio dispuesto para el actor en el acto acusado, siendo él un docente, cuya situación jurídica estaba regida por las normas especiales propias de los educadores escalafonados en la carrera docente, que dan a estos la garantía de la relativa inamobilidad en el servicio.

Mediante la Resolución impugnada se ordenó el retiro del actor del servicio docente, sin desvincularlo previamente del escalafón, encontrándose desempeñando un cargo administrativo de período fijo, por haber cumplido y sobrepasado la edad de retiro forzoso de los 65 años.

En el cuaderno de antecedentes administrativos se encuentra la partida de bautismo del actor, que acredita su nacimiento el 10 de julio de 1910 y que a la expedición del acto acusado el 22 de abril de 1980 había sobrepasado los 65 años de edad. Este acto se hizo efectivo el 23 de mayo de 1980, hasta cuando estuvo vinculado al servicio el actor (fls. 6 y 7 del cuaderno 2).

Entonces, el acto acusado aparece conforme al Decreto extraordinario 2277 de 1979, vigente desde la fecha de su promulgación el 22 de octubre de 1979 (Diario Oficial número 35374), cuyo artículo 31 reza:

> "Permanencia. El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso".

Esta norma es la reafirmación del principio legal consignado en el artículo 5º del Decreto número 224 de 1972 que dice:

> "El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación, siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad".

Debe tenerse presente que al actor se le reconoció y pagó pensión de jubilación desde el 4 de julio de 1971, según Resolución número J-0049 de enero 9 de 1975 de la Caja Nacional de Previsión Social.

La normatividad transcrita no requiere de reglamentación para ser aplicable, debido a que no ofrece dificultad alguna para ello por su claridad y suficiencia. Según ella, el retiro del servicio es forzoso para los docentes que hayan alcanzado la edad de 65 años, hayan o no sido asimilados al nuevo escalafón docente del Decreto 2277 de 1979, sin que deba excluírseles previamente del escalafón, ni obste la circunstancia de desempeñar un cargo, como el de Rector, de período fijo, o de encontrarse incapacitado laboralmente; al contrario de lo pretendido por el demandante, puesto que la norma no contiene excepción alguna para el retiro forzoso.

Apareciendo el acto acusado conforme con la normatividad del artículo 5º del Decreto 224 de 1972, reafirmada por el artículo 31 del Decreto 2277 y no habiéndose desvirtuado la presunción de legalidad que lo ampara, deben denegarse las pretensiones del actor, tal y como fue resuelto en la sentencia apelada, que merece confirmación.

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, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día ocho (8) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO.— Doble naturaleza. Origen. Conformación. Principios.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., trece de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente 276 (12360). Resoluciones Ministeriales. Actor: Carlos Hernando Gallego Aranzazu.

Se entra a decidir la consulta relativa a la sentencia de fecha veintiuno de marzo de mil novecientos ochenta y cinco pronunciada por el Tribunal Administrativo de Caldas, fallo de mérito que decidió:

"*Primero:* Declárase la nulidad de las Resoluciones números 672 de 1980 y 3272 de cinco de agosto de 1980 proferidas por el señor Ministro de Justicia, en cuanto por la primera se destituyó del cargo de Guardián de Prisiones Grado 2 al señor Carlos H. Gallego Aranzazu de la Cárcel del Circuito Judicial de La Dorada, y la segunda confirmó en todas sus partes la Resolución número 672 de la citada fecha.

"*Segundo:* Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, el Ministerio de Justicia reintegrará al señor Carlos Hernando Gallego Aranzazu, al cargo de Guardián de Prisiones Grado 2 de la Cárcel del Circuito Judicial de La Dorada, o a otro de igual o superior categoría, y a pagarle todos los sueldos, primas, vacaciones, aumentos, bonificaciones y demás prestaciones dejadas de percibir, desde el día en que fue removido, hasta que sea reintegrado en forma legal, como se suplica en la demanda, considerándose que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en el ejercicio del cargo.

"*Tercero:* El Ministerio de Justicia, de lo que resulte a deberle al señor Carlos Hernando Gallego Aranzazu, como consecuencia de esta sentencia, descontará lo que éste hubiere devengado del Tesoro Público o de Institutos o Empresas en que tenga parte el Estado, durante el mismo lapso.

"Dese cumplimiento al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo" (fl. 45).

El proceso, que se destruyera durante los sucesos de 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia de la capital de la República, fue reconstruido a solicitud de la parte actora (fls. 50 a 51) mediante auto de diez de diciembre de mil novecientos ochenta y seis

y en él se situó la segunda instancia en la etapa de dictación de sentencia, de tal suerte que, no hallándose causal que invalide lo actuado, a ello ha de procederse.

Motivación del fallo en consulta:

Prescindiendo de las acotaciones y comentarios que el *a quo* hace a la negativa del Agente del Ministerio Público acreditado ante él hiciera para abstenerse de conceptuar se hace, indispensable, por razones metodológicas, transcribir sus argumentaciones, así:

"Núcleo central de la contención planteada en el presente proceso, lo constituye la desvinculación del actor del cargo de Guardián de la Cárcel del Circuito Judicial de La Dorada, sin el previo seguimiento y conclusión de un proceso investigativo, lo que traduce la idea de una grave conculcación al derecho de defensa y desencadena la sanción legal de la nulidad de los actos proferidos.

"En el libelo demandatorio se concreta el cargo premencionado en los siguientes términos: 'De otra parte, el artículo 2º de la Constitución Nacional, prescribe, que los poderes públicos deben ejercerse solamente en los términos que dicho estatuto manda y sin embargo la función pública encomendada no fue ejercida conforme a derecho, ya que mi poderdante fue destituido de su cargo, en razón de una investigación hecha sin haberse acreditado plenamente la responsabilidad en la falta atribuida, y sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 26 *ibídem,* que determina las formas propias de cada juicio son una garantía constitucional de universal aplicación en el campo jurídico y debe brindársele al inculpado la oportunidad de defenderse...'

"Razón de defensa concurrente se funda, según las voces de la apoderada, en la asunción por parte del accionante de una conducta específica subordinada por orden superior, en el momento de la evasión del recluso.

"En el presente caso, no se evaluó prudente y razonablemente la conducta de mi poderdante, teniendo en cuenta que la Ley Penal Disciplinaria no sanciona los posibles errores o equivocaciones en que puedan incurrir los servidores de la Administración de Buena fe, sino los actos imputables a ellos, es decir los que dependen de su voluntad, en este asunto las circunstancias de la evasión escaparon completamente al control del señor Carlos Hernando Gallego Aranzazu ya que se encontraba cumpliendo una orden emitida por sus superiores inmediatos para llevar a cabo la requisa, cuando ocurrieron los hechos que originaron la fuga. Es así como por no haber mérito por el delito de fuga de presos el Juzgado Segundo Penal del Circuito de La Dorada (Caldas), ni siquiera encontró mérito para escuchar en indagatoria a mi poderdante y declaró cerrada la correspondiente investigación.

"Por su parte, el cargo, como *ratio legalis* para el decreto de destitución, es formulado por el Ministerio de Justicia en la Resolución cuestionada en la forma que allí, a *pedem literis*, se advierte:

"'...Apoyado por sus compinches quienes le ayudaron a que escalara la reja interna aprovechando para tal efecto la negligencia y mal servicio prestado por los Guardianes de Prisiones Carlos H. Gallego Aranzazu y Luis Alberto López, ya que al primero le correspondía el servicio en el pasillo de donde se inició la fuga y abandonó su puesto para irse con otros Guardianes a efectuar una requisa a los reclusos que se hallaban en el patio número 2, lo cual dio resultados negativos...' Y un poco más adelante: '...Que a través del informativo quedó demostrada la responsabilidad de los dos guardianes anteriormente mencionados, lo que indica que ambos son infractores del numeral 6º, literal A) del artículo 49 del Decreto 2655 de 1973, y por lo tanto la sanción disciplinaria a que se hacen merecedores corresponde a la señalada en la norma violada lo cual es la destitución'.

"Ya con motivo del proveído que hubo de conformar lo ordenado en Resolución número 672 de 28 de marzo de 1980, expresó el alto funcionario:

"'...El mencionado Guardián expresa que si abandonó su puesto fue porque recibió orden en tal sentido de sus superiores, el Sargento Ricardo Ocampo y el Cabo Alvaro Rodríguez Suárez. Dentro de la tramitación del recurso, se dispuso que estos dos funcionarios prestaran declaraciones y en la misma ambos niegan rotundamente haber dado orden alguna al Guardián Gallego de retirarse de su puesto y dirigirse a otro lugar del establecimiento...'

"Lo consignado anteriormente, demarca y delimita las razones de defensa del inculpado, y el fundamento expuesto por el superior jerárquico para el decreto de destitución acusado, respectivamente.

"Aspecto jurídico-positivo.

"Tanto el libelista, como el Ministerio de Justicia, han invocado esquemas normativos de superior jerarquía. Aquél para resaltar la vulneración inferida con las Resoluciones Ministeriales. Este, para impetrar la tutela objetiva en el acto administrativo de destitución. En su fondo y esencia en el orden insinuado, responden a:

"Artículo 26 del Código Político, por cuyo efecto 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'.

"El Decreto 1817 de 1964 'por el cual se reforma y adiciona el Decreto-ley 1405 de 1934 (Código Carcelario)' ...estatuye en el capítulo II, artículos 100 a 107 la Carrera Penitenciaria para disponer: 'Establécese la carrera del personal del ramo Carcelario

y Penitenciario, independiente del Servicio Civil, la que estará reglada por los principios que consagra este estatuto, y por las normas que dicte el Gobierno para su organización'.

"Por lo que respecta al personal adscrito a dicha carrera, se dispone en el artículo 101 *ibídem:* 'Pertenecerán a la carrera las personas que hubieren obtenido títulos de idoneidad en la Escuela Penitenciaria Nacional'.

"Del régimen disciplinario normado en el capítulo IV, se prevén como sanciones en el artículo 124 'las sanciones a que estará sometido el personal al servicio carcelario, son: Amonestación, multa, suspensión y destitución'.

"La gradación en cuanto a la aplicación de ellas, se establece en el artículo 125 'las sanciones se aplicarán en forma proporcional al carácter de las faltas, teniendo en cuenta siempre las circunstancias en que fueron cometidas'.

"Las causales de la sanción de destitución se pormenorizan en el artículo 129:

" 'Son causales de destitución:

" 'a) La participación en hechos delictuosos o culposos, desde un punto de vista administrativo;

" 'b) La reincidencia en la violación grave de los reglamentos internos del respectivo establecimiento;

" 'c) La manifiesta incapacidad profesional para ascender de categoría, dentro de los grados que se han establecido, y de graves faltas contra la moral y el prestigio de la institución'.

"El Decreto 2655 de 1973 'por el cual se organiza la Carrera Penitenciaria' estatuyó en el artículo 8º las condiciones de nombramiento, ascenso, promoción y remoción del personal de custodia y vigilancia, en los términos establecidos en el prementado ordenamiento.

"En el mandato 53 se dispuso: 'La sanción disciplinaria sólo se impondrá después de haberse establecido la responsabilidad del inculpado, de acuerdo con las normas del presente Decreto.

" 'Artículo 54. Conocido el hecho susceptible de ser considerado como falta disciplinaria, el superior del empleado a quien se le impute, lo investigará personalmente o por intermedio de un inspector'.

"Por su parte el Ministerio de Justicia, al decretar la destitución que ahora se cuestiona invocó la causal prevista en el literal A), numeral 6º: 'Facilitar por omisión o negligencia la evasión o fuga de reclusos', que en su artículo 49 dispone: 'Son faltas graves, sancionables con destitución...'

"Naturaleza jurídica de la sanción de destitución.

"El acto administrativo en el cual, como en el caso *sub lite,* se ordena la destitución de un servidor público, como lo es el

vigilante o guardián carcelario, hace parte indubitablemente del Derecho Penal Administrativo, si se considera que en los ordenamientos contemporáneos, el legislador, como en el caso del Decreto 2655 de 1973, recurre cada vez con mayor intensidad a la tipificación de sanciones para asegurar el cumplimiento de regulaciones estatales incorporadas al concepto del servicio público.

"La aplicabilidad de ese contingente sancionatorio se ha dejado en manos de la Administración, quien ejerce tan delicado cometido a través de órganos especializados y con la observancia, en su gran mayoría, de procedimientos expeditivos y rápidos que garanticen la efectividad que se proponen.

"Es necesario advertir que, cuando la Administración aplica una sanción administrativa, lo hace, por conducto de una manifestación de voluntad típica y específica, esto es, por medio de un acto administrativo sujeto, por ende, a los principios formales y sustanciales en su expedición y control; sin que por ello dejen de ser imperativamente considerados los principios fundamentales que informan toda la filosofía de una pena, sea a título de contravención o delito, porque ellas, es decir las subsecuentes sanciones a dichas fuentes de generación, inexorablemente se traducen en una limitación a la libertad individual que deba ampararse en normas legales y constitucionales.

"Con lo anterior se quiere significar que, el denominado Derecho Penal Administrativo, no pierde su fisonomía punitiva por pertenecer a la órbita correlativa de la Administración Pública, y ésta en manera alguna se despoja de su jerarquía y poder decisional a través de los actos administrativos que imponen las respectivas sanciones. Actuación administrativa y pena, constituyen por modo, los contenidos de esa disciplina, que es descrita por Luis Eduardo Mesa Velásquez: 'Además del Derecho Penal auténtico, ordinario o común, referente a los delitos y encaminado a la tutela del orden jurídico-social y protección de los derechos esenciales de la persona, existe el llamado derecho penal administrativo, constituido por el conjunto de normas tendientes a garantizar, bajo la amenaza de una pena, el cumplimiento de deberes de los particulares para con la Administración Pública, para que ésta pueda atender a los fines que le son propios'. En una sola frase, como idea de Manzini: 'El Derecho Penal Administrativo lo constituyen los preceptos exclusivamente administrativos, de policía, de hacienda, sancionados penalmente'.

"En este orden de ideas, la medida que impone, a título de sanción la autoridad administrativa, no puede, por manera, ya se dijo, despojarse de los presupuestos penales en su aplicación. Así, esa sanción se incorpora al principio de tipicidad para reclamar de los reglamentos y estatutos disciplinarios la previa definición inequívoca del contenido punitivo que específica al precepto y define la consecuencia; de la legalidad de la misma, por cuanto no es posible proceder contra el infractor sin que la razón legal de hacerlo se encuentre establecida por el creador del supuesto jurídico, en forma preexistente y de la culpabilidad,

en la inteligencia de que debe estructurarse la responsabilidad con la presencia de ese elemento de orden interno, toda vez que la ley penal es enfática en disponer, como norma rectoral que 'queda prescrita toda forma de responsabilidad objetiva'.

"En este punto, piensa el Tribunal que sólo cuando concurran elementos de imputabilidad, culpabilidad y antijuridicidad, como elementos integrantes de la responsabilidad en delito penal y falta administrativa, puede cabalmente afirmarse que el sujeto activo está o se halla en la obligación de aportar las consecuencias propias de la sanción impuesta, en el caso *sub análisis*, de la destitución decretada.

"Y vertiendo los presupuestos premencionados al caso *sub exámine*, se tiene:

"*Imputabilidad.* En su significación jurídico-filosófica, la imputabilidad implica una atribución de autoría, la referencia individual de reprochabilidad de un acto como titular o 'propietario', que es el infractor de esos hechos antijurídico.

"En la intelección delineada, y de acuerdo con el contingente documental allegado, Carlos Hernando Gallego Aranzazu, no aparece señalado o imputado en toda su significación técnico-jurídica de una determinada falta en el caso *sub júdice* con antelación o anterioridad al auto número 31 de marzo 17 de 1980 el cual habrá de ser posteriormente materia de análisis. En efecto, de la parte conformativa integrada por los informes y declaraciones que corren del folio 24 al 55 del cuaderno número dos, en ninguno de los relatos, en un total de seis, rendidos por el Cabo Rodríguez Alvaro, y declaración del Comandante de Vigilancia Ocampo Alzate Ricardo, y de los Guardianes Reinaldo Prada, Luis Alberto López y Manuel Antonio Moyano, así como de un número de nueve condenados, sindicados o detenidos, se advierte o constata una imputación directa o indirecta del actor como favorecedor, autor, o señalado como 'propietario' del hecho de la evasión investigada. Al accionante, dentro del total de declarantes se refieren:

" 'a) El Cabo Rodríguez Alvaro (fl. 24) en su informe sobre el hecho de la fuga para puntualizar: «Los guardianes que se encontraban de servicio en el pasillo corresponde al nombre de Gallego Aranzazu Carlos y en la terraza López Luis Alberto... Cuando se sacaron del patio al pasillo completamente desnudos para practicarles una requisa, ya que había sido informado momentos antes por el guardián Gallego A. Carlos...»;

" 'b) Comandante de Vigilancia Ocampo Alzate Ricardo, para decir: «...me da la razón que el guardián Gallego A., que está de servicio en el pasillo manda decir que fuera un momentico...me informó que el guardián Gallego me necesitaba en la reja... y me fuí donde Gallego, me dice que le habían dicho que el interno Nova, tenía un chuzo...ya siendo las 18:00 horas estando en mi casa llegó el guardían Gallego, a informarme que había una fuga...»;

"'c) Reinaldo Prada Durán (fl. 31) «...lo único que me dijo a mí que le hiciera hacer silencio, ya que se encontraba el guardián Gallego, de servicio en el pasillo, y él tenía conocimiento donde tenían el chuzo...»;

"'d) Guardián Manuel Antonio Moyano (fl. 37): «Primeramente el guardián que se encontraba de servicio (sic) en los pasillos o sea el guardián Gallego, no se encontraba prestando su servicio donde le correspondía sino se encontraba en la parte interior del patio número dos, siempre que van a efectuar una requisa como se había hecho siempre que se manda a uno o dos guardianes a la parte de las rejas o puertas de taller y comedor, y se cierra la reja que hay antes de llegar a los talleres, y según informe que pasó el Cabo Rodríguez, dice que mandó fue al guardián Prada para que prestara el servicio en los pasillos...»'

"Ahora bien, de estas declaraciones, como de las que corresponden a los condenados o detenidos, no puede deducirse que exista premisa suficiente para entender o inferir que se hubiese formulado cargo alguno es decir, imputación sobre autoría directa o indirecta, dolosa o culposa, provocada o no del recluso, por parte del accionante Gallego.

"Examinado con el debido detenimiento todos y cada uno de los documentos que conforman el prementado informativo, halla la Sala sobre este punto y tratando de imprimir un orden a lo acontecido, una situación sencilla y definitivamente ilógica, a saber:

"A folio 18 del cuaderno número 2, obra el auto número 031 de marzo 17 de 1980 dictado por el Director General de Prisiones que, la Corporación se permite transcribir para el efecto de su análisis en torno al componente de responsabilidad *sub análisis:*

"'El suscrito Director General de Prisiones, en uso de las facultades que le confiere el Decreto 749 del 23 de abril de 1975, se ha enterado del informativo administrativo adelantado por el Comandante de Vigilancia y el concepto previo del Director de la Cárcel del Circuito Judicial de La Dorada, contra los señores Carlos H. Gallego Aranzazu y Luis Alberto López, constatando que han incurrido en conducta violatoria del numeral 6º, literal A) del artículo 49 del Decreto 2265 de 1973. Como tal conducta tiene prevista la sanción de destitución, se considera pertinente recomendar al señor Ministro de Justicia, sea destituido del cargo a los señores Carlos H. Gallego Aranzazu y Luis Alberto López, Guardianes de Prisiones Grado 2, de la Cárcel del Circuito Judicial de La Dorada'.

"El concepto preinserto, constituye, por modo, la imputación material, que no jurídica-formal, de la comisión de una falta al accionante, como debió haberlo sido y ello por la potísima razón de hallarse en una parte, divorciado de una realidad documental, el conjunto de premisas que el funcionario tomó para la recomendación consignada *in fine* del texto reproducido y en otra no existir probatoriamente la premisa. En efecto, expresa el alto funcionario haberse enterado del informativo administrativo

adelantado por el Comandante de Vigilancia y el concepto previo del Director de la Cárcel del Circuito Judicial de La Dorada, sendas fuentes de información que *a fortiori* le suministra un criterio de fijación tipológica del entuerto disciplinario, y la consecuente previsión coercitiva del esquema jurídico, esto es, la sanción de destitución. Pero ocurre, que si por informativo administrativo se considera el conjunto de disposiciones citadas en él, ya se anotó cómo no aparece sindicación alguna contra el accionante, como para señalarlo autor o facilitador de la evasión investigada; ora, si se considera ese expediente como el rendido y asignado por el Comandante de Vigilancia, que a la sazón lo era el Sargento Ricardo Ocampo, no se advierte modo, elemento, o contenido de lógica jurídica para que de su exposición histórica hubiese resultado el demandante imputado del hecho que genera la destitución.

"Veamos: El susodicho Comandante de Vigilancia en parte alguna señala a Carlos Hernando Gallego Aranzazu como autor de la falta contra la disciplina, que en el concepto se dice haber constatado. A folio 25 dispone el prementado comandante pasar el informe rendido por el Cabo Alvaro Rodríguez al Director de la Cárcel, y en su texto para evento o situación alguna se menciona al premencionado Gallego. Por el contrario, se narra y resalta un sentido de integración y colaboración por parte de éste: '...ya que había sido informado momentos antes por el guardían Gallego A. Carlos, que un interno del patio dos al parecer tenía un chuzo o que se presumía estaba armado...' Y un poco adelante, observa el signatario del informe: '...Como está claro que para poder requisar el patio se hace necesario sacar el personal interno al pasillo fue por lo que el Cabo Rodríguez, le ordenó al guardián Prada, que se quedara en el pasillo controlando este personal para que el resto de guardia requisara el patio, en la requisa estuvimos presente el Cabo Rodríguez y el suscrito...', posición de detalle de los hechos que antes que comprometer en algo o por algún conducto a Gallego, se deriva a Prada a quien le impartieron una específica instrucción: Permanecer en el pasillo para controlar al personal.

"En un segundo informe, suscrito por el prenombrado en enero 15 de 1980 (fl. 26) se refiere a la complicidad indescartable de algunos reclusos en la evasión averiguada, sin vincular en forma alguna al actor.

"En otra pieza, conformativa de declaración ante el Despacho de la Dirección, Ricardo Ocampo Alzate, en los acápites pertinentes de su relato, dice: '...luego un guardían que no recuerdo cuál, me informó que el guardían Gallego me necesitaba en la reja de inmediato salí y me fuí donde Gallego, me dice que le habían dicho o que el interno Nova, tenía un chuzo, que él ya lo había sacado y lo había requisado y no le había encontrado nada...' Como puede advertirse en parte alguna de esa deposición obrante a folios 27 y 29, se menciona a Gallego en sentido imputativo, de donde la Sala, *a fortiori* ha de afirmar que los mencionados informes del Comandante de Vigilancia, de los cuales dispone como prueba, no permiten entrever, inferir

o prefigurar imputabilidad de una falta, de una negligencia, de un atisbo de responsabilidad en el guardián Carlos Hernando Gallego, para que hubiesen sido, *secundum legem*, premisas fundadas para el concepto y recomendación emitidos por el señor Director General de Prisiones.

"En segundo lugar, con el debido detenimiento revisados cada uno de los cuadernos que conforman el proceso, y sus piezas documentales singulares, no figura informe alguno rendido por el entonces Director del establecimiento de rehabilitación señor Fabio Valencia López, en relación con el guardián Carlos Hernando Gallego, como sindicado, o sujeto de imputación en sentido alguno con la fuga investigada. Existe un informe sí, de enero 29 de 1980 (fl. 22) en relación con algunos reclusos que fueron involucrados en el favorecimiento de la evasión del detenido Pedro Nel Ríos, pero que, como tal, nada tiene de pliego de cargos o imputación al destituido, siendo, por manera, necesario afirmar que tampoco, desde el ángulo probatorio aparece el concepto del distinguido funcionario de Prisiones, respaldado por 'el concepto previo del Director de la Cárcel del Circuito Judicial de La Dorada' como se invoca en la recomendación sancionatoria.

"No deja de revestir, por el contrario, importancia el hecho desatendido por el Ministerio de Justicia en la providencia que hubo de desatar el recurso de reposición formulado contra la Resolución número 672 de 28 de marzo de 1980, y concretada en la comunicación dirigida al Comandante de Vigilancia Carcelaria del Ministerio de Justicia, por el Director de la Cárcel del Circuito de La Dorada, señor Bernardo Cardona López, y que en lo pertinente reza: '...Le informo al Mayor que de acuerdo al artículo 49, literal A), numeral sexto del Decreto 2655 de 1973, los citados guardianes (se refiere la comunicación a Carlos H. Gallego y Luis Alberto López) en ningún momento por omisión o negligencia han permitido fuga de ningún detenido en este establecimiento, por el contrario son unos excelentes servidores del Ministerio y cumplidores de su deber a todo momento' (fl. 29 del proceso).

"*Prima facie*, parecería haber existido una imputación previa al demandante, con base en que la versión rendida por éste ante el Director del establecimiento penitenciario, se encabeza con el siguiente título: '*Declaración de descargos del guardian Gallego Aranzazu Carlos Hernando*', y la formulación inicial de la pregunta: 'Tiene usted conocimiento por el cual se ha llamado a rendir la presente diligencia?'. Esa introducción no encierra, comprende o supone juicio de reprochabilidad alguna, ni formal ni sustancialmente. No lo primero porque, en ese proceso informativo, con igual promedio de 'declaración de descargos' responde en deposición Reinaldo Prada Durán, quien no fuera involucrado en el juicio de imputación, ni de condenados que sí fueron comprometidos, como Jesús Eduardo Zamudio (fl. 54).

"Desde el insinuado ángulo sustancial, tampoco la versión del demandante, se puede diputar jurídicamente como una imputación, porque ninguno de los interrogantes formulados así lo

acreditan en lógica. Se trata de una versión o relato de hechos al cual se hallaba convocado, como todos y cada uno de los deponentes.

"Las razones expuestas, las sintetiza entonces el Tribunal, en la idea y consecuente afirmación de que en el proceso de investigación administrativa no aparece formal, técnica ni jurídicamente formulado un juicio de reprochabilidad, como elemento de responsabilidad al actor, por lo cual, sin esa previa vinculación mediante la imputación de cargos, itérase, mal podía el Ministerio decretar la sanción máxima disciplinaria. La formulación de un cargo, en el juicio imputativo, adquiere un necesario perfil de procedibilidad jurídico-procesal: Formular personalmente unos cargos, en otros términos, la imputabilidad se atribuye, no se deduce.

"Culpabilidad.

"Significa y traduce el elemento interno de la falta, contravención o delito, bien en su especificación de dolo, con componentes estructurales de voluntad y representación, ora culpa, como posibilidad de representación de un resultado, sobre la base subjetiva de la previsibilidad, lo que se anota, para resaltar la importancia del apotegma heredado del Marqués de Beccaría, y plasmado en norma rectora y criteriológica del máximo estatuto penal que prescribe toda forma de responsabilidad objetiva.

"En la resolución acusada, se cualifica la conducta del destituido como revestida, para el caso *sub exámine* de una de las fuentes de la falta culposa, a saber, la negligencia. 'Aprovechando para tal efecto la negligencia y mal servicio prestado por los guardianes de Prisiones Carlos H. Gallego...', y concreta el Ministro, en su expresión fáctica la supradicha negligencia en el hecho de '...a el primero le correspondía su servicio en el pasillo de donde se inició la fuga y abandonó su puesto para irse con otros guardianes a efectuar una requisa a los reclusos que se hallaban en el patio número 2...'

"En su componente subjetivo esa fuente de culpa que es la negligencia, y como se ha anotado, necesariamente se alimenta de la previsibilidad, atendida como 'la posiblidad genérica que un hombre de mediana inteligencia y cultura, en un lugar dado y en determinado momento histórico, tiene para prever el resultado como consecuencia de su propia conducta', al decir de Altavilla. Por ello la negligencia es una omisión de atención, de cuidado, que un sujeto debe desplegar como preventivo de una acción dañosa. No es ajeno a las observaciones de la psicología moderna, que la negligencia, a diferencia de la impericia y la imprudencia, es un estado, una manera de ser en el sujeto, ello para cuestionar la producción instantánea de la misma. A la negligencia se llega por una dejadez, una desidia continuada en el deber de atención. En este orden de ideas no es absurdo pensar, ni simplemente suponer, que el oficio de guardián, como el de bombero, como

el de celador, ofrecen, por la específica tarea y responsabilidad que a ella inhiere, pocas oportunidades de negligencia, cuando punto central de atención y de ocupación de la misma lo constituyen para el primero la vigilancia del recluso, para el segundo la presencia del fuego, y para el tercero el embate seductor del sueño y cierta suspicacia en el movimiento de los circundantes.

"Empero, incorporando la idea de la conducta negligente, *latu sensu*, en la inobservancia de lo que debe hacerse, por cuya causa sobreviene el daño, la conducta del accionante no puede calificarse como tal, porque ese componente subjetivo de la responsabilidad que es la culpabilidad, hubiese informado, generado o causado la evasión del retenido. Y a esa conclusión ha de llegar la Sala, fijando su atención en lo expresado por el señor Ministro en la Resolución número 3272 de 5 de agosto de 1980, por la cual se dispuso '*confirmar* en todas sus partes la Resolución número 672 del 28 de marzo del presente año, por medio de la cual se destituyó a los señores Carlos Hernando Gallego...', y en cuya parte considerativa se lee: '...La destitución de los recurrentes se produjo como consecuencia de la fuga del interno Pedro Nel Ríos Cortés, ocurrida el 12 de enero del año en curso, de la Cárcel de La Dorada. Dentro de la investigación se estableció que cuando ocurrieron los hechos, el guardián Gallego Aranzazu había abandonado el puesto de vigilancia que tenía asignado en un pasillo del establecimiento, del cual precisamente se evadió el interno. El mencionado guardián expresa que sí abandonó su puesto porque recibió orden en tal sentido de sus superiores, el Sargento Ricardo Ocampo y el Cabo Alvaro Rodríguez Suárez. Dentro de la tramitación del recurso, se dispuso que estos dos funcionarios prestaran declaraciones y en las mismas ambos niegan rotundamente haber dado orden alguna al guardían Gallego de retirarse de su puesto y dirigirse a otro lugar del establecimiento'.

"Con el debido respeto, y con base en el recaudo documental conformado por el proceso y dos cuadernos, la Corporación ha de afirmar que en el mismo no figura declaración de Ricardo Ocampo y Cabo Alvaro Rodríguez Suárez con motivo de 'la tramitación del recurso' como allí se puntualiza, ni tampoco en el sentido de haber sido, los prementados funcionarios, interrogados sobre si dieron o no orden al guardián Gallego para retirarse de su puesto y dirigirse a otro lugar del establecimiento.

"No obstante, si por hipótesis; esa probanza hubiese tenido lugar con ocasión de la tramitación del recurso, las deposiciones en el preanotado sentido hubiesen contradicho las declaraciones de los prenombrados, en relación con la conducta o actitud del demandante, porque si bien y como habrá de pormenorizarse, en su texto no se contiene la orden expresa, específica y exacta de haber ordenado a Gallego su desplazamiento a otro lugar, si se deduce inequívocamente de la orden impartida al guardían Prada, en tanto el resto de guardianes cumplía la labor de requisa. En efecto:

"El Cabo Alvaro Rodríguez, consigna la afirmación de que 'los guardianes que se encontraban de servicio en el pasillo corresponde al nombre de Gallego Aranzazu Carlos y en la terraza López Luis Alberto, este personal se encontraba de servicio de las 07:00 a las 12:00 horas, estos son los que al parecer tienen más visibilidad al lugar indicado...' Pero, el hecho cierto, y más allá de esa indicación reglamentaria, es la de que el mismo suboficial había impartido una orden de vigilancia que desplazaba de ese cometido al guardián Gallego: '...Más o menos a las 08:30 horas que se efectuó una requisa... se hizo desvestir a todo el personal interno para practicarles la requisa dentro del patio y completamente desnudos fueron pasados al pasillo mientras se inspeccionaban las dependencias del patio, allí el suscrito firmante le ordenó al guardián Prada que les pusiera cuidado mientras el resto de guardianes requisaban...' Por manera que era un vigilante diferente a Gallego el encargado de controlar el pasillo en tanto, el 'resto' se dedicaba a la labor de requisa, lo que conceptual y fácticamente halla correspondencia con lo afirmado por el demandante: '...y el Cabo Comandante de la escuadra de la segunda sección «Cabo Rodríguez», quienes fueron los que ordenaron la salida de los interos (sic) al pasillo, como yo era el que tenía los indicios de donde se le podía encontrar la manca o chuzo al interno Nova, entré a requisar al patio nombrando el Cabo Rodríguez un guardián para que le pusiera cuidado al personal a la entrada de las rejas de los patios uno y dos, dejando el personal de internos sin vigilancia hacia el fondo...'

"El mismo Cabo Rodríguez, en su declaración (fl. 28) precisa: '...Preguntado: En un aparte de su informe manifiesta que «le ordenó al guardían Prada que les pusiera cuidado mientras el resto de guardianes requisaban». Puede usted decirnos si observó que le guardián Prada le cumpliera la orden. En caso negativo en qué puesto estuvo el guardián Prada durante la requisa? *Contestó:* El guardián Prada no cumplió la orden tal y como le dije puesto que cuando se inició la requisa o mejor la sacada de los internos del patio al pasillo, yo le ordené a él que se quedara afuera en el pasillo con los detenidos al rato más o menos tiempo de cinco o diez minutos aproximadamente transcurrieron cuando llegó un guardián y en este momento no recuerdo cuál fuera, con una escalera para requisar las partes altas del patio, entonces el guardián Prada fue el primero que se subió en la escalera, en el patio, no me dí cuenta de inmediato que los detenidos habían quedado en el pasillo solos y como estos estaban haciendo bulla o desorden salí de nuevo y los hice sentar y les manifesté que hicieran silencio y llamé al guardián Prada y le manifesté que se quedara donde antes le había ordenado ya que hay otros que requisan en el patio, y luego que lo dejé ahí con los internos de nuevo entré al patio y continué la requisa con mi Sargento y el resto de guardianes que estábamos requisando...Directamente sospechosos no simplemente estaban parados haciendo bulla porque el guardián Prada los había dejado solos... mientras él se ocupó en encaramarse por una escalera que acababan de traer para requisar las partes altas, misión esta que a Prada no le

correspondía ya que según la orden que yo le había dado era que se quedara afuera en el pasillo cuidando la gente...'

"De lo narrado, es incuestionable que una persona, el guardián Prada, quedó encargado de la vigilancia en el pasillo, en tanto que el resto de guardianes entre quienes necesariamente ha de contarse Carlos Hernando Gallego, hacía o verificaba con sus compañeros una requisa, por ser él, Gallego, el que poseía los indicios de quién era el portador del arma buscada.

"Esa hipótesis, adquiere caracteres de necesidad fáctica, con lo pormenorizado por Ricardo Ocampo a folio 25: '...por lo cual y teniendo en cuenta la situación que se pudiera presentar se ordenó una requisa corporal y dependencias de ese patio. Como está claro que para poder requisar el patio se hace necesario sacar al personal interno al pasillo fue por lo que el Cabo Rodríguez le ordenó al guardián Prada, que se quedara en el pasillo controlando este personal para que el resto de guardia requisara el patio...'

"La Sala no puede menos que considerar como ingrediente para la afirmación suasoria de un elemento de juicio, lo dicho por el mismo guardián Prada en declaración rendida ante el Juzgado Primero Penal Municipal de La Dorada: '...el Cabo Rodríguez... le quitó las llaves al guardián que se encontraba de servicio o sea el guardián Gallego y lo mandó a la requisa y le dijo que él como sabía donde se encontraba el chuzo o sea lo que se estaba buscando y así lo hizo el guardián Gallego, obedeciendo la orden de éste...'

"Si, como se ha puntualizado, el actor Gallego, se hallaba en requisa, la exigencia de una bilocación era imposible, con la vigilancia del pasillo, derivando la necesidad de afirmar que, en verdad, ese componente subjetivo de antijuridicidad por lo que consiste este último elemento de las responsabilidad por delitos y faltas en la que pugna o contradicción que se plantea entre el acto del sujeto y el ordenamiento jurídico, o como expresa Mezguer: 'Contradicción objetiva con los preceptos jurídicos'; no tuvo lugar.

"En el caso *sub júdice* para el Tribunal no ha existido tal tipo de conducta en el accionante Gallego Aranzazu, porque el presupuesto de un deber de vigilancia del pasillo no le incumbía en el momento en que la evasión del interno pudo haberse producido, toda vez que se encontraba en una labor de requisa, por lo que ese comportamiento no puede diputarse contra *legem*.

"De otro lado si la figura delictual de la fuga de presos admite la modalidad culposa, como que el empleado oficial encargado de la vigilancia, custodia o conducción de un detenido o condenado que por culpa dé lugar a su fuga, incurre en el evento penal precitado, esa negligencia que, como fuente genera aquella, no es diferente o distinta de la prevista como causa en el numeral 6º del artículo 49 del Decreto 2655 de 1973, por lo que, si investigada como fuera la susodicha fuga, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito, a la fecha de 19 de noviembre de 1980, no

encontró mérito ni siquiera para escuchar en indagatoria al actor Gallego (fl. 28 del proceso) y a septiembre 27 de 1982, y en forma definitiva el mismo despacho judicial, a través del señor Juez manifiesta que '...revisado cuidadosamente el expediente que por el delito de «fuga de presos», se adelantó contra Pedro Nel Ríos Cortés o Nelson Reinosa Morales, ofendida la Administración de Justicia, no se vinculó en ninguna forma a Carlos Hernando Gallego Aranzazu, y por consiguiente no se dictó ninguna medida, ya que no se vio en él ninguna responsabilidad', es porque definitivamente la conducta del destituido no registró la fuente de negligencia prevista en la norma disciplinaria que invocara el Ministerio de Justicia para proferir la destitución de desvinculación, determinando, por modo, la ilegalidad de la resolución que hubo de decretarla.

"Derecho subjetivo a probar.

"Dentro del amplio contenido del elemental derecho a la defensa, se encuentra el derivado a demostrar lo que se afirma, a probar lo que se alega. No pocos apotegmas romanos consagran ese derecho que es a la vez un deber: 'Actor *incumbit* probatorio'; 'dadme las pruebas, yo te daré el derecho'; 'no existe derecho sin prueba', etc., con lo que se quiere significar que, amén de una necesidad de orden procesal, implica la de un elemental derecho, que por las constancias procesales que se examinarán adelante, resulta conculcado. Así, en el memorial de pruebas suscrito por la mandataria judicial, se impetra específicamente en el ordinal c) del texto: 'Que así mismo el Jefe de Personal del Ministerio de Justicia certifique que sí fueron practicadas las pruebas solicitadas por mi poderdante en el memorial de reposición de la Resolución de destitución y en caso afirmativo que se remitan con destino a este juicio', lo que indica en forma por demás inequívoca que ese medio de impugnación horizontal, fue ejercitado por el accionante, como ha de corroborarse con lo expresado por el señor Ministro de Justicia en la Resolución número 3272 de 5 de agosto de 1980, en el acápite que reza: 'Que el doctor Rafael Colmenares Faccini, actuando como apoderado de los señores Carlos Hernando Gallego Aranzazu..., interpuso los respectivos recursos de reposición contra la Resolución número 672 de 28 de marzo de 1980...'

"Formulado y ejercitado el prementado recurso, es racional suponer, porque documentalmente no consta en el proceso el escrito respectivo, que el recurrente solicitó el decreto y práctica de pruebas, por cuanto de otra manera no se explicaría la solicitud en tal sentido, impetrado por la patrocinadora judicial en el respectivo memorial y cuyo aparte se ha transcrito, como también la respuesta, en igual punto consignada por el Jefe de División de Personal del Ministerio de Justicia en escrito visible a folio 40 del proceso, al oficio 82-3821 librado por el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y específicamente en su numeral 3 (fl. 36 *ibídem*).

"La aludida respuesta, es del siguiente tenor: '...En cuanto a que si fueron practicadas (sic) las pruebas solicitadas por el

señor Carlos Hernando Gallego Aranzazu en su memorial de reposición, es importante decir que es el recurrente a quien le corresponde la carga de la prueba'.

"El juicio preinserto resulta definitivamente heteróclito y vulneratorio del orden legal. Lo primero, esto es, irregular y fuera del orden jurídico-positivo precisamente porque al recurrente le corresponde la *onue probandi* fue por lo que solicitó su decreto y práctica, conducta *secundum legem* que argumentalmente no puede despacharse en su negativa observando que es al afirmante a quien incumbe hacerlo. Itérase que sí se impetraron probanzas fue en ejercicio de un legítimo derecho de demostrar la inocencia que se alega, y un ineludible y perentorio deber de acreditar lo que se afirma, cometido que sólo se logra solicitando el correspondiente decreto y práctica. Por ello, si el recurrente solicitó probanzas, lo que se repite, hubo de ocurrir por lo afirmado por la libelista, lo decretado por el Tribunal entonces, y la respuesta *sub análisis*, resulta vulnerado el derecho de defensa porque, se enfatiza, no podía negarse en su caso su recepción y práctica argumentando que es al recurrente a quien corresponde la carga de la prueba.

"Antecedentes de conducta.

"Si por hipótesis, el comportamiento de Gallego Aranzazu hubiese merecido un juicio de reprochabilidad, la pena de destitución decretada habría conculcado esquemas normativos del estatuto 2655 de 1973, como el artículo 44 en materia de circunstancias que atenúan la sanción, porque no sólo en la hoja de vida del accionante (fls. 10 y 1 actuación administrativa) no aparece sanción de ninguna clase, sino que existen constancias procesales que acreditan a éste como persona de atención y cuidado en su labor: a) Por información de Gallego, acerca de la existencia de un arma entre los internos, tuvo lugar la orden de inspección y requisa. En tal forma se establece del informe del Sargento Ricardo Ocampo (fl. 25), de su misma disposición testimonial (fl. 27), y de la de Reinaldo Prada (fl. 31); b) En su declaración el accionante, precisa: '...porque hace cerca de tres años que voy a completar en este establecimiento se ha venido recalcando a los superiores sobre el estado de inceguridad (sic) que ahí internamente; sin hacer nada por arreglar estas anomalías porque no es la primera fuga que se le facilita a un interno por este motivo, pues en días anteriores se fugó un interno... el cual hizo un hueco en la pared...acto seguido no encontró mayor dificultad para la salida a los patios de talleres por la puerta podrida que estaba en el calabozo... y varias rejas de las celdas de dormitorios de internos se encuentran totalmente podridas y tampoco se hace nada por arreglar dichas rejas...' A esas condiciones de deterioro material, inexplicable en un establecimiento de reclusión y que facilitan e incitan a la evasión, se suman, en un indesconocible concurso causal, la falta de personal y la desidia por llenar vacantes de guardianes como lo puntualiza Ricardo Ocampo (fl. 29). 'Yo le pasé un oficio al señor Director por el cual él estaba informado de dicha novedad, me dijo que ya había

solicitado en repetidas veces el lleno de las vacantes, como también en los cuadros que se rinden mensual se informa todas las novedades y la urgente necesidad de llenar las vacantes al señor Mayor Comandante de Vigilancia'. Esa desidia tiene un nombre propio: Falla en el servicio y un apelativo: Negligencia; c) El informe del Director de la Cárcel de La Dorada dirigido al Comandante de Vigilancia Carcelaria: '...son unos excelentes servidores del Ministerio y cumplidores de su deber a todo momento...' Ahora bien, esos actos de integración disciplinaria, conducta de colaboración, comportamiento profesional al advertir graves fallas, no pueden fundar una personalidad negligente, perezosa, por cuya inercia o falta de atención se produzca una fuga. Vale recordar acá, con el debido respeto, que si bien, pudiere existir por evento en esa conducta desplegada por Gallego Aranzazu una mínima e inimputable inatención nacida de un perfeccionismo teórico en el episodio de la evasión, de fácil ocurrencia entre otras circunstancias de hecho, nadie se dio cuenta hasta horas después de producida, lo que no deja de suscitar la idea de una fuerza mayor con cobertura para todo un personal carcelario, como que el mismo Ricardo Ocampo narra ese episodio de inadvertencia: 'Nadie informó nada, ni se vio ni se sospechó nada, todo siguió aparentemente normal, hasta la hora de la recogida cuando el Cabo Rodríguez en compañía del guardián...llamaron la lista...y éste no contestó...', algún componente de culpa, ésta sería indubitablemente levísima, por la absoluta imposibilidad de exigir de un comportamiento la máxima perfección, lo que al decir del Maestro de Pisa, esa culpa levísima será siempre una desgracia, y las desgracias se lloran pero no se castigan.

"*Conclusión.*

"En el caso *sub exámine* no existió por parte del accionante Carlos Hernando Gallego, negligencia en el cumplimiento del deber de guardián y por la cual hubiese obrado como causa para la evasión del interno Pedro Nel Ríos Cortés o Nelson Reinosa. En consecuencia la destitución fundada en el numeral 6, ordinal A) del artículo 49 del Decreto 2655 de 1973, es ilegal por lo que ha de declararse la nulidad de las resoluciones que la decretaron. Igualmente resulta quebrantado el mandato 53 *ibídem* por cuanto la medida sancionatoria fue proferida sin haberse establecido la responsabilidad del actor, y cercenando su derecho de defensa.

"En las predichas condiciones habrá de accederse a las súplicas de la demanda ordenando el reintegro del retirado y el pago de las indemnizaciones impetradas.

"En razón a que el tiempo transcurrido entre la fecha del retiro, 30 de marzo de 1980, según constancia expedida por el Jefe de División de Personal, visible a folio 56 de la actuación administrativa y la época de proferimiento del presente fallo, marzo de 1985, y una asignación mensual de $ 6.320 consignada en la referida constancia, se supera el límite de la cuantía para efectos de restablecimiento del derecho en acción de carácter

laboral en única instancia, con base en un cálculo aproximado, es por lo que habrá de disponerse la consulta ante el honorable Consejo de Estado" (fls. 20 a 44 del cuaderno principal).

Consideraciones de la Sala:

I. Es indubitable, como lo afirma el Tribunal en el último párrafo arriba copiado, que se dan los presupuestos de cuantía para efectos de competencia y las circunstancias según la materia (arts. 131, numeral 6; 132, numeral 6 y 129, numeral 1 del C. C. A.), y que, por ende, hay mérito para que se conozca en segunda instancia en grado de consulta (art. 184 *ibídem*).

II. El fallador estructura su análisis jurídico bajo el supuesto de la similitud entre el Derecho Penal común o general y el denominado Derecho Penal Administrativo, en forma tal que lo estime regido por las mismas pautas doctrinarias y por los mismos principios en cuanto a imputabilidad, tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad, tomándolos como "elementos integrantes de la responsabilidad en delito penal y falta administrativa".

En verdad, la Rama Administrativa del Poder Público, valiéndose de diversos organismos, impone sanciones a los particulares por un motivo u otro. Y es indudable también que ese poder sancionador que reposa en órganos del Estado que no forman parte de la Rama Jurisdiccional, ha de tener, además de un fundamento de carácter normativo, unos principios y nortes jurídicos en qué basarse, al tenor de los cuales pueda sancionar. Y si la sanción es una pena como resultado de una infracción, los doctrinantes han querido ver en ambas esferas, es decir, entre la órbita sancionatoria que pertenece a los Jueces y la que corresponde a órganos de la administración, una conexidad de tal naturaleza que las hermana, creyendo ver en esta última una especie de bifurcación subordinada de aquélla, llamando a su conjunto de reglas con el nombre de *Derecho Penal Administrativo*, el que obedece, en sus postulados, a los que, evolutivamente han venido a integrar el Derecho Penal.

El Derecho Penal Administrativo es, por ende, algo que reviste, en criterio de esos doctrinantes, un doble temperamento, puesto que se nutre del Derecho Penal, por una parte, más igualmente del Derecho Administrativo, ya que aplica sanciones, por un lado, pero ellas son impuestas por órganos que pertenecen a la Rama Administrativa del Poder Público, por el otro. No es, por consiguiente, algo independiente del Derecho Penal "común" ni tampoco del Derecho Administrativo "corriente", sino un híbrido de los dos, un puente entre ambos.

Sin embargo, particularizando más, el Derecho Penal Administrativo va hacia las denominadas *"contravenciones administrativas"*, distintas a las *"contravenciones clásicas o de policía"*, las que sí son gradaciones de las conductas punitivas desde el punto de vista del Derecho Penal puro o propiamente dicho.

El Derecho Penal Administrativo surge de la circunstancia de que el Estado contemporáneo, como afirma Aftalión ("Derecho Penal Económico"; Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, pág. 19), ya no se

conforma con hacer de gendarme, "simple árbitro de una pretendida libre concurrencia, sino que aspira a actuar sobre la economía, a influir sobre su curso, a planearla y dirigirla". El Estado actual es decididamente interventor de los más variados aspectos del desarrollo, de lo económico, de lo social, y, en cierta forma, hasta en la vida privada de sus habitantes. En otras palabras, se ha pasado del Estado del *laissezfaire* al Estado intervencionista, planificador y dirigista. Entonces, para que esa intervención, planificación y dirigismo suyos sean acatados por *los particulares*, el Derecho Penal Administrativo se ha abierto paso con un ímpetu arroyador. Del incumplimiento de sus pautas nace *la contravención administrativa* y, como efecto de ésta, *la sanción administrativa*.

Como consecuencia del desenvolvimiento y de la evolución de la sociedad de los días que corren, una serie de complicaciones ha aparecido y, ante ella, el Estado ha tenido que ampliar su presencia en campos que antes era inconcebible verlo. Nuevas ideas filosóficas y jurídicas se han abierto paso y ha sido indispensable ir adoptando instituciones y estructuras muy complejas, dado que el Derecho no puede quedar ausente de los cambios que experimenta la civilización. Esa es la fuente real y la razón de ser del denominado Derecho Penal Administrativo.

En ese sentido, pues, el Derecho Penal Administrativo está conformado por ciertos principios, reglas y controles o garantías. Como desprendimiento híbrido que es, los actos que motivan los hechos tenidos como contravenciones administrativas e imponen las sanciones, son *actos administrativos* y, por serlos, están sujetos al procedimiento gubernativo y al control jurisdiccional que les son propios, por un lado, y, por el otro, como con esos actos se sanciona a *los particulares*, han de estar rodeados de ciertas garantías comunes del Derecho Penal general, es decir, sometidos a un régimen prescrito que sea el punto medio entre las libertades y derechos de los particulares y las necesidades de la intervención estadual.

No es del caso, amén de ser demasiado prolijo, decir cuáles son las denominadas "contravenciones administrativas" propias del Derecho Penal Administrativo. Mas, a manera de ejemplo, recuérdense las instituidas en materia monetaria, cambiaria, tributaria, de control de precios, de conservación de recursos naturales, de sociedades, de cooperativas, de sindicatos, de industria y comercio, de aduanas, de salud, etc., etc., cuyas competencias han sido atribuidas a superintendencias, ministerios, institutos descentralizados, funcionarios de policía, etc., bajo la forma de inspección, vigilancia y poder sancionatorio; de la más abundante especie.

III. Pero no ha de confundirse, como frecuentemente se ha hecho y como lo hace el Tribunal *a quo* en la sentencia consultada, el Derecho Penal Administrativo con el Derecho Disciplinario, que es en el que debe enmarcarse la conducta anómala que el acto acusado atribuyó al actor Carlos Hernando Gallego Aranzazu cuando desempeñó el cargo de guardián de Prisiones de la Cárcel del Circuito Judicial de La Dorada.

Como se ha visto *ut supra*, el Derecho Penal Administrativo nació como consecuencia del intervencionismo del Estado y se dirige *a los particulares* que, en desarrollo de sus actividades, burlen o quebranten esa fuerza intervencionista del Estado contemporáneo. En cambio, el Derecho Disciplinario —que también es administrativo—, mucho más antiguo en el tiempo pese a que, obviamente haya evolucionado al compás de los mismos avances de la ciencia administrativa de la cosa pública, comprende normas jurídicas que tienen como causa *el vínculo* que une al Estado con sus funcionarios y empleados, determinando sus derechos y deberes igual que sus faltas, señalando cuándo, cómo, por cuál autoridad y bajo qué requisitos son sancionables. Es claro entonces que el sujeto pasivo del Derecho Disciplinario Administrativo siempre será un funcionario o empleado público. Y es claro, así mismo, que el Derecho Disciplinario, o más concretamente el aplicable al régimen de los guardianes de prisiones ligados por Estatuto Penitenciario, el del que hizo uso el acto administrativo integrado por las Resoluciones 672 de 26 de marzo de 1980 y 3272 de 5 de agosto de dicho año para sancionar con destitución, entre otros, al señor Carlos H. Gallego Aranzazu.

IV. El Derecho Disciplinario Administrativo no se ciñe a los moldes tradicionales que informan el Derecho Penal en general o común porque su mira va dirigida a la moralidad y a la eficiencia del buen servicio público, entendido como una institución. Su base o fundamento es de tipo técnico, administrativo y político. Es más de inspiración social y estructural que individual y de allí que no puedan ser elementos suyos los atinentes a la tipicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, etc., con el rigor con que son analizados como si se tratase de una cuestión penal *strictu sensu*.

V. En el caso *sub júdice*, el acto administrativo que goza de las presunciones que rodean todo pronunciamiento de esta clase, invoca la siguiente motivación principal:

> "Que de conformidad con estudio practicado a las diligencias investigativas adelantadas en la Cárcel del Circuito Judicial de La Dorada (Caldas), se estableció que el día 12 de febrero de 1980, a eso de las 09:00 horas se produjo la fuga del interno Pedro Nel Ríos Cortés, peligroso antisocial quien realizó su evasión desde las propias dependencias del penal apoyado por sus compinches quienes le ayudaron a que escalara la reja interna aprovechando para tal efecto la negligencia y mal servicio prestado por los guardianes de Prisiones Carlos H. Gallego Aranzazu y Luis Alberto López, ya que al primero correspondió su servicio en el pasillo donde se inició la fuga y abandonó su puesto para irse con otros guardianes a efectuar una requisa a los reclusos que se hallaban en el patio 2, lo cual dio resultados negativos y el segundo de los nombrados le correspondía su servicio de centinela en la terraza de donde tenía pleno dominio visual del sector por donde se evadió el preso, lo que indica que ambos guardianes obraron con negligencia y descuido durante su servicio, lo cual constituye la causa determinante para que la fuga pudiera llevarse a cabo.

"Que a través del informativo quedó demostrada la responsabilidad de los dos guardianes anteriormente mencionados, lo que indica que ambos son infractores del numeral 6º, literal a) del artículo 49 del Decreto 2655 de 1973, y por lo tanto la sanción disciplinaria a que se hacen merecedores corresponde a la señalada en la norma violada, la cual es la destitución.

"Que el Director General de Prisiones, en uso de las facultades que le confiere el Decreto 749 del 23 de abril de 1975, mediante auto número 031 del 17 de marzo de 1980, recomienda la destitución de los guardianes Carlos H. Gallego Aranzazu y Luis Alberto López..."

A su turno, la otra resolución confirmatoria de la anterior, en lo que atañe a Gallego Aranzazu, trae el siguiente considerando:

"...Dentro de la investigación se estableció que, cuando ocurrieron los hechos, el guardián Gallego Aranzazu había abandonado el puesto de vigilancia que tenía asignado en el pasillo del establecimiento, del cual precisamente se evadió el interno. El mencionado guardián expresa que si abandonó el puesto fue porque recibió orden en tal sentido de sus superiores, el Sargento Ricardo Ocampo y el Cabo Alvaro Rodríguez Suárez. Dentro de la tramitación del recurso, se dispuso que estos dos funcionarios prestaran declaraciones y en las mismas ambos niegan totalmente haber dado orden alguna al guardián Gallego de retirarse de su puesto y dirigirse a otro lugar del establecimiento..."

VI. Es de suma importancia dentro del análisis de la prueba necesaria para desvirtuar, como lo quiere la parte actora, lo motivado por el acto administrativo que se acusa, traer el estudio que sobre ello hace el Tribunal *a quo:*

"El Cabo Alvaro Rodríguez, consigna la afirmación de que: 'Los guardianes que se encontraban de servicio en el pasillo corresponde al nombre de Gallego Aranzazu Carlos y en la terraza López Luis Alberto, este personal se encontraba de servicio de las 07:00 a las 12:00 horas, estos son los que al parecer tienen más visibilidad al lugar indicado...' Pero, el hecho cierto, y más allá de esa indicación reglamentaria, es la de que el mismo suboficial había impartido una orden de vigilancia que desplazaba de ese cometido al guardián Gallego: '...Más o menos a las 08:30 horas que se efectuó una requisa... se hizo desvestir a todo el personal interno para practicarles la requisa dentro del patio y completamente desnudos fueron pasados al pasillo mientras se inspeccionaban las dependencias del patio, allí el suscrito firmante le ordenó al guardián Prada que les pusiera cuidado mientras el resto de guardianes requisaban...' Por manera que era un vigilante diferente a Gallego el encargado de controlar el pasillo en tanto, el 'resto' se dedicaba a la labor de requisa, lo que conceptual y fácticamente halla correspondencia con lo afirmado por el demandante: '...y el Cabo Comandante de la escuadra de la segunda sección «Cabo Rodríguez», quienes fueron los que ordenaron la salida de los interos (sic) al pasillo, como yo era el que tenía los indicios de dónde se le podía encontrar la manca

o chuzo al interno Nova, entré a requisar el patio nombrando el Cabo Rodríguez un guardián para que le pusiera cuidado al personal a la entrada de las rejas de los patios uno y dos, dejando el personal de internos sin vigilancia hacia el fondo...'

"El mismo Cabo Rodríguez, en su declaración (fl. 28) precisa: '...Preguntado: En un aparte de su informe manifiesta que «le ordenó al guardián Prada que les pusiera cuidado mientras el resto de guardianes requisaban». Puede usted decirnos si observó que el guardián Prada le incumpliera la orden. En caso negativo en qué puesto estuvo el guardián Prada durante la requisa? *Contestó:* El guardián Prada no cumplió la orden tal y como le dije puesto que cuando se inició la requisa o mejor la sacada de los internos del patio al pasillo, yo le ordené a él que se quedara afuera en el pasillo con los detenidos al rato más o menos tiempo de cinco o diez minutos aproximadamente transcurrieron cuando llegó un guardián y en ese momento no recuerdo cuál fuera, con una escalera para requisar las partes altas del patio, entonces el guardián Prada fue el primero que se subió en la escalera, en el patio, no me dí cuenta de inmediato que los detenidos habían quedado en el pasillo solos y como estos estaban haciendo bulla o desorden salí de nuevo y los hice sentar y les manifesté que hicieran silencio y llame al guardián Prada y le manifesté que se quedara donde antes le había ordenado ya que hay otros que requisan en el patio, y luego que lo dejé ahí con los internos de nuevo entré al patio y continúe la requisa con mi Sargento y el resto de guardianes que estábamos requisando...Directamente sospechosos no simplemente estaban parados haciendo bulla porque el guardián Prada los había dejado solos... mientras él se ocupó en encaramarse por una escalera que acababan de traer para requisar las partes altas, misión esta que a Prada no le correspondía ya que según la orden que yo le había dado era que se quedara afuera en el pasillo cuidando la gente...'

"De lo narrado, es incuestionable que una persona, el guardián Prada, quedó encargado de la vigilancia en el pasillo, en tanto que el resto de guardianes entre quienes necesariamente ha de encontrarse Carlos Hernando Gallego, hacía o verificaba con sus compañeros una requisa, por ser él, Gallego, el que poseía los indicios de quién era el portador del arma buscada.

"Esa hipótesis, adquiere caracteres de necesidad fáctica, con lo pormenorizado por Ricardo Ocampo a folio 25: '...por lo cual y teniendo en cuenta la situación que se pudiera presentar se ordenó una requisa corporal y dependencias de ese patio. Como está claro que para poder requisar el patio se hace necesario sacar al personal interno al pasillo fue por lo que el Cabo Rodríguez le ordenó al guardián Prada, que se quedara en el pasillo controlando este personal para que el resto de guardia requisara el patio...'

"La Sala no puede menos que considerar como ingrediente para la afirmación suasoria de un elemento de juicio, lo dicho por el mismo guardián Prada en declaración rendida ante el

Juzgado Primero Penal Municipal de La Dorada: '...el Cabo Rodríguez... le quitó las llaves al guardián que se encontraba de servicio o sea el guardián Gallego y lo mandó a la requisa y le dijo que él como sabía dónde se encontraba el chuzo o sea lo que se estaba buscando y así lo hizo el guardián Gallego, obedeciendo la orden de éste...'

"Si, como se ha puntualizado el actor Gallego, se hallaba en requisa, la exigencia de una bilocación era imposible, con la vigilancia del pasillo, derivando la necesidad de afirmar que, en verdad, ese componente subjetivo de antijuridicidad por lo que consiste este último elemento de la responsabilidad por delitos y faltas en la pugna o contradicción que se plantea entre el acto del sujeto y el ordenamiento jurídico, o como expresa Mazguer: 'Contradicción objetiva con los preceptos jurídicos', no tuvo lugar.

"En el caso *sub júdice* para el Tribunal no ha existido tal tipo de conducta en el accionante Gallego Aranzazu, porque el presupuesto de un deber de vigilancia del pasillo no le incumbía en el momento en que la evasión del interno pudo haberse producido, toda vez que se encontraba en una labor de requisa, por lo que ese comportamiento no puede diputarse contra *legem*" (fls. 36 a 39 del cuaderno principal).

VII. Comulga la Sala con esta apreciación fáctica. Es decir, en lo que atañe a Gallego Aranzazu existe una "contradicción objetiva con los preceptos jurídicos", entre el acto atribuido al sujeto, y el hecho realizado por él, puesto que éste no incurrió en la negligencia y el descuido que se le endilga, destruyéndose de este modo la presunción de legalidad, que comprende la de veracidad, en cuanto a la motivación del acto que destituyó al hoy actor Gallego Aranzazu.

VIII. Las sanciones disciplinarias, independientes de las penas por delitos pero estrechamente ligadas a ellas ontológicamente hablando, se hallan, una vez impuestas, bajo el beneficio de la presunción de legalidad y, por ende, hacen fe provisoriamente en justicia. Ellas se imponen ante la presencia de una falta institucional o disciplinaria que afecta la marcha de un establecimiento o institución. Pero si en el juicio contencioso-administrativo el actor, a quien incumbe la carga de la prueba, demuestra, como ha ocurrido aquí, que esa falta no tuvo lugar y que no se amerita sanción, es preciso declarar la nulidad del acto como lo hizo el Tribunal a través de la sentencia que ahora conoce en consulta esta Sala, aunque basada en razones jurídicas distintas, o sea sólo por lo que brote de las pruebas obrantes en el proceso.

IX. La Sección Segunda del Consejo de Estado, habrá pues en este sentido, que confirmar la sentencia de veintiuno de marzo de mil novecientos ochenta y cinco, tanto en lo que hace a la anulación del acto como en lo que se refiere al restablecimiento del derecho.

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:

Confírmase la sentencia consultada de fecha veintiuno de marzo de mil novecientos ochenta y cinco, dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a quienes corresponda y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 8 de abril de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

AUTO DE DETENCION CON FINES DE EXTRADICION.—

Naturaleza jurídica.

Acto preparatorio que contribuye en la decisión que ha de tomarse una vez tramitado el procedimiento de la extradición. Reiteración jurisprudencial de la sentencia del 17 de mayo de 1985. Expediente 4330. Anales del Consejo de Estado. *Tomo CVIII, página 180.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E., diez de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente número 830. Actor: Pablo Escobar Gaviria.

Se pasa a decidir el recurso de súplica interpuesto por el señor Ministro de Justicia contra el auto de 23 de marzo de 1988 proferido por el señor Consejero ponente y por el cual se decretó la suspensión provisional en prevención de la providencia dictada por dicho funcionario el 5 de enero de 1988 y a través de la cual se decretó la detención con fines de extradición, entre otras personas, del señor Pablo Escobar Gaviria.

I. Antecedentes:

El señor Pablo Escobar Gaviria, mediante procurador judicial en ejercicio de "la acción de suspensión provisional en prevención" consagrada en el título XVII, artículo 153, numeral 1º del Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 001 de 1984) solicitó ante esta Sección Primera del Consejo de Estado que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1º Que se declare la suspensión provisional en prevención, del acto administrativo o de trámite fechado el cinco (5) de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988) proferido por el señor Ministro de Justicia, mediante el cual ordenó la detención provisional del señor Pablo Emilio Escobar Gaviria, en las diligencias de extradición que se adelantan por solicitud del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica.

"2º Que como consecuencia de la anterior declaración de suspensión provisional en prevención, se oficie al señor Ministro de Defensa, al Departamento Administrativo de Seguridad 'DAS'

al Comandante del Ejército, al Director General de la Policía, y al Director de Prisiones, a fin de que se abstengan de dar cumplimiento al acto administrativo por el cual se ordenó la detención preventiva con fines de extradición del señor Escobar Gaviria.

"3º Que se ordene al señor Ministro de Justicia dar cumplimiento a la decisión, según lo dispuesto en los artículos 173 y 174 del Código Contencioso Administrativo".

Como hechos relata los siguientes:

El día cinco de enero de 1988 el señor Ministro de Justicia dictó auto de detención con fines de extradición contra el señor Pablo Emilio Escobar Gaviria.

Para tomar tal determinación el Ministro se refirió a la comunicación DJ704 de 4 de enero de 1988 originaria de la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores "la cual a su vez provenía de la Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica, mediante la cual por nota verbal número 001 de 1º de enero de 1988 se solicitaba la detención provisional de varias personas" entre ellas el señor Pablo Emilio Escobar Gaviria.

Dicha Embajada pidió tal detención provisional con base en los compromisos internacionales vigentes entre los Estados Unidos de Norteamérica y la República de Colombia.

El señor Ministro de Justicia expedió el acto enjuiciado con base en las siguientes consideraciones:

a) La nota verbal número 001 de 1º de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988) contenía catorce (14) nuevos cargos que no guardan identidad con los contenidos en la nota verbal número 696 de 25 de septiembre de 1986, investigados a la sazón por el Juzgado 45 de Instrucción Criminal de Medellín;

b) La República de Colombia y los Estados Unidos de América suscribieron, en unión de otros países, la Convención Multilateral de Montevideo sobre extradición el 26 de diciembre de 1933, aprobada por la Ley 74 de 1935 y en la actualidad se halla vigente;

c) El artículo 10 de la mencionada Convención permite al Estado requirente, Estados Unidos en el evento *sub lite*, solicitar por cualquier medio de comunicación la detención provisional con fines de extradición de las personas contra quienes exista por lo menos orden de detención proferida por autoridad competente del país requirente.

Sobre las disposiciones violadas y el concepto de su violación argumenta como sigue:

a) El Tratado sobre extradición de 1979 celebrado entre los Estados Unidos de Norteamérica y la República de Colombia no puede ser aplicado en nuestro país en virtud de haber la honorable Corte Suprema de Justicia declarado inexequibles las leyes aprobatorias del mismo, a saber: La Ley 27 de 1980 y la Ley 68 de 1986, mediante sentencias de 12 de diciembre de 1986 y 25 de junio de 1987, respectivamente.

Mas el Tratado se encuentra vigente a nivel internacional ya que no se ha presentado ninguna de las formas previstas para darse por terminado. Y la manera de hacer esto está contemplada en su artículo 21 numeral 4º.

Inexplicablemente Colombia no ha denunciado el Tratado, a pesar de que no se puede aplicar en nuestro país.

En suma: Para Colombia no está vigente el Tratado de 1979 y por eso se ha recurrido a la Convención de Montevideo, que no está en vigor. En cambio para los Estados Unidos de Norteamérica está vigente el Tratado de 1979, "luego no tiene vigencia ni aplicabilidad la Convención de Montevideo, pues si así fuera, se habría hecho uso de la misma con anterioridad";

b) La Convención de Montevideo no se encuentra vigente.

En efecto: Al momento de firmar y ratificar dicha Convención los Estados Unidos y Colombia tenían en vigencia el Tratado de 1888, por lo cual no podría entrar a regir aquélla por expresa prohibición del artículo 21 que preveía la no abrogación ni la modificación de tratados anteriores.

Como recuento histórico al respecto valga hacer el siguiente:

Ambos países en el año de 1940 resolvieron no afirmar la vigencia del Tratado de 1888 al suscribir la Convención Suplementaria de Extradición, aprobada por nuestro país mediante la Ley 8ª de 1943. De esta manera quedaba demostrada "la voluntad inalterada de conservar la vigencia del Tratado de 1888 y por ende la no aplicación de la Convención de Montevideo". En el año de 1979 dichos países firmaron un nuevo Tratado de Extradición aprobado por Colombia mediante la Ley 27 de 1980 y en el cual de manera expresa y clara se consigna la voluntad invariable de no regir la extradición por las normas de la Convención de Montevideo, sino por las del nuevo Tratado bilateral que derogaba de manera expresa el Tratado de 1888 y la Convención suplementaria de 1940.

"Como bien puede observarse jamás se dio la aplicación inmediata prevista en el artículo 21 de la Convención de Montevideo, como sí lo hizo el Tratado de 1979, ya comentado, el cual se encuentra vigente, como repetimos, a nivel internacional".

De conformidad con lo antes expresado, no era legalmente posible proferir auto de detención provisional con fines de extradición contra el señor Pablo Emilio Escobar Gaviria, con fundamento en el artículo 10 de la Convención de Montevideo, "por la señalada razón de que nunca ha entrado a aplicarse".

Sólo a raíz de la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 68 de 1986 el 25 de junio de 1987 los dos Estados contratantes dieron muestra alguna de poner en vigencia la Convención de Montevideo en que invocaron la aplicación de su artículo 10. Y ello primero con ocasión

del envío de la nota verbal número 912 de 27 de noviembre de 1987 referida a la detención provisional del señor Jorge Luis Ochoa Vásquez que se cumplió mediante providencia de 23 de noviembre de 1987 del Ministerio de Justicia y que a su vez fue revocada por el mismo Ministerio el 17 de diciembre del mismo año.

Y en segundo término, con motivo de la nota 001 de 1º de enero de 1988 atinente a la detención provisional del señor Pablo Escobar Gaviria, ordenada mediante auto de 5 de enero de 1988, de acuerdo, según ésta "con los compromisos internacionales vigentes para los dos países..."

"Como se ve la expresión jurídica del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica fue resuelta por el Ministerio de Justicia aceptando inconsultamente la aplicación del Convenio Multilateral de Montevideo, a pesar de ser absolutamente inaplicable por las razones antes expuestas".

La aplicación precipitada de la Convención de Montevideo por el Ministerio de Justicia infringe claramente el artículo 28 de la Convención de Viena, firmada el 23 de mayo de 1979 y aprobada mediante la Ley 32 de 1985, del siguiente tenor:

> "Las disposiciones de un Tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del Tratado o conste de otro modo".

Ello teniendo en cuenta que la irretroactividad de los tratados es la regla y la retroactividad para aceptarse debe constar en forma expresa.

También se quebranta el artículo 26 de la Constitución Nacional, conforme al cual el juzgamiento debe hacerse "conforme a las leyes preexistentes y con la plenitud de las formas propias de cada juicio". Ese texto se armoniza con el artículo 17 del Código Penal y el artículo 647 del Código de Procedimiento Penal.

La aplicación de la Convención de Montevideo al caso en estudio viola así mismo el principio de reciprocidad que inspira los Tratados Internacionales.

> "Al respecto debemos referirnos a un concepto emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores con relación a la solicitud de extradición hecha por los Estados Unidos de América de un ciudadano colombiano, para lo cual se menciona entre los tratados suscritos entre ambas naciones, la Convención que se comenta, pero se anota que, 'contra el artículo 2º de esta Convención que estipula la entrega del reo, cuando éste fuere nacional del Estado requerido, *hizo reservas Estados Unidos...*' (Concepto 20 de marzo de 1972 G. J. T. 142, números 2352-2357, págs. 291-295) subrayamos.
>
> "Finalmente, se debe destacar que el Ministerio de Justicia mediante providencia de 21 de julio de 1987, *revocó* los autos

de detención provisional con fines de extradición dictados contra el señor Pablo Emilio Escobar Gaviria el 27 de julio de 1984, el 1º de agosto de 1986 y el 16 de octubre de 1986, correspondientes a las notas verbales enviadas por el Gobierno de los Estados Unidos, siguientes: La número 527 de 26 de julio de 1984, la número 091 de 7 de febrero de 1986 (adición de la anterior), la número 542 de 30 de julio de 1986, la número 696 de 25 de septiembre de 1986.

"En el numeral segundo de la misma providencia, el Ministerio de Justicia, ordenó la revisión de todos los documentos enviados por el Gobierno norteamericano, en fotocopia autenticada, con el fin de que se investigara por los Jueces de Instrucción Criminal los hechos correspondientes".

Sería de vital importancia que se estableciera por la justicia colombiana si efectivamente la nota verbal número 001 de 1º de enero de 1988 contiene catorce (14) nuevos cargos, de los que investiga el Juez de Instrucción Criminal de Medellín, según se sostiene en el auto impugnado. Si así no fuere se estaría frente a la coexistencia de dos actuaciones sobre los mismos hechos, no permitida por la Constitución y leyes colombianas;

c) Acerca de la solicitud de la suspensión provisional en prevención, el presente escrito expresa lo siguiente:

"De conformidad con lo previsto por el artículo 153, inciso 1º del Código Contencioso Administrativo, procede la suspensión provisional en prevención contra los actos preparatorios o de trámite cuando se dirigen a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso.

"En el caso en estudio, el acto administrativo de detención provisional no constituye un acto definitivo de conformidad con lo previsto en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, por lo tanto es un acto de trámite que no decide directa ni indirectamente sobre la materia objeto de la actuación, cual es la concesión o negación de la extradición por el Gobierno colombiano al requerimiento de otro país.

"Pero no puede desconocerse que el acto definitivo, concesión o no de la extradición, sería un acto ilegal e inconstitucional, tal como se expuso anteriormente, todo en aplicación del *principio de reciprocidad*, que inspira las relaciones entre Naciones. Al igual que el principio de *legalidad*, a que están sometidos todas las actuaciones de los gobernantes.

"Por lo expuesto, es procedente la solicitud de suspensión provisional en prevención, del acto administrativo de trámite de detención provisional con fines de extradición emanado del Ministerio de Justicia".

II. El acto acusado:

Lo es, como se dijo, el dictado por el señor Ministro de Justicia, doctor Enrique Low Murtra, el cinco (5) de enero de 1988 y que reza de la siguiente manera:

"La División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante oficio DJ704 del 4 de enero de 1988 ha remitido a este Ministerio la comunicación de la honorable Embajada de los Estados Unidos de América, mediante la cual por nota verbal 001 de 1º de enero de 1988 se solicita la detención provisional con fines de extradición de los señores Jorge Luis Ochoa Vásquez, Fabio Ochoa Vásquez, Juan David Ochoa Vásquez, Pablo Escobar Gaviria, José Gonzalo Rodríguez Gacha y John Doe a/k/a Jota. La Embajada de los Estados Unidos ha solicitado dicha detención provisional con base en los compromisos internacionales vigentes entre los dos países.

"A fin de determinar la procedencia de la solicitud, el Ministerio de Justicia considerará separadamente el caso de los señores Jorge Luis Ochoa Vásquez, Fabio Ochoa Vásquez, Juan David Ochoa Vásquez y Pablo Emilio Escobar Gaviria, en razón de la existencia de un proceso penal que cursa en el Juzgado 45 de Instrucción Criminal de Medellín y el de los demás ciudadanos solicitados en la nota verbal referida.

"1º En relación con los señores Jorge Luis Ochoa Vásquez, Fabio Ochoa Vásquez, Juan David Ochoa Vásquez y Pablo Emilio Escobar Gaviria, encuentra el Ministerio que, aunque existe constancia según la cual en el Juzgado 45 de Instrucción Criminal de Medellín cursa un proceso contra los citados ciudadanos, este proceso se inició con base en la nota verbal 696 del 25 de septiembre de 1986, en la cual se mencionan 25 cargos. Por el contrario, la nota verbal que se acompaña en esta oportunidad contiene 14 nuevos cargos, con base en los cuales se tomará la decisión pertinente. Analizados los antecedentes no se presenta una identidad entre los hechos objeto del proceso que se adelanta en Medellín y los nuevos que se incluyen en la nota verbal que se acompaña en esta oportunidad para pedir la detención preventiva con fines de extradición.

"2º Se considera, además:

"a) Las Repúblicas de Colombia y de los Estados Unidos de América, suscribieron junto con otros países, la denominada Convención Multilateral sobre extradición, firmada en Montevideo el día 26 de diciembre de 1983, aprobada por la Ley 74 de 1935, y actualmente vigente;

"b) El Convenio en mención, en su artículo 10 permite al Estado requirente (en este caso los Estados Unidos de América), solicitar por cualquier medio de comunicación la detención provisional con fines de extradición, de las personas contra quienes exista por lo menos una orden de detención proferida por autoridad competente del país requirente. Igualmente obliga al Estado requerido, a ordenar de inmediato la detención solicitada, cuando se reúna el requisito antes reseñado;

"c) El Gobierno de los Estados Unidos de América en solicitud tramitada por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, ha manifestado la existencia de una orden de detención vigente y proferida por autoridad competente del país requirente, por lo cual la petición de detención provisional, con fines de extradición, respecto de los ciudadanos Jorge Luis Ochoa Vásquez, Fabio Ochoa Vásquez, Juan David Ochoa Vásquez, Pablo Escobar Gaviria y José Gonzalo Rodríguez Gacha es procedente. Cabe anotar que, en relación con los citados ciudadanos, se encuentran reunidos los requisitos que para este propósito establece el artículo 666 del Código de Procedimiento Penal.

"3º En relación con el señor John Doe a/k/a Jota no encuentra este Despacho debidamente probada su identidad.

"Por lo anteriormente expuesto el Ministro de Justicia de la República de Colombia,

"Dispone:

"La detención con fines de extradición de los señores Jorge Luis Ochoa Vásquez, Fabio Ochoa Vásquez, Juan David Ochoa Vásquez, Pablo Escobar Gaviria y José Rodríguez Gacha. No se decreta la detención del señor John Doe a/k/a Jota. Como consecuencia ordena oficiar al Ministerio de Defensa, al Departamento Administrativo de Seguridad DAS, al Comandante del Ejército, al Director General de la Policía Nacional y al Director de Prisiones, a fin de dar cumplimiento al presente auto.

"Comuníquese el contenido del presente auto a los organismos antes indicados y notifíquese personalmente a los ciudadanos antes mencionados, una vez se haya hecho efectiva su detención.

"Comuníquese y cúmplase".

III. El auto suplicado:

Lo profirió el Consejero ponente el 23 de marzo del presente año y en él se dispone acceder a la suspensión provisional en prevención solicitada del acto acusado, arguyéndose al efecto las siguientes consideraciones:

"1. *Naturaleza jurídica del auto de detención con fines de extradición.*

"Conforme el artículo 17 del Código Penal Colombiano, 'la extradición se solicitará, concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos. A falta de estos el Gobierno solicitará, ofrecerá o concederá la extradición conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.

" 'La extradición de colombiano se sujetará a lo previsto en tratados públicos'.

"En el tratado de extradición suscrito por Colombia con los Estados Unidos en el año de 1979, dentro del trámite para la extradición de nacionales está prevista la detención de una persona procesada o condenada en caso de urgencia, previa solicitud por vía diplomática. El Estado requerido dice el artículo 11 del Tratado, al recibir la solicitud, '...tomará las medidas necesarias para asegurar la detención de la persona reclamada'. Y dice el numeral 3º de la norma en cita, que 'la detención provisional se dará por terminada si, dentro de un plazo de 60 días a partir de la fecha de la aprehensión de la persona reclamada, el Poder Ejecutivo del Estado requerido no ha recibido la solicitud oficial de extradición y los documentos mencionados en el artículo 9º'.

"En la Convención sobre extradición suscrita en la ciudad de Montevideo entre otros países por Colombia y los Estados Unidos, el 26 de diciembre de 1933, en desarrollo del proceso de extradición de una persona, el artículo 10 dice que el Estado requirente 'podrá solicitar, por cualquier medio de comunicación, la detención provisional o preventiva de un individuo siempre que exista a lo menos, orden de detención dictada en su contra y ofrezca pedir oportunamente la extradición. El Estado requerido ordenará la inmediata detención del inculpado. Si dentro de un plazo máximo de dos meses contados desde la fecha en que se notificó al Estado requiriente el arresto del individuo, no formaliza aquél su pedido de extradición, el detenido, será puesto en libertad y no podrá solicitarse de nuevo su extradición sino en la forma establecida por el artículo 5º'.

"Conforme lo anterior, resulta claro que en el procedimiento de extradición de una persona el auto de detención no es más que una etapa o trámite de obligado cumplimiento para tratar por ese medio de asegurar la posterior efectividad del acto de extradición. Ese acto es entonces apenas un paso en el proceso que debe culminar con la decisión final de extradición de la persona reclamada, teniendo por lo mismo un simple carácter de acto preparatorio o de trámite, puesto que es de toda evidencia que no pone fin a ninguna actuación, y antes bien propicia o facilita la continuación del proceso normal de la extradición. Consecuencialmente ese acto, perdónese la tautología, no es un acto administrativo puesto que no contiene una decisión o mejor una definición que por sí sola tenga la virtualidad suficiente para producir los efectos jurídicos buscados con la extradición. El auto de detención apenas se limita en desarrollo de los principios y de las normas del Derecho Internacional pertinentes, a impulsar el procedimiento de expedición de un acto administrativo principal que es la extradición del individuo reclamado; es, se repite, un paso previo para un pronunciamiento final con el cual culmina todo el procedimiento de expedición de la resolución de extradición y la consiguiente entrega de la persona reclamada si aquélla hubiere sido concedida.

"En este orden de ideas, el auto de detención dictado con fines de extradición por el señor Ministro de Justicia el 5 de

enero de 1988 contra el actor Pablo Escobar Gaviria, materia de impugnación, tiene el carácter de preparatorio o de trámite y está concebido así:

"(...se transcribió atrás).

"2. *Naturaleza jurídica de la petición formulada por el señor apoderado del actor.*

"Como al principio de esta providencia se vio, el señor apoderado del demandante pide 'que se declare la *suspensión provisional en prevención,* del acto administrativo o trámite fechado el cinco (5) de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988) proferido por el señor Ministro de Justicia, mediante el cual ordenó la detención provisional del señor Pablo Emilio Escobar Gaviria, en las diligencias de extradición que se adelantan por solicitud del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica'.

"Al desarrollar su petición, al folio 10 del expediente dice que de conformidad con lo previsto por el artículo 153, inciso 1º del Código Contencioso Administrativo procede la suspensión provisional en prevención contra los actos preparatorios o de trámite cuando se dirigen a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso. Que en el caso a estudio el acto acusado no constituye un acto definitivo de conformidad con el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, siendo por lo tanto un acto de trámite que no decide directa o indirectamente sobre la materia objeto de la actuación, cual es la concesión o negación de la extradición, por el Gobierno colombiano al requerimiento de otro país.

"Formulada así la petición, corresponde estudiar sus implicaciones jurídicas de acuerdo con la preceptiva legal vigente. Para el efecto veamos:

"a) *La suspensión provisional.*

"El artículo 193 de la Constitución Nacional dice que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la Administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

"En desarrollo del canon constitucional referido, el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo reguló esa medida excepcional consignando allí que el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos pueden suspender los efectos de un acto mediante las reglas siguientes:

" 'Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas aportadas.

" 'Si la acción ejercitada es distinta de la de nulidad del acto deberá aparecer comprobado, además, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o podría sufrir el actor.

"'Que la medida se solicite y sustente de modo expreso, en la demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquella.

"'Que la suspensión no esté prohibida por la ley'.

"Es decir, la suspensión provisional está consagrada constitucionalmente para todos los actos administrativos, de acuerdo con los requisitos previstos en la ley, en este caso, en el Decreto-ley 001 de 1984. Y tiene por fin evitar transitoriamente la aplicación de un acto administrativo que de modo ostensible quebrante el orden jurídico o que pueda ocasionar un perjuicio notoriamente grave.

"Por manera que el hecho fundamental en esta institución de la suspensión provisional, lo viene a constituir la manifiesta violación de una norma positiva de derecho de orden superior, por parte de un acto administrativo. Consecuencialmente, de esta circunstancia y de otros factores que deben militar, depende la procedencia o no de la suspensión, cualquiera que sea la acción que se ejercite.

"b) *La suspensión provisional en prevención.*

"El artículo 153 del Código Contencioso Administrativo preceptúa que la suspensión provisional procederá también:

"'1. Contra actos preparatorios o de trámite cuando se dirijan a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso.

"'2. Contra los actos de ejecución cuando el definitivo no haya sido notificado legalmente, cuando los recursos interpuestos contra él no hayan sido resueltos ni siquiera en forma presunta o cuando las autoridades hayan impedido que se recurra. En este caso el proceso y la suspensión terminarán cuando se cumpla con los requisitos omitidos.

"'La suspensión impedirá completar o ejecutar los actos definitivos'.

"Este artículo vino a establecer en el medio jurídico colombiano una nueva modalidad de suspensión provisional para actos preparatorios o de trámite, denominándola suspensión provisional en prevención. Es una modalidad de suspensión que suscita dudas en cuanto a su constitucionalidad, siendo así que a términos del artículo 193 de la Constitución la suspensión provisional sólo cabe contra actos administrativos definitivos, no contra los de trámite. Sin embargo, ya la honorable Corte Suprema de Justicia al hacer la revisión del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo por vía de la acción, la encontró exequible como consta en la sentencia número 82 de agosto 16 de 1984. Además, vistos los términos de la redacción misma del artículo 153, bien puede afirmarse que allí no se consagra en verdad una medida cautelar, una auténtica suspensión provisional supeditada a una petición principal de nulidad de un acto administrativo, sino una petición principal *sui géneris* de suspensión provisional

en prevención de un acto preparatorio o de trámite, petición cuya finalidad exclusiva es evitar que se expida el acto principal. Es una petición que en puridad de verdad pocos puntos de convergencia guarda con la suspensión provisional de tipo general regulada en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, relievándose por el contrario su clara autonomía como institución hoy específica del Derecho Contencioso Administrativo Colombiano, con elementos que difieren de los elementos tradicionales de ese instituto excepcional que tiene carácter cautelar.

"En efecto, fuera de lo antes dicho, hay que tener en cuenta lo siguiente:

"a) Que la suspensión provisional según el claro texto del artículo 193 de la Constitución Nacional, sólo puede recaer sobre actos de la administración como consecuencia directa de la actividad jurídica de ésta y según las reglas que rigen esa medida provisoria, al paso que la suspensión provisional en prevención sólo recae sobre actos preparatorios o de trámite, o sobre los actos de ejecución;

"b) La suspensión provisional de que habla el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo es una acción accesoria que no puede impetrarse de la jurisdicción contencioso administrativa en forma libre, independiente o autónoma, y cuando ella se solicita su planteamiento debe hacerse dentro del ejercicio de las acciones legalmente pertinentes y en las oportunidades que taxativamente ha fijado la ley. Sin la existencia de una demanda desaparece la base, el sustentáculo que hace viable el pedimento de suspensión. La suspensión provisional en prevención en cambio, se solicita en forma libre, independiente o autónoma, no estando subordinada a ningún otro planteamiento, ni requiere simultaneidad con una demanda, o que pueda impetrarse con posterioridad a la presentación de una demanda, por cuanto ciertamente que ese evento no se manifiesta en la suspensión en prevención;

"c) La suspensión provisional, tal como está reglada en nuestro sistema, es un recurso de emergencia eminentemente transitorio, característica que por su finalidad misma no reviste la suspensión provisional en prevención, que sólo pretende evitar la producción de un acto definitivo que se juzga inconstitucional o ilegal y no susceptible de ningún recurso.

"Son pocos los pronunciamientos que sobre este tema de la suspensión provisional en prevención ha hecho el Consejo de Estado, encontrándose el fenómeno aún en el proceso de elaboración doctrinaria.

"En providencia del 13 de agosto de 1987 (Expediente 4986. Eulalia Núñez de Mórtola y otro), la Sección Tercera con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo, dijo:

"'1. La suspensión en prevención (art. 153 del C. C. A.) constituye un incidente autónomo, no accesorio de una acción de impugnación de un acto administrativo.

"'Porque el definitivo, una vez expedido (hipótesis del numeral 1), estará sometido a los controles ordinarios (gubernativo y jurisdiccional); y en este último, a las reglas de la suspensión contempladas en el artículo 152 del Código Administrativo; y porque en el evento de su numeral 2, la acción que se instaura contra el definitivo que se quiere ejecutar gobernará los efectos ejecutorios del mismo y enervará la decisión del incidente preventivo.

"'En otras palabras, esa suspensión requiere para su operancia, en el evento del numeral 2 que el que se pretende ejecutar no se haya ejecutado ni impugnado jurisdiccionalmente.

"'...Y como incidente autónomo o separado que es (es más técnico hablar de un proceso cautelar especial) no cabe pensar que siga el mismo procedimiento que se utiliza para la impugnación ordinaria de los actos administrativos propiamente tales...'

"Conforme lo antes expresado, es forzoso concluir que la petición formulada por el señor apoderado del demandante Pablo Escobar Gaviria tiene un carácter de petición principal de suspensión provisional, no supeditada a una petición principal de nulidad, y que por tal razón en su definición es menester estudiar en el fondo todas las cuestiones que se han planteado, y analizar igualmente todas las probanzas que se han aducido para la demostración de los hechos sustentantes de las mismas. Por eso precisamente al avocar el suscrito Consejero el conocimiento del presente asunto, dispuso en el primer auto allegar a las diligencias todos los documentos y pruebas relacionadas por el señor apoderado del actor.

"Se procede entonces al estudio de fondo del asunto.

"Como se ha visto, se acusa el auto de detención dictado el 5 de enero de 1988 por el señor Ministro de Justicia con fines de extradición y en cuanto hace al señor Pablo Escobar Gaviria, de cuyo texto ya se hizo la transcripción literal. Y se pide la suspensión provisional en prevención del mismo, por considerarse que viola el artículo 28 de la Convención de Viena y el artículo 26 de la Constitución Nacional en el concepto que expresa en su demanda y al cual ya se ha hecho referencia en esta providencia.

"Como ya se dijo también, por medio del acto acusado el señor Ministro de Justicia dispuso la detención con fines de extradición entre otras personas la del demandante. Con ello se atendió petición formulada por la Embajada de los Estados Unidos de América a través del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. Y conforme consta así mismo en la providencia acusada, ella se apoya en la denominada Convención Multilateral sobre extradición suscrita en Montevideo el 26 de diciembre de

1933 por varios países, entre ellos la República de Colombia y los Estados Unidos de América. Dicha Convención fue aprobada en Colombia por la Ley 74 de 1935.

"En la demanda se sostiene que la Convención de Montevideo es aplicable actualmente en la legislación colombiana para los efectos ejercidos por el Ministerio de Justicia, que tiene que ver con el auto de detención provisional con fines de extradición. Que si bien el Tratado de extradición celebrado entre Colombia y los Estados Unidos en el año de 1979 no puede ser aplicado actualmente en nuestro país, a nivel internacional la situación es bien distinta por cuanto no se ha presentado ninguna de las formas previstas para que pueda darse por terminado el Tratado en comento.

"La extradición.

"El instituto de la extradición, mediante el cual puede lograrse que un Estado haga entrega a otro de una persona acusada de la comisión de infracciones de índole criminal, que se encuentre en el territorio del primero, para que se le pueda juzgar, implica según los tratadistas de la materia un acto de asistencia jurídica internacional, según unos o de reciprocidad jurídica según otros, y se halla regido por una serie de principios admitidos con carácter de generalidad en la normatividad aplicable, siendo uno de ellos el de la especialidad, según el cual el Estado que recibe al sujeto no puede verbigracia extender el enjuiciamiento ni la condena a hechos distintos, ni a infracciones diversas de las que específicamente motivaron la extradición.

"El Código Penal Colombiano en su artículo 17 dispone que 'la extradición se solicitará, concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos. A falta de estos el Gobierno solicitará, ofrecerá o concederá la extradición conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal. La extradición de colombianos se sujetará a lo previsto en tratados públicos. En ningún caso Colombia ofrecerá la extradición de nacionales, ni concederá la de los sindicados o condenados por delitos políticos'.

"Por manera que con una mayor concreción a los fines que aquí interesan, las condiciones, el procedimiento y los efectos de la extradición se regirán en primer término por lo convenido en los tratados, lo que quiere decir que el Tratado de extradición es para los extraditables, la ley con toda prioridad aplicable, hasta el punto de que la ley penal del país en que ha de juzgarse la persona sólo rige bajo la condición previa del convenio, estando en cierta forma las leyes penales subordinadas al Tratado, pues según los expertos en la materia, el Tratado de extradición debe considerarse parte constitutiva de la legislación colombiana y, por ende, con fuerza suficiente para regular la materia que rige en lo que se refiere a las relaciones internacionales entre los Estados contratantes.

"Numerosas definiciones se han dado sobre la extradición, como la de Manzini, Maggiore, Cuello Calón, Jiménez de Asúa, etc., quienes han expresado además su criterio sobre tan interesante instituto del derecho internacional.

"Tratados de extradición.

"Desde el siglo pasado Colombia ha suscrito y ratificado numerosos Tratados de extradición tanto bilaterales como multilaterales. El primero de ellos fue el de 1888 que fue modificado y adicionado en el año de 1940. Posteriormente en 1902 y en 1911 suscribió otros tratados y el 26 de diciembre de 1933 suscribió la Convención Multilateral de Montevideo sobre extradición, ratificada por medio de la Ley 74 de 1935. En 1979 se suscribió entre Colombia y los Estados Unidos el Tratado de extradición, el cual fue aprobado por la Ley 27 de 1980. En él se consagró el principio general en virtud del cual se somete a la voluntad de las partes el conceder o no la extradición de sus nacionales, haciéndola solamente obligatoria en dos casos: a) Cuando el delito comprenda actos que se hayan realizado en el territorio de ambos estados con la intención de que sea consumado en el Estado requirente, y b) Cuando la persona cuya extradición se solicita haya sido condenada en el Estado requirente por el delito por el cual es solicitada en extradición. La Ley 27 de 1980 que aprobó el Tratado fue declarada inexequible por la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de diciembre de 1986. El Gobierno nacional pretendió incorporar al Derecho Interno el aludido Tratado de extradición luego de la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 27 de 1980 por medio de la Ley 68 de 1986; pero más tarde, nuevamente la Corte Suprema en sentencia de 25 de julio de 1987, declaró inexequible la Ley 68 en mención.

"El Gobierno nacional venía atendiendo las solicitudes de extradición de ciudadanos colombianos de acuerdo con las previsiones del Tratado suscrito entre Colombia y los Estados Unidos en el año de 1979, Tratado aprobado por la Ley 27 de 1980; esto es, dándole preeminencia al derecho internacional sobre la legislación interna del país.

"Pero después de la declaratoria de inexequibilidad de las Leyes 27 de 1980 y 68 de 1986, la actitud del Gobierno en el particular ha sido harto vacilante, hasta el punto de que en el presente no tiene un criterio definido al respecto como claramente se vio en el caso suficientemente conocido del señor Jorge Luis Ochoa Vásquez a quien primero se le dictó un auto de detención con fines de extradición; luego se revocó esa medida y posteriormente nuevamente se le decretó.

"En el caso presente para motivar el auto de detención acusado se dice que las Repúblicas de Colombia y de los Estados Unidos de América suscribieron junto con otros países la denominada Convención Multilateral sobre extradición, firmada en Montevideo el día 26 de diciembre de 1933, aprobada por la Ley 74 de 1935; y que el Convenio en mención, en su artículo 10 permite al Estado requirente en este caso los Estados Unidos

de América, solicitar por cualquier medio de comunicación la detención provisional con fines de extradición, de las personas contra quienes exista por lo menos una orden de detención proferida por autoridad competente del país requirente. Pero, podía el Gobierno decretar la detención provisional del demandante con fundamento en el Tratado Multilateral de Montevideo? Para el suscrito Consejero la respuesta es negativa. Veámoslo:

"La Convención sobre extradición suscrita en Montevideo el 26 de diciembre de 1933 en su artículo 21 dijo expresamente lo siguiente:

" 'La presente Convención no abroga ni modifica los Tratados bilaterales o colectivos que en la fecha del actual estén en vigencia entre los Estados signatarios. No obstante, si alguno de aquellos dejara de regir, entrará a aplicarse de inmediato la presente Convención entre los Estados respectivos, en cuanto cada uno de ellos hubiere cumplido con las estipulaciones del artículo anterior'.

"El Tratado de extradición suscrito entre Colombia y los Estados Unidos de América el 14 de septiembre de 1979, expresa en el artículo 21:

" '1. El presente Tratado estará sujeto a su ratificación; los instrumentos de ratificación serán canjeados en Washington tan pronto como sea posible.

" '2. El presente Tratado entrará en vigor en la fecha de canje de los instrumentos de ratificación.

" '3. Al entrar en vigor este Tratado quedarán derogadas la Convención de extradición recíproca de delincuentes, firmada el 7 de mayo de 1888 y la Convención adicional de extradición, firmada el 9 de septiembre de 1940, entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América; pero si un procedimiento de extradición está pendiente en el Estado requerido en la fecha en que el presente Tratado entre en vigor, continuará sujeto a los Tratados anteriores.

" '4. Cada una de las partes podrá dar por terminado este Tratado en cualquier momento, previa comunicación a la otra parte contratante y la terminación tendrá efecto seis meses después de la fecha de recepción de dicha comunicación'.

"Vigencia de los Tratados.

"Dentro del estudio que se viene haciendo en torno a los Tratados de extradición conviene ver lo relativo a su vigencia en el tiempo como aspecto de suma trascendencia para la determinación del instrumento aplicable en el caso que ocupa nuestra atención. Para ello veamos lo que dice el internacionalista Germán Cavelier en su obra 'El Régimen Jurídico de los Tratados Internacionales en Colombia', segunda edición, páginas 384 y 385:

" 'Cuando el Presidente de Colombia celebra un Tratado y lo perfecciona con la otra parte y el Tratado entra en vigencia

respecto de todas las partes de él, el Estado colombiano está obligado al inmediato cumplimiento de lo acordado en el Tratado.

" 'Pero la fecha del acta de canje o depósito de las ratificaciones, y por lo tanto el momento en que el Tratado entró en vigencia, no es conocido por los ciudadanos de Colombia y es necesario que el Presidente se lo haga saber por medio de la promulgación para que estos ciudadanos queden así mismo obligados a cumplir con lo estipulado en el Tratado o puedan reclamar los derechos que para ellos puedan resultar del Tratado. Así mismo, las autoridades de la Rama Ejecutiva, las de la Legislativa y las de la Judicial, han de tener conocimiento de la vigencia del Tratado para acomodar su conducta a lo estipulado en él.

" 'La Ley 7ª de 1944 considera que un Tratado, Convenio, Convención, Acuerdo, Arreglo u otros actos internacionales son ley internacional cuando han sido perfeccionados por el Gobierno mediante el canje de ratificaciones o el depósito del instrumento de ratificación u otra formalidad equivalente.

" 'La misma Ley 7ª de 1944 considera que un Tratado, Convenio, Convención, Acuerdo, Arreglo u otros actos internacionales perfeccionados por el Gobierno mediante el canje de ratificaciones o el depósito de los instrumentos de ratificación u otra formalidad equivalente, se considerará ley interna cuando han sido aprobados por el Congreso y promulgados por el Presidente, en la forma prevenida en esa ley, tan pronto como sea perfeccionado el vínculo internacional que ligue a Colombia por medio del Tratado.

" 'La expedición y publicación del decreto de promulgación del Tratado hace que éste entre en vigencia respecto de los demás órganos del Estado y respecto de todos los ciudadanos, hecho que regularmente acontece, según la ley, a los dos meses de la promulgación. El decreto de promulgación debe decir desde cuándo rige el Tratado internacionalmente, pero no puede obligar a sus ciudadanos a cumplirlo retroactivamente al fijar la fecha de vigencia internacional con anterioridad al decreto de promulgación, y solamente puede obligar su observancia a partir de la promulgación.

" 'Así, pues, entre el momento de vigencia del Tratado entre las partes contratantes y el de su vigencia para los ciudadanos colombianos, transcurre un mínimo de tiempo de dos meses.

" 'Ese decreto de promulgación marca el momento de la vigencia del Tratado para los ciudadanos de Colombia, es decir, le da el efecto imperativo de toda ley.

" 'A pesar de la terminología usada por la Ley 7ª de 1944, y de su distinción entre ley internacional y ley interna, la ley contenida en el Tratado internacional entra en vigencia primero entre las partes en el momento de canje o depósito de las ratificaciones, y luego respecto de los ciudadanos colombianos mediante la promulgación, pero es una sola y única ley. No es necesario como lo creen los ignorantes, un acto específico del

Estado colombiano para convertir en derecho interno el contenido del Tratado internacional, o sea lo que ellos llaman la incorporación del derecho internacional en el derecho interno. La ley internacional del Tratado tiene dos momentos sucesivos de vigencia, primero entre las partes y luego respecto de los ciudadanos colombianos, vigencia sucesiva que resulta de la misma naturaleza de las cosas ya que primero es menester crear un vínculo internacional y luego volverlo obligatorio también para los ciudadanos colombianos mediante su promulgación'.

"Y sobre la extinción de los tratados dice el mismo internacionalista en la obra citada:

" 'La doctrina distingue cuatro causas de extinción de los tratados internacionales. La voluntad de las partes (abrogación); la manifestación de voluntad de uno de los contratantes (denuncia); la ocurrencia de ciertos eventos (guerra o cambio de circunstancias); y la revisión.

" 'Denuncia. Los tratados internacionales también pueden terminar por la manifestación de la voluntad de uno de los contratantes que puede tener lugar a través de la denuncia o de la renuncia.

" 'Tres casos distingue la doctrina: (i) La denuncia hecha sobre la base de una cláusula convencional que la autorice; (ii) La declaración de caducidad, por medio de la cual el Estado de quien emana afirma o, por lo menos presupone la existencia de una causa de caducidad del Tratado; y (iii) La repudiación del Tratado, que reposa sobre motivos políticos y que es inoperante en derecho pero que crea una situación de hecho que puede dar lugar a negociaciones'.

"Pues bien, el Tratado de extradición suscrito entre Colombia y los Estados Unidos de América en el año de 1979 rige a plenitud en nuestro país máxime que se había negociado, acordado y perfeccionado con todos los requisitos necesarios para su validez a la luz de las normas del Derecho Internacional. La Corte Suprema de Justicia como ya lo vimos declaró la inexequibilidad de la Ley 27 de 1980 aprobatoria del mismo y luego declaró también la inexequibilidad de la Ley 68 de 1986 con la cual se había pretendido su nueva vinculación a la legislación colombiana. Pero este hecho no le quita valor al Tratado como tal, y solamente queda pendiente de un requisito para su aplicabilidad en Colombia: La ley aprobatoria. Esa circunstancia no le resta vigor a su vigencia misma y mucho menos a nivel internacional, puesto que ninguna de las formas de extinción del convenio se ha dado aquí o al menos en el expediente no existe constancia alguna en ese sentido.

"Si bien en la actualidad el Tratado de extradición con los Estados Unidos está vigente, él no puede ser aplicado en nuestro medio por faltarle el requisito de su aprobación parlamentaria. A la luz del Derecho Internacional, se repite, conserva su plena

vigencia por lo mismo que no se han dado ninguna de las formas previstas para su terminación conforme al estudio que hace el profesor Cavelier a que aquí se ha hecho alusión.

"Además, en el propio texto del Tratado, en su artículo 21 está prevista, en su numeral 4º la forma de dar por terminado el convenio, así:

" 'Cada una de las partes contratantes podrá dar por terminado este Tratado en cualquier momento, previa comunicación a la otra parte contratante y la terminación tendrá efecto seis meses después de la fecha de recepción de dicha comunicación'.

"Para esta Sala es inexplicable que el Gobierno colombiano acuda a otro Tratado para el trámite de las extradiciones y más inexplicable aún que no haya denunciado el Tratado de extradición con los Estados Unidos, si es que no está en su voluntad aplicarlo, y que en cambio acuda de modo supletorio a otro mecanismo para la extradición.

"Es cierto que el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno de un país, y que como la extradición según se ha visto, se solicita, concede u ofrece de acuerdo con los tratados públicos, deben estos en consecuencia observarse en forma rigurosa sin que interese que ellos de pronto se encuentren en contra de alguna disposición de derecho interno. Y en el caso concreto el Tratado de extradición suscrito con los Estados Unidos en el año de 1979, mientras él no sea denunciado por alguna de las partes o sufra una modificación por mutuo acuerdo de los dos Estados, no le queda más remedio a Colombia, en virtud del principio *pacta sunt servanda,* que cumplirlo fielmente y de buena fe.

"Producida la inexequibilidad de las leyes aprobatorias del Tratado de extradición, el Gobierno ha debido proceder a someter a consideración del Congreso de la República un nuevo proyecto de ley aprobatoria del Tratado, así se diga que nuestro Congreso no tiene la voluntad política para abordar su estudio; puesto que el Gobierno frente a sus compromisos internacionales cumpliría cabalmente tomando esa decisión política. Claro que como lo advierte el profesor Marco Gerardo Monroy Cabra (Conferencia sobre Régimen Jurídico de la Extradición. Universidad del Rosario), 'la ley aprobatoria de un tratado es un simple requisito y no conlleva la ratificación que es posterior, ni esto implica la entrada en vigor que sólo se produce en la forma señalada en el Tratado'.

"Y es que el aspecto más delicado que se aprecia en el problema que se analiza, radica en el hecho de que como instrumento para la extradición el Convenio de Montevideo no puede ser utilizado puesto que este Convenio, de modo categórico y taxativamente en su artículo 21, prescribe que no es aplicable sino en ausencia de tratados bilaterales o colectivos. Y es de toda evidencia, conforme al estudio que aquí se ha hecho, que el Tratado de extradición celebrado entre Colombia y los Estados Unidos de América en el año de 1979 está vigente. Es un hecho

cierto que en el momento en que Colombia y los Estados Unidos firmaron y ratificaron la Convención de Montevideo el 26 de diciembre de 1933, estaba rigiendo el Tratado de extradición con los Estados Unidos de 1888, reafirmado, modificado y adicionado en cuanto a la lista de los delitos en el año de 1940; luego la Convención de Montevideo no podía regir en ese momento porque estaba clara la voluntad inequívoca de que continuara la vigencia del Tratado de 1888.

"En el año de 1979 Colombia y los Estados Unidos firmaron un nuevo Tratado de extradición, el cual fue aprobado por medio de la Ley 27 de 1980. En el artículo 21 del mismo, como también ya se ha visto, se derogó expresamente la Convención de extradición recíproca de delincuentes firmada el 7 de mayo de 1888 y la Convención adicional de extradición firmada el 9 de septiembre de 1940 entre Colombia y los Estados Unidos. De suerte pues, que una vez más de modo claro y nítido se sentó implícitamente la voluntad de no regir el manejo del problema de la extradición por la Convención de Montevideo, sino por el nuevo Tratado que como vimos derogó expresamente el de 1888 y el Convenio adicional de 1940.

"Consecuencialmente, no se ha presentado la situación prevista en el artículo 21 de la Convención de Montevideo, pues, no empece a la derogatoria expresa del Tratado de 1888, ese convenio no se aplicó, sino el Tratado de 1979 que sustituyó el de 1888.

"Corolario obligado de todo lo visto anteriormente, es que contra el demandante señor Pablo Escobar Gaviria no podía dictarse auto de detención con fines de extradición, con fundamento en el artículo 10 de la Convención de Montevideo, puesto que ésta nunca ha podido operar en la práctica por haber existido siempre tratados bilaterales sobre la materia.

"El Ejecutivo nacional no debe dejar pasar los meses sin tomar la iniciativa para despejar el camino de la extradición. Frente a la situación creada con la inexequibilidad de las Leyes 27 de 1980 y 68 de 1986, lo lógico hubiera sido que el Gobierno sometiera al Congreso Nacional el estudio de un nuevo proyecto de ley aprobatoria del Tratado, o denunciar el Tratado de 1979, ya que como lo afirma Alfredo Vásquez Carrizosa 'un tratado debe cumplirse como lo exige el Derecho Internacional en el aformismo «*pacta sunt servanda*» o, de lo contrario, proceder a la denuncia o revisión del mismo instrumento'.

"*Artículo 26 de la Constitución Nacional.*

"El artículo 26 de la Constitución Nacional fue invocado como violado por el señor apoderado del demandante. Dicha norma prescribe lo siguiente:

" 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

" 'En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable'.

"El primer inciso de la norma transcrita consagra el 'debido proceso'. Las garantías procesales establecidas por el artículo 26 del estatuto constitucional deben funcionar en todo tiempo; así lo tienen establecido tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado. Y esa operancia lo debe ser no solamente por mandato de los principios universales que presiden la administración de justicia, sino también porque su vigencia en modo alguno está condicionada a que exista normalidad jurídica en el territorio nacional. No, el artículo 26 de la Carta es un precepto de aplicación obligatoria para toda clase de procedimientos cualquiera que sea la época en que éste se adelante, de normalidad o de anormalidad jurídica. Esta norma, ha dicho el Consejo de Estado, es una garantía de la libertad individual y del ejercicio de los derechos que de ella emanan: El juzgamiento conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Juez competente y observándose la plenitud de las formas propias de cada juicio. Y así, toda actividad contraria a la regulación que hace la ley, constituye una conducta antijurídica que acarrea consecuencias desfavorables a quien procede con pretermisión del orden jurídico. El artículo 26 de la Constitución, pues, prohíbe que sin sujeción a las reglas del procedimiento se juzgue, y bien puede afirmarse que en el caso de autos no permite que se actúe con apego a un Tratado, o a un convenio multinacional que jurídicamente no puede servir de base para procederse en el terreno de la extradición.

"Las actuaciones cumplidas en el presente asunto y conforme el análisis que en los párrafos anteriores se ha hecho, están resentidas de inconstitucionalidad por cuanto el auto de detención provisional controvertido, con fines de extradición, se ha dictado con fundamentos jurídicos que no pueden ser invocados, como es la Convención sobre extradición de Montevideo que fue objeto de análisis por el ponente.

"Y la situación jurídica que se ha patentizado, es apenas obvio que en los desarrollos posteriores del proceso de extradición del señor Pablo Escobar Gaviria, va a traducirse a la postre en la producción de un acto administrativo definitivo, como sería el contentivo de la extradición del citado Escobar Gaviria, viciado de inconstitucionalidad, configurándose entonces a plenitud la situación planteada en el numeral primero del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo que impone la suspensión ciudadano mencionado.
provisional en prevención del acto preparatorio o de trámite que dispuso la detención provisional para fines de extradición del

"Sabemos que Colombia es un Estado de Derecho y que la legalidad imperante no puede desconocerse por ningún motivo, ni aún con el pretexto de la conveniencia pública como alguien lo ha sugerido recientemente. Rindiéndole culto a la ley se pone a salvo el prestigio de nuestras instituciones democráticas y se restablecen los principios que le prestan contenido y fuerza.

"No se desconoce la magnitud del problema del narcotráfico; sus consecuencias morales son terribles en corrupción, muerte y desolación. Y entendemos que en Colombia se está viviendo una hora crucial estando todos con el deber apremiante de secundar a nuestros gobernantes en la tarea de mantener el orden dentro de la ley sobre todo para librar al país de las continuas acechanzas a que lo han expuesto los grupos delincuenciales. La sociedad puede y debe albergar la certidumbre de que los pasos que dé el Gobierno en la lucha contra el delito cuentan con el sólido respaldo de toda la opinión sana y sensata de Colombia, por el sincero convencimiento que tiene de que en esta forma se pondrá a salvo el prestigio de nuestras instituciones democráticas y se mantendrán incólumes los principios que le prestan contenido y fuerza a nuestro Estado de Derecho".

IV. Alegato del señor Ministro de Justicia:

En pro de la infirmación de la providencia suplicada aduce las siguientes razones:

1. Falta de competencia.

A. Del honorable Consejo de Estado para "conocer de asuntos de naturaleza puramente policiva".

Y al efecto razona de la siguiente manera:

Según el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se limita a juzgar las controversias originadas en actos o hechos. Y en su incio 3º previene que dicha jurisdicción "no juzgará las providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil, ni las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario".

Constituye orden ineludible para el Ministerio de Justicia, al tenor del artículo 666 del Código de Procedimiento Penal decretar la detención de la persona solicitada por el Estado requirente cuando éste así lo demande, mediante los requisitos establecidos en dicha norma, a saber: Plena identidad de la persona, haberse proferido contra ella sentencia condenatoria o auto de comparecencia en juicio y la urgencia de la medida.

En realidad se trata de una simple orden policiva de captura, como medida de seguridad, encaminada a no hacer inocua la investigación y el proceso penal correspondiente iniciado y culminado en el país extranjero.

La actuación del Ministerio de Justicia en este evento se limitó a verificar el cumplimiento de los requisitos formales del artículo 666

del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual al ordenar tal captura no se produce un acto de decisión voluntaria, producto de un juicio de valor, como lo reconoce la providencia recurrida.

Tampoco el acto enjuiciado es preparatorio o de trámite porque es una medida independiente y provisional que no incide en forma alguna sobre la decisión de conceder o no la extradición.

Es independiente en estas dos hipótesis: Habiéndose dictado la detención provisional es viable que la extradición no se conceda. "Más contundente es el caso contemplado en la ley, que permite ordenar la extradición de una persona a quien antes se haya solicitado por el país requirente y decretado por el país requerido su detención preventiva en los términos del asunto de autos, vale decir, mediante nota verbal y orden de captura".

Su índole provisional se infiere del artículo 668 del Código de Procedimiento Penal que ordena dejar en libertad al capturado si dentro de los 60 días siguientes a la fecha de su detención no se hubiere formalizado la petición de extradición, o si concedida el Estado requirente no procede a su traslado en el término de treinta días a partir de la fecha en que sea puesto a disposición del mismo.

B. Competencia excluyente de la Sala de Casación Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia.

El honorable Consejo de Estado carece de competencia por cuanto que el procedimiento de la extradición está regulado por unas normas según las cuales la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, debe emitir un concepto previo como mecanismo para velar por la decisión que se adopte. El concepto desfavorable de la Corte debe ser acatado por el Gobierno nacional.

En el auto suplicado se ha omitido concepto favorable sobre la juridicidad de la extradición del señor Pablo Escobar Gaviria, materia que es de la privativa competencia de dicha Sala Penal.

Al efecto se citan las providencias del Consejero ponente en la presente súplica de 25 de noviembre de 1987 y los conceptos del honorable Magistrado de la Corte, doctor Edgar Saavedra de 17 de febrero de 1987 y 22 de enero de 1988.

2. Inepta demanda y violación de normas procesales.

Es inepta la demanda por las razones que se pasan a expresar:

La acción de suspensión provisional en prevención es inexistente, porque no está consagrada en el Código Contencioso Administrativo.

Por el contrario, los artículos 152 a 159 del Código Contencioso Administrativo (Título XVII) configuran como contexto normativo el fenómeno jurídico de la suspensión provisional como medida cautelar e incidental, accesoria a una de las acciones establecidas en el Título XI de la misma obra.

Por ello el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo que consagró la acción de nulidad dispone que esta acción procede contra

los actos de carácter definitivo, excepcionalmente contra los preparatorios, de trámite y de ejecución en los casos de los artículos 50, 88 y 153 *ibídem*.

El hecho de que sea una suspensión en prevención no implica que deje de ser provisional, accesoria e incidental, pues según el artículo 84 citado es forzoso ejercer la acción de nulidad o la de restablecimiento que implica nulidad para poder solicitar la referida suspensión.

Se viola el derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Carta Política si se considera que en nuestro sistema procesal existe la acción autónoma de la suspensión provisional en prevención, sin relación jurídico procesal, sin auto admisorio de la demanda, sin controversia sobre las pruebas aducidas, sin notificación a los representantes de la Administración en forma personal. Además, de acuerdo con el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, la solicitud de toda suspensión provisional debe hacer parte de la demanda o formularse en escrito separado de ésta antes de dictarse auto admisorio de aquélla.

Como se persigue la suspensión de un acto administrativo, un acto preparatorio o de trámite, el auto que la decreta o niega no puede eliminar ni precluir toda actuación posterior porque ello implicaría que una situación jurídica permaneciera indefinida, contrariando uno de los principios esenciales de la organización jurídica, esto es, la seguridad jurídica.

De lo anteriormente dicho, en suma surgen las infracciones de los artículos 84, 207, 137 y 143 del Código Contencioso Administrativo.

Por último, el auto suplicado va más allá de una simple comparación formal entre la norma acusada y la que se dice violada. En efecto: Sin darse la violación manifiesta del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo en aquél se presenta un elaborado análisis del Tratado de extradición de Montevideo.

3. Vigencia y aplicabilidad de la Convención de Montevideo.

Al respecto discurre así:

"El auto de Sala Unitaria suplicado sostiene que el acto definitivo de extradición sería inconstitucional por violación del artículo 28 de la Convención de Viena y 26 de la Carta. Para llegar a esta conclusión el Consejero sustanciador se apoya en la consideración de que, no obstante haber sido declaradas inexequibles las Leyes 27 de 1980 y 68 de 1986, aprobatorias del Tratado celebrado con Estados Unidos, éste es el único instrumento aplicable a la extradición de colombianos a los Estados Unidos, lo que hace injurídico, en sentir del honorable Consejero ponente la aplicación de la Convención Multilateral de Montevideo.

"Discrepamos con todo respeto de esta apreciación:

"La Convención Multilateral suscrita por Colombia con otros países americanos en Montevideo en 1933, tiene vigencia tanto en el orden jurídico interno como en el plano jurídico interna-

cional. En efecto, a nivel interno cabe anotar que esta Convención fue aprobada por Colombia mediante la Ley 74 de 1935 y depositado el instrumento de ratificación el 22 de julio de 1936. A nivel internacional esta Convención tiene vigencia como quiera que no ha sido denunciada ni se ha producido ninguna de las otras causales de terminación. La vigencia de la Convención ha sido certificada por la Cancillería colombiana, entidad en capacidad legal de acreditarla.

"Corresponde al Presidente de la República, de acuerdo con lo previsto en el numeral 20, del artículo 120, de la Constitución Política, dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás Estados. En este orden de ideas, es el Ministerio de Relaciones Exteriores quien, de acuerdo con la ley, Decreto extraordinario 2017 de 1968, determina si un Tratado público se encuentra vigente o no.

"Esta función no la ejerce el Ministerio de Justicia quien, por tal razón, fundamentó el auto demandado en una certificación que para tal efecto expidió el Ministerio de Relaciones Exteriores. Es importante resaltar que tal certificación, documento público aportado como prueba al proceso por petición del Magistrado ponente, no es infirmada, impugnada, ni cuestionada en aparte alguno de la providencia recurrida, aspecto significativo si se tiene en cuenta que tal certificación es el verdadero soporte legal del auto de 5 de enero de 1988 emanado del Ministerio de Justicia.

"Si lo que se quiere es controvertir la vigencia de la Convención Multilateral de Montevideo ha debido atacarse la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores y no el Auto de enero 5 de 1988, el cual se limita a invocar dicha certificación, la cual está amparada en la presunción de legalidad que no ha sido desvirtuada.

"Aplicabilidad de la Convención para extraditar nacionales a los Estados Unidos:

"Se cuestiona la aplicabilidad de la Convención para extraditar nacionales a Estados Unidos, entre otros, con los siguientes argumentos:

"La vigencia de un Tratado bilateral: Se ha sostenido que la Convención de Montevideo no puede aplicarse con relación a los Estados Unidos por cuanto el Tratado multilateral se aplica en subsidio de un Tratado bilateral.

"Como el Tratado bilateral de extradición entre Colombia y Estados Unidos no ha perdido vigencia a nivel internacional, se dice que no es posible aplicar el multilateral.

"Esta apreciación es errada frente al texto expreso del artículo 21 del Tratado de Montevideo. En efecto, la disposición reza así:

"Artículo 21. 'La presente Convención no abroga ni modifica los tratados bilaterales o colectivos que en la fecha del actual estén en vigor entre los Estados signatarios. No obstante, si alguno de aquellos dejara de regir, entrará a aplicarse de inmediato la presente Convención entre los Estados respectivos, en cuanto cada uno de ellos hubiere cumplido con las estipulaciones del artículo anterior'.

"Como se ve del texto transcrito la regla que allí se establece es que la Convención multilateral no se aplica si existen tratados bilaterales suscritos con 'anterioridad' a la vigencia de la Convención multilateral de 1933, mas no hace referencia a la vigencia de tratados bilaterales que se hubieran suscrito con 'posterioridad'. Por ello no puede alegarse válidamente frente al texto expreso de la norma que por la existencia de un tratado bilateral 'posterior' sea imposible aplicar el multilateral.

"Además, en aras del sentido finalístico de las normas, debe anotarse que el alcance del artículo 21 es el de permitir la aplicación de la Convención multilateral cuando no es posible aplicar el tratado bilateral, con el fin de lograr su objeto, en armonía con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre la interpretación de los tratados.

"También se argumenta que al derogar expresamente, mediante el Tratado de 1979 las Convenciones de 1888 y 1940, Colombia y Estados Unidos estaban demostrando la voluntad implícita 'de no regir el manejo del problema de la extradición por la Convención de Montevideo, sino por el nuevo Tratado...' Al respecto es conveniente recordar que de conformidad con el Derecho Internacional Positivo, y expresamente con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de la que Colombia es parte, para modificar tratados multilaterales entre alguna de las partes, deberá preceder a tal modificación la notificación a las demás partes de la intención de hacerlo y de la modificación que en el nuevo acuerdo se disponga (art. 41, Convención de Viena).

"La regla consagrada en esta disposición excluye por lo tanto cualquier posibilidad de terminación de un tratado o suspensión de su aplicación implícitas como consecuencia de la celebración de un tratado posterior. En efecto, la regla de la terminación de un tratado o suspensión de su aplicación implícitas exige como requisitos que sean todas las partes del tratado anterior las que intervengan en el que se celebre con posterioridad y que, por otra parte se den las demás condiciones previstas en la norma (art. 59 *ibídem*).

"En consecuencia, a la luz del derecho internacional, es inadmisible la modificación de un tratado multilateral entre algunas de las partes sin previa notificación de las demás partes, de su intención y del contenido de ésta.

"No obra en el proceso demostración alguna de que la intención de Colombia y de los Estados Unidos al celebrar el Tratado bilateral de extradición de 1979 hubiera sido la de mo-

dificar el artículo 21 de la Convención de extradición de 1933, artículo que contiene la regla aplicable a las relaciones entre sus disposiciones y las de otros tratados relacionados con la misma materia. Y mal podría obrar, puesto que no hubo manifestación de tal intención en los términos exigidos por el Derecho Internacional Positivo.

"De conformidad con el artículo 21 de la Convención sobre extradición de 1933, en el momento en que dejó de regir la Convención de extradición recíproca de delincuentes de 1888 y la Convención adicional de extradición de 1940, se hizo viable la aplicación de la Convención de 1933. Coexisten, por lo tanto, dos tratados vigentes que regulan la extradición entre Colombia y los Estados Unidos. El Tratado posterior, el de 1979, ni modifica ni abroga la Convención, en consecuencia, ésta es aplicable en la medida en que sus disposiciones no son incompatibles con las del tratado bilateral (art. 30 *ibidem*).

"A este respecto la Sala de Consulta del honorable Consejo de Estado, en concepto emitido el 31 de marzo de 1987, siendo Consejero ponente el doctor Humberto Mora Osejo, al absolver consulta sobre la materia, hecha por el señor Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, expresó:

"'...5º El Tratado celebrado entre Colombia y Estados Unidos, por ser posterior y tener carácter especial para los dos países, según el artículo 30 de la Convención de Viena —sobre el derecho de los tratados— que fue aprobada por Colombia mediante la Ley 32 de 1985, prevalece en cuanto a su contenido, sobre la Convención Interamericana aprobada por la Ley 74 de 1935. Sin embargo, ésta también debe aplicarse «en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con el tratado posterior»'.

"De conformidad con lo expresado anteriormente, claramente se colige la no inconstitucionalidad del futuro acto definitivo de extradición o no extradición".

4. Inaplicabilidad de la suspensión provisional en prevención.

Aún aceptándose en gracia de discusión que el auto de detención es un acto de mero trámite, no se ha logrado probar que el acto definitivo que se produjera dentro del proceso sea inconstitucional o ilegal, ni que carezca de recurso alguno.

En el último sentido se ha pronunciado el Consejero ponente de esta súplica.

Además, contra la resolución que niega o concede una extradición procede el recurso de reposición, según el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo. En varios casos en que el Gobierno colombiano ha aceptado una petición de extradición los interesados han interpuesto el recurso de reposición contra la resolución ejecutiva correspondiente y al efecto se citan en tal sentido algunos.

V. Alegato del señor apoderado de la parte actora:

Solicita la confirmación del auto recurrido y al efecto ofrece los siguientes argumentos:

Competencia del Consejo de Estado.

El acto enjuiciado no es "providencia dictada en juicio policivo de carácter penal".

En efecto:

"a) En la tradición jurídica de nuestro país ha predominado la adopción de los sistemas administrativos, aunque en algunas ocasiones se ha previsto la participación accidental de los órganos de la justicia. La razón fundamental para que se establezca preferencialmente el trámite administrativo en los distintos tratados, es la de que en estos se suele dejar al arbitrio del Gobierno el acceder o no a la extradición de nacionales, y siendo ello así, carece de sentido la participación de cualquier otra rama del Poder Público en el trámite de la petición. En otras palabras, resulta notoriamente incompatible la *discrecionalidad* reconocida al Gobierno para conceder o negar una extradición, con la obtención de un concepto vinculante de una autoridad judicial.

"El proceso de extradición es un proceso administrativo *sui géneris*, porque adelantándose fundamentalmente por la administración pública nacional, a través del Ministerio de Justicia, en virtud del requerimiento del Gobierno de otro Estado, con la eventual o no participación de la Corte Suprema de Justicia, en ambos casos *no juzga*, sino que conceptúa sobre la procedencia de la medida de acceder a la petición del Estado requirente. Por ello, no se puede decir que se esté en presencia de un proceso penal de los atribuidos a la competencia de los Jueces penales ordinarios, en donde se juzgue o determine sobre la responsabilidad penal de una persona, ya quien hace ese juzgamiento es un Juez del Estado requirente, y no Juez colombiano;

"b) No es un proceso policivo de naturaleza penal, no obstante que la regulación del proceso de extradición esté contenida en el Código de Procedimiento Penal, porque como lo ha dicho el propio Consejo de Estado:

" 'Hay juicio policivo de naturaleza penal, cuando se trata de *contravenciones* que violan una norma protectora de un precepto penal, sin afectar el derecho mismo, pero que conllevan la amenaza de un daño. Estos hechos, generalmente, están previstos en los códigos departamentales de policía, y dan lugar a juicios que terminan en una decisión jurisdiccional de la policía, verdaderas sentencias, excluída, así mismo, de manera expresa del control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa' (ver *Anales*, Tomo LV, pág. 151, y auto de 2 de febrero 1962. *Anales*, Tomo LXIV, pág. 264).

"Y, es claro que en este evento, no se está responsabilizando a la persona cuya extradición se solicita de una contravención

—que no daría lugar a la extradición— sino de uno o de varios delitos, y cuyo juzgamiento adelanta, no una autoridad colombiana, sino un Juez de otro Estado;

"c) Hoy no existen los denominados *juicios policivos de naturaleza penal* a que se refiere el inciso 3º del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, porque la Corte puso fin a ellos al declarar, en sentencia de 31 de mayo de 1984, la inexequibilidad de los numerales 2º y 3º del artículo 1º de la Ley 2ª de 1984, que reiteraba la competencia de las autoridades de policía para conocer de los delitos de lesiones personales, cuando la incapacidad no excediera de treinta (30) días, y de los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no excediera de treinta mil pesos, por considerar que las autoridades administrativas no pueden administrar justicia, en razón de que ello está reservado a la competencia constitucional de los Jueces de la República;

"d) Estaríamos en presencia en el caso *sub júdice* de un juicio policivo administrativo, es decir, del ejercicio de una competencia de policía administrativa?

"Tampoco, porque el poder de policía tiene por objeto los aspectos relativos al orden público, que son la seguridad pública, la tranquilidad pública, la salubridad pública y la moralidad pública; y la extradición a otro país de un nacional colombiano, para que los Jueces de ese país puedan juzgar al extraditado, no tienen nada que ver con la seguridad, ni con la tranquilidad, ni con la moralidad, ni con la salubridad pública de los colombianos, sino con la eventual comisión de uno o algunos delitos sancionados por la ley penal del país en donde se cometieron;

"e) Pero si aceptáramos en gracia de discusión que se trata de una providencia dictada en un juicio policivo de naturaleza administrativa —no civil o penal— porque tiene que ver con alguno de los factores integrantes del orden público, que hemos mencionado, es claro que existe la competencia del Juez administrativo para conocer de la impugnación de esa providencia, precisamente por ser el ejercicio de un poder de policía administrativa, y no el ejercicio de una competencia penal, que no tiene la policía según la sentencia de la Corte Suprema atrás citada.

"El Consejo de Estado al efecto dijo en sentencia de 12 de septiembre de 1975, ponencia del honorable Consejero Mora Osejo, Extractos de septiembre de 1975:

" 'Los actos dictados en ejercicio del poder de policía relativos al orden público, la tranquilidad, la moralidad; la salubridad y el orden público económico, de creciente ocurrencia en la actividad del Estado contemporáneo, en principio no se excluyen del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa; como actos administrativos que son, están sujetos al control de esta jurisdicción especial, hasta el punto de que existen preceptos, como los artículos 23 del Decreto-ley 2562 de 1968, y 223 del Decreto 444 de 1967, que lo reiteran expresamente... las sentencias

proferidas en los juicios de policía —cuando así se les consideraban especialmente en asuntos penales, observó— se excluyen del control jurisdiccional porque definen provisionalmente una controversia o litigio, en el cual las partes tienen generalmente y hacen valer pretensiones opuestas, mientras la jurisdicción ordinaria lo decide por sentencia que haga tránsito a cosa juzgada material'.

"En igual sentido, la sentencia de 20 de agosto de 1976 de la misma Sección Primera del Consejo, ponencia del mismo Consejero doctor Mora Osejo, Extractos del Consejo de agosto de 1976.

"Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de marzo 29 de 1982, al decidir sobre la exequibilidad del Decreto-ley 2349 de 1971, expresó que providencias relativas al ejercicio de funciones de 'policía administrativa' de naturaleza civil, no deben considerarse como decisiones jurisdiccionales que escapan del control del Juez administrativo, sino que son precisamente providencias dictadas en procesos de naturaleza civil que definen un litigio entre particulares.

"En síntesis, no se está en presencia de un acto o providencia dictada dentro de un proceso policivo de naturaleza penal, ni de un proceso de naturaleza penal, sino de un típico proceso administrativo *sui géneris*, cuyas providencias son controvertibles ante el Juez administrativo".

Procedencia de la acción de suspensión provisional en prevención.

Incurre el suplicante en confusión al tratar de asimilar la figura de la suspensión provisional (art. 152 del C. C. A.) con la figura de la suspensión provisional en prevención (art. 153 del C. C. A.). La primera, acción accesoria y dependiente de una pretensión principal (nulidad y restablecimiento del derecho) procede únicamente contra actos definitivos o contra los preparatorios o de trámite y de ejecución en los casos de los artículos 50, 88 y 153 del Código Contencioso Administrativo. La segunda es acción autónoma y no accesoria "de una acción de impugnación de un acto administrativo".

Lo anteriormente expresado encuentra valioso respaldo en la providencia de 13 de agosto de 1987 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, con ponencia del honorable Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo y en el salvamento de voto a la misma del honorable Consejero doctor Jorge Valencia Arango, y de las cuales se transcriben algunos pasajes.

Finalmente la suspensión provisional consagrada en el artículo 153 del Código Contencioso Administrativo por tener fisonomía propia es ajena a los requisitos exigidos para la suspensión provisional ordinaria. Por ello no se puede decir, como lo afirma el recurrente que "el auto va más allá de una comparación formal entre la norma acusada y la que se dice violada" porque "ello opera sólo para la suspensión provisional en prevención, en donde sólo se mira si el acto administrativo que se pretende ejecutar está legalmente notifi-

cado, o si se resolvieron o no los recursos ejercitados contra ese acto principal o si se dio oportunidad o no de ejecutar los recursos gubernativos ordinarios".

Inaplicabilidad del Tratado de Montevideo.

En la demanda la parte actora expuso los argumentos para considerar que en la actualidad no existe un tratado que permita al Estado colombiano extraditar a sus nacionales.

A pesar de lo anterior el suplicante pretende justificar su decisión —la enjuiciada— amparándose en certificación expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores en que se afirma que la Convención Multinacional de Montevideo se encuentra vigente. Mas guarda silencio "inexplicablemente" sobre la certificación contenida en la misma relacionada con la reserva que hace el Gobierno de los Estados Unidos respecto de su artículo 2º sobre la entrega del reo cuando éste fuere nacional del Estado requerido.

En estas condiciones se hace inaplicable dicha Convención Multilateral "en lo que respecta a la extradición de sus nacionales", lo cual halla respaldo legal en el artículo 21 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados firmados el 23 de mayo de 1969 y aprobado mediante la Ley 32 de 1985, de imperativo y obligatorio cumplimiento al ser incorporado a nuestra legislación interna.

El Tratado celebrado entre los Estados Unidos de Norteamérica y la República de Colombia en el año de 1979 es inaplicable al declararse inexequibles por parte de la Corte Suprema de Justicia las Leyes 27 de 1980 y 68 de 1986 con las cuales se pretendió aprobar dicho Tratado. Con todo, éste se encuentra vigente a nivel internacional entre ambos Estados porque no ha sido denunciado por ninguno de ellos, como lo previene su artículo 21.

VI. Consideraciones de la Sala:

Entra la Sala a considerar las argumentaciones del suplicante contra la providencia recurrida y de las aducidas por la parte opositora:

1. Competencia del Consejo de Estado.

I

Alega en primer lugar el recurrente que el acto enjuiciado no es preparatorio o de trámite y en cambio sí es independiente y provisional sin incidencia en la decisión final de conceder o no la extradición.

Su independencia proviene de que habiéndose emitido la detención provisional puede o no otorgarse la extradición. Y su carácter de provisional se deduce del artículo 668 del Código de Procedimiento Penal que prevé la posibilidad de dejar en libertad a la persona detenida.

Observa la Sala:

El acto de trámite como su nombre lo indica tiene lugar dentro del marco de un procedimiento o actuación administrativa, siendo en su contenido una decisión que tiene por objeto y por efecto únicamente el impulso del citado procedimiento o actuación, con miras a la culminación del mismo, que habrá de plasmarse en el acto definitivo que le ponga término decidiendo sobre el fondo del asunto sobre que versa.

El acto de trámite no incide en la decisión misma que haya de tomarse, mira a aspectos de puro procedimiento, pero es necesario su expedición habida cuenta en cada caso concreto del procedimiento previsto por la ley para llegar a aquélla.

Fácilmente se comprende que el acto de detención impugnado no es de trámite porque en sí mismo no está destinado a propulsar ninguno, como paso o etapa previos para alcanzar la decisión final de fondo. En esto le asiste razón al suplicante.

De su lado, el acto preparatorio, por el contrario, y como su nombre lo indica, va prefijando el contenido de la decisión de mérito que proceda tomar, esto es, prepara el acto definitivo que ponga término a la actuación.

La necesidad o no de expedición de actos preparatorios dentro de una actuación lo predetermina la ley que regule la materia y ello lógicamente incide en la simplicidad o complejidad de los distintos procedimientos que informan las actuaciones de la Administración Pública.

Esta misma Sección del Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto al decir:

> "De suerte que previamente a la resolución de extradición se producen actos preparatorios como la detención provisional del ciudadano reclamado, que se limitan a poner en marcha y a servir de base a la decisión final" (Sentencia de 17 de mayo de 1985, Expediente número 4330. *Anales del Consejo de Estado,* Tomo CVIII, números 485-486, pág. 180).

Constituye entonces la decisión controvertida —detención preventiva— un acto preparatorio en la medida en que contribuye a su vez en la decisión que haya de tomarse una vez tramitado el procedimiento de la extradición, pues tal como fue concedida por el Ministerio de Justicia a petición del Estado requirente, está predeterminada a un fin u objetivo específico cual es la entrega de la persona reclamada a ese país.

La voluntad entonces del país requerido al tomar la medida de detención está claramente prefijada en los términos en que la misma se brinda, vale decir, para que el sujeto en cuestión sea entregado a las autoridades del Gobierno solicitante.

Que a términos del artículo 668 del Código de Procedimiento Penal la concesión de la extradición esté ligada en su efectividad y aplicabilidad en el tiempo a que se formalice la petición de extra-

dición dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de detención, en nada trastroca el carácter de preparatorio de esta medida, pues se repite, ella se dicta con la mira y el propósito último explícitamente manifestado de extraditar al ciudadano pretendido, quedando de esta manera enervada su alegada independencia.

Otra cosa es que dentro del proceso hacia la extradición se expida o no la providencia de detención preventiva o provisional. Ello no es necesario para la conclusión de la extradición y por ello la providencia, según se anotó, no es acto de "trámite". Pero si se dicta, esa providencia será preparatoria y por ello se habla de su expedición "...con fines de extradición".

A más de lo anterior la fundamentación o sustento de la decisión que sobre la extradición se profiera, gira en torno, además de los que son exclusivos a ella, de los mismos elementos que motivan la decisión sobre detención preventiva (arts. 658 y 666 del Código de Procedimiento Penal).

No prospera el cargo.

II

Alega el recurrente que el Consejo de Estado no tiene competencia para conocer del presente negocio por tratarse de un asunto de índole penal policiva al tenor del artículo 82, inciso 3º del Código Contencioso Administrativo. Y ello porque el Ministerio de Justicia al tenor del artículo 666 del Código de Procedimiento Penal cumple la orden ineludible proveniente del Estado requirente de decretar la detención de la persona solicitada por él previa la verificación de los requisitos contemplados en dicha norma con el fin de no hacer inútil la investigación y el proceso penal correspondiente adelantado en ese país.

Concluye el señor Ministro afirmando que si la orden de detención, o más exactamente "orden policiva de captura" no es un acto administrativo, no es acto de trámite, "sino medida de seguridad de carácter policivo para garantía de un proceso penal en curso, dicha medida no es juzgable por el contencioso administrativo, al tenor del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo y, por lo tanto debe revocarse la medida (auto recurrido) y declararse inhibido el Consejo de Estado para conocer la demanda".

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, en su inciso primero, atribuye a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas y de las privadas cuando cumplan funciones públicas, incluyendo las controversias originadas en actos políticos o de Gobierno (inciso segundo). En su inciso tercero exceptúa de tal competencia "las providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil" y "las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario".

Considera necesario la Sala, en primer lugar, con miras a lograr una mayor claridad y precisión, deslindar los conceptos de "acto

administrativo de policía o acto de policía administrativa" y "providencia dictada en juicio de policía de carácter penal o civil" o "acto policivo penal o civil".

Esta Sección en auto de 10 de marzo de 1987 (Proceso número 423, actora Bonnie Linn Marra) con ponencia de quien es también el conductor en el presente caso, dijo al respecto lo siguiente:

"La Rama Administrativa o Ejecutiva detenta el poder de policía, como que es a ella a quien la Carta Política atribuye la conservación del orden público y su restablecimiento cuando éste fuere turbado (art. 120, ordinal 6º).

" 'En realidad el poder de policía se define, según Laubadere, por su fin, que es velar por la tranquilidad (ausencia de desórdenes o perturbaciones), la seguridad (que no haya riesgos de accidentes) o la salubridad públicas (que no haya riesgos de enfermedades). La policía administrativa es una forma de intervención que ejercen ciertas autoridades administrativas y que consiste en imponer limitaciones a las libertades de los individuos, con el propósito de asegurar el orden público' (Manual de Derecho Administrativo, Bogotá, Editorial Temis, 1984, pág. 198).

"Precisamente en desarrollo de dicho poder se expiden actos y se adelantan actuaciones de carácter administrativo, cuyo control compete a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por regla general, en aplicación de los incisos primero y segundo del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo; pero ello no implica que todo acto jurídico de carácter preventivo o represivo relacionado con la conservación o el restablecimiento del orden público y por tanto atinente al ejercicio de los derechos y libertades públicas constituya por ese solo hecho un acto administrativo, más específicamente un acto de policía administrativa cuyo control de legalidad corresponda a la jurisdicción especial o contencioso administrativa.

"Paralelamente a la existencia de actos administrativos de policía o actos de policía administrativa, para cuya expedición deberá seguirse el procedimiento que con carácter general o especial prevean las respectivas normas, existen actos de policía de naturaleza penal y civil que dirimen controversias de esta índole y para cuya emisión deberá adelantarse el respectivo procedimiento o juicio policivo también previsto por la ley de manera general o especial.

"El artículo 18 del Código Penal divide o clasifica los hechos punibles en delitos y contravenciones y el artículo 38 del Código de Procedimiento de la materia atribuye expresamente el conocimiento de las últimas a las autoridades de policía, las cuales darán precisamente lugar, a la iniciación y tramitación del condigno proceso de policía sujeto a reglas generales o especiales adjetivas o procedimentales, que culminará con un acto de policía de naturaleza penal, cuyo control de adecuación a la normatividad jurídica en aspectos tanto de fondo como de forma escapa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a términos del artículo 82 del Código del ramo.

"La expresa referencia que hace la disposición antes citada a los actos de policía no administrativa —penales o civiles—, se explica precisamente en razón de que, al contrario de lo que sostiene el recurrente, dicha norma sí tuvo en cuenta, al definir el acto administrativo (art. 83 del C. C. A.), el criterio orgánico, formal o subjetivo y siendo por regla general, las autoridades de policía parte integrante de la Rama Administrativa o Ejecutiva, de no consagrarse la excepción mencionada podría pensarse en la posibilidad de atacar tales actos por la vía judicial ante la justicia especial o contencioso administrativa, desvirtuándose la naturaleza misma de los actos así acusados, que es jurisdiccional penal o civil y no administrativa.

"Ya esta Corporación ha sentado jurisprudencia reiterada al respecto, al pronunciarse sobre la disposición contenida en el artículo 73, numeral 2º de la Ley 167 de 1941 que el artículo 82 del nuevo Código Contencioso Administrativo repite, entre otros en auto de 2 de febrero de 1962 (T. LXIV, números 397-398, pág. 264) en el cual dijo lo siguiente:

" 'Según el ordinal 2º del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, no son acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa las resoluciones que se dicten en los *juicios de policía de naturaleza penal o civil,* y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraude a las rentas nacionales, departamentales o municipales. Hay juicio policivo de naturaleza civil, cuando se trata de controversias entre particulares sobre responsabilidad contravencional (*Anales*, T. LV, pág. 151) decididas por el funcionario de policía. Semejantes resoluciones, dados sus fines, están expresamente excluidas del control jurisdiccional contencioso administrativo. Tales, por ejemplo, las dictadas por las autoridades de policía con motivo de los juicios posesorios y de las acciones de amparo de marcas. Hay juicio policivo de naturaleza penal, cuando se trata de contravenciones que violan una norma protectora de un precepto penal, sin afectar el derecho mismo, pero *que conllevan la amenaza de un daño.* Estos hechos, generalmente, están previstos por los Códigos Departamentales de Policía, y dan lugar a juicios que terminan con una decisión jurisdiccional de policía, verdadera sentencia, excluida, así mismo, de manera expresa del control de la jurisdicción contencioso administrativa (C. P., art. 2º; C. de P. P., arts. 32 y 49). En las hipótesis de las infracciones sancionables por las autoridades de policía que no violen un precepto protector de una norma penal, ni afecten directamente el derecho mismo, no hay juicio de naturaleza penal ni sentencia o acto jurisdiccional de los funcionarios policivos, sino simples infracciones de normas administrativas, que dan lugar a sanciones de la misma índole, antecedidas siempre por un trámite o procedimiento gubernativo, no calificable como «juicio» en el sentido estricto del proceso judicial que debe dársele a esa palabra en el ordinal 2º del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo' (El subrayado no es del texto)".

No comparte la Sala la apreciación de la parte demandada —recurrente— cuando afirma que la "orden policiva de captura" u "orden

de detención preventiva" con fines de extradición es una medida de seguridad de carácter policiva para garantía de un proceso penal en curso, lo que le atribuiría el carácter de acto policivo de naturaleza penal no controlable por la jurisdicción especial.

Dicho acto preparatorio de detención no puede clasificarse ni como acto administrativo de policía porque en verdad no constituye un mecanismo para garantizar la tranquilidad, seguridad o salubridad públicas, ni como acto policivo penal por no estar la medida relacionada con derecho contravencional alguno protector a su vez de otro precepto criminal.

En cambio, la detención de extradición litigiosa, lo mismo que la decisión de concesión de extradición son actos político-administrativos o actos administrativos de Gobierno, categoría jurídica que expresamente contempla el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, cuando en su inciso segundo dispone:

> "Esta Jurisdicción (se refiere a la contencioso administrativa) podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en los actos políticos o de Gobierno".

En efecto, el artículo 120 de la Constitución Nacional atribuye al Presidente de la República el doble carácter de "Jefe de Estado" y de "Suprema Autoridad Administrativa", lo que origina respectivamente, la expedición por parte de éste de actos políticos o de Gobierno y de actos simplemente administrativos, clasificación del acto administrativo fundamentada entre nosotros no en la sujeción al control que la jurisdicción pueda ejercer sobre los segundos y de la que carece sobre los primeros, como ocurre en algunos sistemas jurídicos extranjeros, sino en la naturaleza de la actividad ejercitada por el Organo Ejecutivo del Poder Público y radicada en el Presidente de la República. Entre los primeros se encuentran precisamente los actos del Ejecutivo atinentes a las relaciones internacionales, como son la celebración de Tratados, Pactos y Convenios Públicos y las providencias jurídicas que en cumplimiento de los mismos se profieran y que en sí mismas presupongan la relación entre los Estados ligados por el Acuerdo Internacional, es decir, que se ubican ellas mismas en el plano de las relaciones internacionales y miran, por tanto, hacia el orden internacional.

La doctrina y la jurisprudencia califican tales decisiones como actos de Gobierno, así Manuel María Díaz en su obra Derecho Administrativo, Tomo II, Segunda Edición, páginas 401 y 403 expresa:

> "Diremos, pues, que los actos de Gobierno dictados por el Organo Ejecutivo afectan al Estado como un todo único y se refieren a la organización e integración de los poderes constituidos, a las situaciones de subsistencia ordenada, pacífica y segura de la comunidad y al derecho de gentes que se concreta en *Tratados Internacionales* de límites, neutralidad y paz. Actos de relación internacional. Se consideran como actos políticos los que

constituyen relaciones entre potencias, las convenciones que se realizan entre ellas y *los respectivos actos de ejecución.* Se trata, en una palabra, de los actos que realiza el Organo Ejecutivo en materia de relaciones internacionales, con las potencias extranjeras".

Miguel S. Marienhoff en su obra Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Tercera Edición, página 696, expone:

"La efectiva existencia de una actividad del Ejecutivo, llamada 'política' o de 'gobierno' (gubernamental), y de otra actividad de dicho órgano, llamada 'administrativa', constituye una obvia realidad, una realidad objetiva innegable, un hecho o dato de experiencia indiscutible. Sería insensato desconocer la realidad de esa distinta actividad del Ejecutivo".

André de Laubadere en su obra Manual de Derecho Administrativo, edición en castellano 1984, página 86, expresa:

"...Actualmente se reconocen como actos de Gobierno:

".....

"2º Los actos de carácter diplomático, es decir, los que en general se refieren a las relaciones internacionales. Indiscutiblemente hoy es la categoría más importante de los actos de Gobierno. Podemos citar especialmente: Los actos relativos a los tratados internacionales (elaboración, ejecución o inejecución, consecuencia de un tratado), los actos cumplidos en el ejercicio de su función diplomática por los representantes de Francia en el extranjero y las medidas relativas a la dirección de la guerra, por ejemplo el embargo o desvío de buques o mercancías extranjeras".

Esta Corporación en sentencia de 28 de enero de 1976, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla (*Anales* 1976, T. XC, pág. 251, 1er. Semestre), dijo:

"Las funciones constitucionales del Gobierno, consignadas en el numeral 20 del artículo 120 de la Carta, de 'dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás Estados y entidades de derecho internacional'; de 'recibir los agentes respectivos' y de 'celebrar con otros Estados o entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso', no son por su propia naturaleza una función administrativa, sino una función eminentemente política, en cuyo ejercicio se trasciende la esfera jurídica del propio Estado hasta incidir sobre intereses de otro u otros Estados y de entidades de derecho internacional. La índole política de esa función no deriva de una calificación explícita de la Constitución, sino de su misma naturaleza, por lo cual es preciso entender que ella ha tenido ese carácter desde el momento mismo de su original consagración constitucional. De esta suerte la modificación del encabezamiento del artículo 120 de la Constitución Nacional realizada por el Acto legislativo de 1968 no ha significado que, sólo

a partir de entonces, se haya convertido en política. Lo que hizo el constituyente de 1968 fue enmendar una terminología impropia que cobijaba bajo el rubro de administrativas algunas atribuciones presidenciales que no tenían ese carácter, entre otras, ésta que se ha hecho mención...

"En el derecho positivo, en la doctrina y en la jurisprudencia de muchos países con instituciones jurídicas análogas a las nuestras se hace la distinción entre actos administrativos y actos políticos o de Gobierno..."

La decisión en virtud de la cual se concede o niega la extradición es pues, como se ha visto, un acto administrativo-político o acto administrativo de Gobierno y la orden de detención preventiva con fines de extradición también lo es, por razón de ubicarse dentro del respectivo procedimiento de extradición y por implicar ella misma una relación entre Estados y no una simple medida intrascendente en el campo internacional.

Lo anterior, en aplicación del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo determina que la orden de detención preventiva es controlable por la jurisdicción de lo contencioso administrativo no sólo por vicios de forma, en razón de que la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de noviembre de 1984 (Proceso número 1227, Magistrado ponente: Doctor Ricardo Medina Moyano) declaró inexequible la expresión "pero sólo por vicios de forma" del inciso segundo de la norma mencionada, con lo cual el control de esta jurisdicción es integral, es decir, y habida consideración de la diferencia existente entre los actos discrecionales y los actos reglados para efectos de la extensión de tal control, versa sobre todos los elementos del acto.

Por lo expuestó no prosperan los planteamientos del cargo examinado.

2. Competencia excluyente de la Sala de Casación Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia.

Aduce el suplicante que es este alto organismo jurisdiccional quien debe conocer de la presente controversia en virtud del concepto que debe emitir en los procesos sobre extradición, al tenor del artículo 657 del Código de Procedimiento Penal.

Al respecto considera la Sala lo siguiente:

Si bien podría pensarse que dentro del trámite conducente a la expedición de la resolución ejecutiva de extradición, luego del proferimiento de la resolución de detención con fines de aquélla vendría el concepto de la honorable Corte Suprema de Justicia, no puede perderse de vista que se está frente a un caso excepcional procesal preventivo y diferente cuyo Juez es el contencioso administrativo y quien para tales efectos es el competente para avizorar y decidir si el último acto definitivo que se inicia con el acto preparatorio o de trámite ha de ser o no constitucional o legal y cabalmente teniendo en cuenta los fundamentos jurídicos que por adelantado se dan en el acto de detención preventiva que según se expresa en el mismo tiene un objetivo determinado y definido o sea "...con fines de extradición".

Es que la competencia excluyente de la Corte Suprema de Justicia para efectuar el control previsto en los artículos 648 y 658 del Código de Procedimiento Penal está condicionada a la formulación de la petición de extradición en la medida en que el artículo 655 *ibídem* dispone que tal competencia la asume la Corte una vez perfeccionado el expediente cuya formación se origina con tal petición y se ha remitido a éste por el Ministerio de Justicia.

No se comporta entonces en el evento *sub lite* el *supuesto normal* y al cual se refieren las providencias citadas por el suplicante en que luego de que el Estado requirente solicita la extradición de una persona debe pedirse y obtenerse como paso siguiente obligatorio el concepto de la honorable Corte Suprema de Justicia y entonces sí con base en él se prosigue a la fase siguiente de expedir o no el acto gubernativo final de extradición según el caso. Es este último acto el enjuiciable ante la justicia administrativa.

Fue dentro de este contexto diferente en que se dictó el proveído —con ponencia del presente ponente— que el recurrente transcribe parcialmente en apoyo de su tesis y en el cual se sienta la doctrina de que el *acto final de extradición* sí es controlable por esta jurisdicción con la limitante proveniente de los aspectos que en virtud de lo preceptuado por los artículos 648 y 658 del Código de Procedimiento Penal son materia de pronunciamiento previo a tal decisión por parte de dicha honorable Corte.

No prospera el cargo.

3. Acerca de la alegación sobre la ineptitud de la demanda y violación de normas procesales considera la Sala lo siguiente:

Se alega que es inexistente la acción de suspensión provisional en prevención y que es accesoria a una principal, sea la de nulidad o la de restablecimiento del derecho.

Comparte la Sala los planteamientos del auto recurrido que califica como autónoma dicha suspensión, por las siguientes razones:

El Código Contencioso Administrativo vigente (Decreto 01 de 1984) nítidamente consagró dos institutos de suspensión provisional, perfectamente diferenciables, a saber: La suspensión ordinaria y la suspensión en prevención, distinguiéndose la primera, prevista en el artículo 152, por dirigirse contra actos definitivos, a imagen e identidad de la que venía regulada en el Código anterior (Ley 167 de 1941, art. 94) y cuando quiera que se infrinja una norma superior de derecho de manera manifiesta y ostensible.

La segunda o sea la suspensión provisional en prevención, constituyó una innovación en nuestro derecho público y se estructuró sobre presupuestos propios y bien distintos de la anterior. Porque al paso que ésta, inspirada en el Derecho Francés, parte de la base de que el acto ya se expidió y esté produciendo efectos ilegales, los que se pretende seguir evitando a través de tal medida precautoria, la suspensión en prevención contemplada en el artículo 153, tiene en cambio como finalidad según su acertada denominación, impedir que el acto se consume, sea porque se han expedido los actos preparatorios o de trámite que van a dar lugar a aquél que sería inconstitucional o

ilegal, o porque se pone en ejecución un acto definitivo cuya notificación no se ha surtido legalmente o los recursos interpuestos contra él no se han decidido ni siquiera presuntamente, o las autoridades han impedido el ejercicio de los recursos correspondientes.

En el Derecho Anglosajón de contenido eminentemente práctico —como es sabido— existen las llamadas *"injunctions"* o acciones legales que cabalmente y a usanza de la suspensón provisional en prevención, persiguen adelantarse a la realización del acto injurídico porque se considera que así se propende eficazmente a la protección de los derechos precaviendo la culminación de actuaciones ilegales.

La *injunction,* según el "Law Dictionary" del Profesor Max Radin, es la sentencia o decreto de una Corte de equidad que le ordena a una persona refrenarse de hacer un acto determinado o continuar haciéndolo.

Cuando la *injunction* le prohíbe a la persona contra la cual va dirigida que ciertas cosas permanezcan en su presente condición, ello equivale a impartir una orden indirecta de cambiar la condición. En este caso la *injunction* se llama "mandatory" (Oceana Publications, New York, N. Y. 1955, pág. 165).

El carácter entonces preventivo que tipifica a la suspensión provisional del artículo 153 hace que se configure como institución procesal autónoma en que la urgencia de proceder y tomar las medidas del caso hace también que se separe del trámite que el Código Contencioso Administrativo tiene establecido para la suspensión provisional ordinaria del artículo 152, ya que la situación que comporta ésta se refiere a actos definitvos y ejecutorios respecto de los cuales la administración tiene la aptitud legal de proveer a su cumplimiento y ejecución.

La autonomía de la suspensión en prevención se sostiene en providencia del honorable Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo citada y transcrita en su parte pertinente en el auto recurrido y que en esta providencia ratifica la Sala. Así mismo dentro de igual orden de intelección de aquél y del expresado en el presente proveído el honorable Consejero Jorge Valencia Arango discurrió así en su salvamento de voto tras de vertir el texto del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo:

> "b) Mientras que la 'suspensión provisional' ordinaria o general contemplada en el artículo 152 de dicho estatuto, configura una pretensión cautelar accesoria a una principal de nulidad o de restablecimiento del derecho y no puede existir sin ella, la contemplada en el artículo 153 es 'excepcional', cautelar principal y preventiva, precisamente porque existe aun cuando todavía no hay acto definitivo o decisión de fondo de la Administración, como se deduce del ordinal 1º del mencionado artículo.
>
> "En este evento no hay 'acto definitivo' que demandar, se está en presencia de actos 'preparatorios' o 'de trámite' que han de llevar precisamente a la expedición del acto definitivo inconstitucional o ilegal y es esto lo que el legislador quiso impedir 'preventivamente'.

"Si prospera la suspensión provisional en prevención, no será ya posible la expedición de acto ilegal o inconstitucional;

"c) En el caso previsto en el ordinal 2º del mismo artículo 153, ya hay 'acto definitivo' pero no ejecutorio, bien porque no ha sido legalmente notificado cuando ello sea menester o bien los recursos interpuestos no han sido decididos ni siquiera presuntamente o bien la Administración ha impedido que se interpongan los recursos pertinentes.

"En este evento la 'suspensión provisional en prevención' no cuestiona la constitucionalidad o ilegalidad del acto definitivo sino su ejecutoriedad, con el fin de evitar el cumplimiento forzado de una decisión administrativa aún no ejecutoriada.

"Se comprende fácilmente que aún en el caso de aceptarse la legalidad del acto definitivo, puede enervarse su cumplimiento antes de que quede en firme;

"d) Lo anterior, someramente, es suficiente para concluir que en los eventos contemplados en el artículo 153 del Código Contencioso Administrativo (norma no estudiada en forma en la Comisión Asesora para la reforma del C. C. A.) no se requiere demanda de nulidad o de restablecimiento del derecho, por ser pretensión autónoma, no accesoria, y ser, además, preventiva, no asegurativa como la del artículo 152, *ibídem*".

Las reglas entonces que gobiernan a uno y otro instituto, por obedecer cada uno a fines procesales propios, deben ser diferentes.

Así entonces la suspensión en prevención como independiente y autónoma que es, no puede estar sometida a otra acción principal, la de nulidad o la de restablecimiento del derecho y por lo mismo tampoco puede quedar subordinada al rito formal de las demandas en que se materializan una y otra, como son las exigencias que echa de menos el suplicante, entre otras, las contenidas en los artículos 207, 137 y 143 del Código Contencioso Administrativo, referentes al contenido de la demanda, los requisitos del auto admisorio de ella y la decisión que debe tomar el Juez respecto de la misma demanda.

Obsérvese que el artículo 153 en su último inciso prescribe que "la suspensión impedirá completar o ejecutar los actos definitivos" o lo que es lo mismo, cumplirá el propósito de impedir que el acto definitivo por no ser ejecutorio se lleve a cabo arbitrariamente por la administración en los casos del numeral 2 *ibídem*. Del mismo modo es dable sostener lógicamente, porque existen las mismas razones, que suspendido un acto preparatorio o de trámite que va en camino de conducir a otro acto definitivo contrario al orden legal o constitucional, la administración quedará inhabilitada para expedir este último, con lo cual se satisface cabal e íntegramente el cometido de la institución en comento. Resultaría entonces superfluo y contrario al espíritu de la suspensión en prevención continuar con un proceso hasta su terminación en que se decidiera sobre la legalidad o no del acto. Basta para el futuro con la ameritada suspensión.

El derecho de defensa se ampara suficientemente al concederse el recurso de súplica contra la providencia judicial que provee sobre la

suspensión (art. 154 del C. C. A.) y con ocasión del cual se expondrán las razones jurídicas que se tengan para pedir su infirmación y para criticar también el acervo probatorio que se acompaña a la petición de suspensión y aportar el propio atinente a la cuestión controvertida, oportunidades que ha tenido y aprovechado el recurrente.

De ahí también que el perfil autónomo que se afirma de la suspensión en prevención le imponga del mismo modo al juzgador la obligación procesal de efectuar el debido estudio de mérito de ella para decidir, haciendo el condigno análisis de pruebas si fueren allegadas, de una vez por todas sobre la suerte de los actos preparatorios o de trámite enjuiciados, vale decir si siguen su curso si es denegada hasta el pronunciamiento legal definitivo porque no habrían de pugnar con el ordenamiento jurídico o suspenderlos en el acto porque se dirigen a producir el acto definitivo que sí es subversivo de tal ordenamiento.

Es cierto que la suspensión en prevención busca evitar que a través de actos preparatorios o de trámite se llegue a la expedición de un acto definitivo inconstitucional o ilegal no susceptible de ningún recurso y de conformidad con el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, en la vía gubernativa proceden los recursos de reposición ante el mismo funcionario que dictó la providencia, el de apelación ante el superior jerárquico, para que se aclare, modifique o revoque. Y el recurso de queja si se denegare el de apelación. Mas es menester hacer al respecto las siguientes precisiones y a ello procede la Sala:

Para comprender el alcance integral del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo, conviene transcribir (dentro de la escasa literatura al respecto), el siguiente concepto de quien fuera autor del Proyecto de Ley "por el cual se crea la acción de prevención administrativa y se dictan otras disposiciones para prevenir litigios y defender los presupuestos públicos", porque ese proyecto constituye el antecedente de la figura de la suspensión en prevención (Ver Proyecto y Memorando al Congreso, presentado por el Representante a la Cámara Hugo Palacios Mejía, sesiones ordinarias de 1980, publicados en "Antecedentes del Código Administrativo", Colección Bibliográfica, Banco de la República, 1985, página 97):

> "Un examen de las principales acciones de nuestro derecho administrativo (anulación, plena jurisdicción) revela que su propósito consiste en corregir ilegalidades *ya ocurridas* e indemnizar perjuicios *ya causados*. Pero no hay acciones destinadas a *prevenir* los actos, hechos y operaciones administrativas ilegales, en aquellos pocos casos en que pueden ser evitados.
>
> "El vacío de la ley colombiana es fruto del influjo del Derecho Francés, al cual los juristas contemporáneos anotan el mismo defecto.
>
> "Así pues, siguiendo los desarrollos recientes del 'amparo' mejicano y argentino, y de las *'injuctions'* inglesas y norteamericanas, este proyecto busca crear acciones que sirvan para *prevenir* la violación de la ley, impedir *daños* a las personas, evitar *indemnizaciones* a cargo de los presupuestos públicos y *reducir*

el número de litigios administrativos" ("Antecedentes del Código Administrativo", Colección Bibliográfica, Banco de la República, 1985, página 97).

Sin lugar a dudas ese mismo criterio está consagrado en el artículo en comentario, que creó la figura de la suspensión en prevención y, por consiguiente, es válido examinar en el caso del numeral 1 del texto y para los fines de la situación *sub júdice*, si el solo ejercicio de un eventual y nominal recurso contra el acto definitivo e ilegal que se busca impedir, basta para evitar el daño que con él se generaría. Al respecto, obsérvase lo siguiente: El acto preparatorio del definitivo ilegal, en este caso, por su propia naturaleza envuelve la necesidad de su ejecución inmediata, ejecución que se traduce en la pérdida de la libertad con el consiguiente perjuicio que tal hecho ocasiona a quien sufre la detención, sin que sea necesario demostrar por medio distinto a la misma detención, que el daño es cierto. Ahora bien, esa ejecución se prolonga en el tiempo hasta cuando comience, a su vez, a ejecutarse el acto definitivo ilegal, sin que haya solución de continuidad entre la detención originada por el acto preparatorio aquí acusado y la generada por el que eventualmente ordenaría la extradición, de donde resulta que de manera absolutamente necesaria, la ejecución del acto definitivo comenzaría a ocurrir antes de cualquiera notificación, y antes de la interposición y resolución de cualquier recurso. Así las cosas, el perjuicio o daño originado en la pérdida de la libertad ya no podría ser evitado y él se causaría necesariamente, aun cuando se interpusieran los recursos legales, recursos que tienen por razón de ser, la aspiración de quien los interpone, de que la situación que ha de generar el acto recurrido sea variada, porque la encuentra desfavorable para sus intereses; pero es obvio que esa variación la busca para antes de que se ejecute la voluntad administrativa.

Dentro de los principios y la técnica del derecho administrativo, no resulta difícil entender que lo previsto en el numeral 1 del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo, al permitir que sean suspendidos en prevención los actos preparatorios dirigidos a producir otros ilegales o inconstitucionales no susceptibles de recurso, constituye simultáneamente la previsión de que no es procedente la suspensión si el acto futuro ilegal o inconstitucional tiene recursos, porque éste no será ejecutable mientras aquellos no se interpongan, sean resueltos en el sentido de mantener la disposición administrativa, sean notificados estas últimas providencias, y finalmente adquiera firmeza la resolución por hallarse ejecutoriada.

Pero si todo ese procedimiento posterior a la expedición del acto ilegal ha de cumplirse simultáneamente o con posterioridad a su ejecución, como ocurriría de no suspender la orden de detención, es claro que ningún sentido tienen los recursos, y se estaría, ni más ni menos, desembocando en la situación de hecho prevista por el numeral 2º del citado artículo 153.

Por otra parte, si la detención no se cumple porque no ha sido posible la captura de quien debe sufrirla, es necesario admitir que objetivamente, la vigencia del acto administrativo que la ordena cons-

tituye una permanente expectativa de pérdida de la libertad, que por sí misma significa un daño, aun cuando no de la misma magnitud que el generado por la detención cumplida.

Además merece notar lo siguiente:

El recurso de reposición al que tendría derecho el solicitante de la suspensión en prevención *sub exámine* es facultativo, vale decir que su interposición o no, no lo haría incurrir en falta de agotamiento de la vía gubernativa (arts. 63 y 135, numeral 1 del C. C. A.) luego no se advierte que existe razón diferente para concluir que del mismo modo, al plantearse la suspensión en prevención no se puede suponer la renuncia tácita y anticipada de hacer uso de él contra el acto final definitivo.

El auto del Consejero ponente citado en el escrito de súplica se dictó dentro de un contexto diferente al ahora cuestionado, porque en aquel caso se controvertía no un acto de detención preventiva sino una decisión dentro de una actuación administrativa respecto de una persona que ya se encontraba detenida y se le tramitaba su extradición.

No prospera el cargo.

4. Vigencia y aplicabilidad de la Convención de Montevideo.

Sostiene el suplicante, contrariamente a lo afirmado en el auto recurrido, que la Convención de Montevideo está vigente y es aplicable.

Se observa:

a) Acerca de la certificación de la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores sobre vigencia de dicha Convención, que a juicio del recurrente, sirvió de fundamento al auto cuestionado y no ha sido impugnada, advierte la Sala lo siguiente:

Como cuestión previa, que el acto enjuiciado no expresa sustentarse en ningún certificado en tal sentido. En estas circunstancias mal podría pretenderse la impugnación de éste. Sólo *a posteriori* y con ocasión de las pruebas aportadas por el señor Ministro aparece la certificación en cuestión (fl. 146).

En primer lugar se nota que precisamente la providencia objeto de súplica discurre ampliamente sobre dicha Convención para luego del análisis jurídico de rigor concluir que no es aplicable, luego es este un aspecto que sí fue objeto de controversia y enjuciamiento, planteados una y otro por el propio actor en su escrito de suspensión en prevención.

En segundo término que del detenido estudio efectuado del Decreto 2017 de 17 de julio de 1968 orgánico del Ministerio de Relaciones Exteriores dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias de la Ley 62 de 1967 y del Decreto 2472 de 25 de septiembre de 1968, que lo modifica, no aparece conferida a la mentada División de Asuntos Jurídicos ni a ninguna de sus secciones competencia alguna para expedir constancias sobre la materia examinada.

En verdad que parte de la problemática litigiosa se contrae al aspecto de la aplicación o no de la Convención de Montevideo, luego no puede concebirse que ello lo dilucide unilateralmente el referido Ministerio. Entonces corresponde al presente Organo Contencioso Administrativo avocar su estudio y arribar a la conclusión que corrrespondiere.

b) Arguye el suplicante que el artículo 21 de la Convención Multilateral de Montevideo no se aplica si existen tratados bilaterales firmados con anterioridad a la misma y que no se refiere a tales tratados suscritos con posterioridad. Y que el sentido finalístico permite razonar que a falta de tales tratados bilaterales debe hacerse uso de ella.

Se observa:

No debe perderse de vista que el espíritu del susodicho artículo 21, visto de conjunto y sistemáticamente, es el de no aplicar los preceptos de la Convención donde quiera que haya un Tratado bilateral y ello porque en todo caso se quiso dar prelación a esta clase de acuerdos internacionales sobre los de tipo multilateral. Es así entonces que si al momento de suscribirse ella en 1933 estaba en vigor entre Colombia y los Estados Unidos de Norteamérica el Tratado bilateral de 1888 (adicionado en 1940) éste era el aplicable. Mas sucede que posteriormente se suscribió entre las mismas partes el Tratado bilateral de 1979 en que se dispuso derogar expresamente los de 1888 y 1940, así:

> "Al entrar en vigor este Tratado quedarán derogadas la Convención de extradición recíproca de delincuentes, firmada el 7 de mayo de 1888 y la Convención adicional de extradición, firmada el 9 de septiembre de 1940, entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América..." (art. 21, numeral 3).

Así entonces pasó a ser aplicable el nuevo Tratado bilateral de 1979. Más tarde con motivo de la declaratoria de inexequibilidad de las Leyes 27 de 1980 y 68 de 1986 por la honorable Corte Suprema de Justicia, aprobatorias del mismo, se produjo la situación de no poder seguir rigiendo en el ámbito nacional, pero sí internacionalmente *inter partes*. Que es la tesis que se sostiene en el auto suplicado.

Obsérvese que ni siquiera el mismo Gobierno de los Estados Unidos ha afirmado explícitamente la vigencia de la Convención de Montevideo, ya en su nota número 001 de 1º de enero de 1988 para el Gobierno de Colombia solicitando la detención del demandante de la presente suspensión en prevención, manifiesta que lo hace "...con base en los compromisos internacionales vigentes entre los dos países".

c) Argumenta el suplicante que los acuerdos sobre "la modificación" del Convenio Multilateral de Montevideo exigen de conformidad con el Tratado de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 41 y en tratándose de Tratados multilaterales, su notificación previa por las partes interesadas a las demás partes, de su intención de efectuar tal modificación. Y que por tal razón se excluyen las posibilidades de terminación o de suspensión implícitas de tratados (art. 59 del Tratado de Viena).

Observa la Sala:

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue adoptada el 2 de mayo de 1969 y aprobada por el Congreso de Colombia por medio de la Ley 32 de 29 de enero de 1985 y promulgada por Decreto del Ejecutivo de 6 de junio de 1985.

Su artículo 4º es del siguiente tenor:

> "Irretroactividad de la presente Convención. Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los Tratados están sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de la Convención, ésta sólo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados *después* de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales tratados" (Se subraya).

Es categórica entonces la norma pretranscrita en no extender la aplicación del Tratado de Viena a tratados celebrados con anterioridad, cual es la Convención Multilateral de Montevido de 1933, en el caso *sub lite*.

Es apenas obvio y ello consulta principios universales de derecho garantizadores de la seguridad jurídica, que un estatuto de carácter general que contempla, dígase que exhaustivamente, toda la materia sobre los Tratados —cual es el de Viena— no puede entenderse que cobija situaciones pactadas con anterioridad por los países y referidas a temas especiales, cual es el de la extradición en el evento del Convenio Multilateral de Montevideo.

De ahí que sabia y jurídicamente se contemple el postulado en comento de la irretroactividad de las disposiciones del Tratado de Viena.

La única excepción que trae dicho artículo 4º es la aplicación retroactiva de dicho Tratado, cuando los anteriores pugnen con normas imperativas de derecho internacional general, o *"jus cogens"*, el cual es asimilado por algunos tratadistas al derecho del orden público internacional y que protege a su vez derechos fundamentales del ser humano como miembro de un Estado y por ello goza de la plena e indiscutible aceptación de la comunidad internacional, *verbi gratia:* Actos que favorezcan la trata de esclavos, el genocidio, la violación de los derechos humanos, etc.

Dentro de este orden de ideas, el artículo 41 del Tratado de Viena considerado como infringido, que da reglas de procedimiento sobre la forma como deben celebrarse acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente, no contempla materia alguna que pudiera considerarse comprendida dentro del explicado *"jus cogens"*. Será entonces dicho texto aplicable hacia el futuro, sin que sea permisible retrotraerlo a la Convención de Montevideo de 1933.

Si todavía aún y en gracia de discusión se supusiere aplicable el Tratado de Viena, habría lo siguiente:

Su artículo 41 estaría tratando una cuestión extraña a la ventilada en la norma con la cual se pretende armonizarlo, esto es, el artículo 21 de la Convención Multilateral de Montevideo.

En efecto: Al paso que dicho artículo 21 precisa que su aplicación lo será en la medida en que no haya tratados bilaterales, el artículo 41 del Tratado de Viena contempla normas sobre cómo se debe proceder cuando se quiere "modificar" un Tratado plurilateral respecto de algunas de las partes únicamente.

Acerca del alcance del artículo 59 del Tratado de Viena valga anotar que según lo expresado atrás no es dable retrotraelo al caso *sub lite*.

Si fuere aplicable hacia el pasado, también en gracia de discusión, habría lo siguiente: No indica el recurrente la hipótesis, entre las distintas de terminación o suspensión implícitas de un tratado como consecuencia de la celebración de uno posterior, que a su juicio no permitiría que acontecieran dicha terminación o suspensión en el evento *sub lite*.

Antes por el contrario, del análisis jurídico efectuado en párrafos anteriores de la Convención Multilateral de Montevideo —su artículo 21— vis-a-vis el Tratado bilateral de 1979, surgiría, utilizando los mismos criterios de interpretación del susodicho artículo 59, la misma conclusión a que llegó la providencia recurrida.

En efecto:

El artículo 59 reza como sigue:

"Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación implícitas como consecuencia de la celebración de un tratado posterior.

"1. Se considerará que un tratado se ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la materia, y:

"a) Se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por este tratado; o

"b) Las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.

"2. Se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes".

Trasladadas al caso *sub lite* las orientaciones del texto anterior (art. 59 del Tratado de Viena), habría lo siguiente:

Se celebró sobre la extradición un tratado posterior (el de 1979) bilateral en que aparece meridianamente la voluntad de las partes de regirse por él (recuérdese que expresamente abrogó los tratados anteriores: El de 1888 y su adición de 1940) y que en virtud del fenómeno

jurídico de haberse declarado inexequibles sus dos leyes aprobatorias (27 de 1980 y 68 de 1986) se derivó el presente *status* de encontrarse en vigor internacionalmente y no en el ámbito nacional, todo ello dentro del contexto del artículo 21 de la Convención de Montevideo.

Valga recordar por último que el honorable señor Ministro recurrente, respetuoso del Estado de Derecho, manifestó lo siguiente ante la Comisión Segunda Constitucional Permanente de la honorable Cámara de Representantes en sesión de 12 de diciembre de 1987 lo siguiente sobre la inaplicabilidad en la órbita jurídica interna de Colombia del Tratado de extradición de 1979:

> "...en realidad se declaró inexequible la Ley 27 de 1980, que era la aprobatoria del tratado de extradición y no hay para qué entrar en este momento a analizar si la Corte tenía o no tenía la razón en su decisión, porque como abogado, como miembro del Gobierno en un Estado de Derecho que acata reverente las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, debo decir que no es posible aplicar dentro del derecho interno el Tratado de extradición de 1979, si antes no hay una ley de este augusto Congreso de la República de Colombia que le dé aprobación nuevamente a ese tratado".

Fluye como corolario de lo expuesto, que no es dable aceptar, como lo arguye el suplicante, la concurrencia de la Convención de Montevideo y del Tratado de 1979.

Observa también la Sala que al considerar inaplicable la Convención de Montevideo resulta innecesario referirse al punto de las reservas que sobre el artículo 2º de la misma hizo el Gobierno de los Estados Unidos.

No prospera el cargo.

Finalmente la Sala hace constar de manera expresa su absoluta confianza en la rectitud de conducta del señor Consejero conductor del proceso, reflejada en la providencia que se revisa y en todas las demás expedidas y suscritas por él durante el ejercicio de una larga y meritoria carrera judicial iniciada en los Tribunales Administrativos, consolidada en el Consejo de Estado y que le mereció el galardón de la Presidencia de este Supremo Tribunal. Varios de sus conceptos jurídicos han sido controvertidos y negados por el Consejo en distintas ocasiones, pero jamás ha sido puesta en tela de juicio su honestidad como ciudadano o como Juez, porque indefectiblemente ha dado muestras diarias de seriedad, valor civil, honradez y pulcritud. Por ello, alarman sugerencias y comentarios ignorantes y mal intencionados de ciertos medios de comunicación que, sin conocer siquiera el texto de las providencias judiciales, crean en la opinión pública un clima de animadversión y desconfianza hacia la totalidad de sus Jueces, con claro perjuicio para la sociedad. Es verdad que entre las numerosas fallas de nuestra justicia se cuentan comportamientos irregulares y delictuosos de algunos de quienes la integran, comportamientos que deben ser sancionados severamente y puestos en conocimiento de los ciudadanos para estigma de sus protagonistas. Pero resulta palmariamente injusto que sin concretos elementos de juicio se ponga en duda la seriedad de las decisiones judiciales, mucho más

en una época convulsionada como la presente, exponiendo de manera peligrosa la vida y la honra de los Jueces de la República, que pueden ser víctimas de amenazas y atentados, no sólo dirigidos por la delincuencia interesada en la impunidad de su comportamiento antisocial, sino por sujetos u organizaciones que aprecian equivocadamente los hechos y las circunstancias de los procesos jurisdiccionales, por una mala información o un torcido comentario.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Primera,

Resuelve:

Confírmase el auto suplicado de veintitrés (23) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Se hace constar que la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Simón Rodríguez Rodríguez, Guillermo Benavides Melo, Luis Antonio Alvarado Pantoja.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

EMPLEADOS OFICIALES.— Intervención en política.

Prohibición.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 611. Actor: Miguel Antonio Lafaurie Maldonado. Resoluciones Ministeriales.

El señor Miguel Antonio Lafaurie Maldonado interpuso mediante apoderado, recurso de apelación contra la sentencia de 26 de noviembre de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Reconstruido el expediente mediante auto de 5 de febrero de 1987, quedó en estado de dictar sentencia, a lo cual se procede mediante las siguientes

Consideraciones:

Solicitó el actor en la demanda la nulidad de la Resolución mediante la cual el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público lo destituyó del cargo de Profesional Universitario que ocupaba en ese Ministerio y lo inhabilitó por el término de un (1) mes para el ejercicio de funciones públicas.

El Tribunal luego de un juicioso estudio de la cuestión planteada negó las súplicas impetradas.

No se conoce la sustentación del recurso de apelación, pero en el alegato de conclusión solicita el recurrente revocar la sentencia y acceder a sus peticiones por lo siguiente:

1º No se probó la falta disciplinaria imputada consistente en participación en política, ya que sólo aparece acreditado el hecho de encontrarse inscrito como Candidato a la Asamblea Departamental por el movimiento Fuerza Popular por el período 1980-1982, aunque no existe constancia de haber aceptado esa designación.

2º En parte alguna el artículo 10 del Decreto 2400 de 1968 contempla como intervención en política la simple inscripción como

candidato. Las conductas que constituyen faltas disciplinarias deben estar definidas en la ley y no cabe la falta disciplinaria por analogía. Además, la norma debe interpretarse restrictivamente.

3º La investigación disciplinaria se adelantó muy sumariamente. No existe el concepto de la comisión de personal ni evaluación alguna acerca de las circunstancias agravantes o atenuantes que hubieren permitido dosificar la sanción.

No se estudió por el Tribunal la violación de los artículos 157 y 161 del Decreto 1950 de 1973, esto es, que no existe motivación en la Resolución de destitución ni en documento alguno anterior, sobre la manera como se llegó a la conclusión sobre la sanción de destitución ni se tuvo en cuenta la circunstancia atenuante consistente en el error esencial de hecho que sufrió el demandante al considerar que por estar suspendido en el ejercicio de sus funciones y por consiguiente sin derechos ni obligaciones laborales, bien podía ser candidato a ser elegido para un cuerpo administrativo.

La Sala estima que los anteriores argumentos no desconceptúan la decisión del Tribunal ni conducen a la anulación del acto acusado. En efecto, la falta disciplinaria imputada al actor, es decir, su participación en política sí fue plenamente establecida, inclusive admitida por él.

Consistió en formar parte de una lista inscrita de candidatos a la Asamblea Departamental.

Y contrariamente a lo alegado, el consentimiento dado para tal inscripción que se encuentra probado como lo anota el Tribunal sí constituye participación en política. Es precisamente mediante actos políticos, mediante proselitismo político que se busca una elección a cualquier Corporación de elección popular, ya sea legislativa o administrativa.

Quien conviene en formar parte de una lista y acepta la inscripción, evidentemente busca ser elegido y realiza un acto político que a los empleados públicos les está prohibido.

Claro está que el artículo 10 del Decreto 2400 de 1968 que contiene la prohibición de desarrollar actividades partidarias, no hace una enumeración taxativa sino enunciativa de ellas. Pero el hecho de ser candidato lleva al proselitismo político que en la norma se prohíbe expresamente.

En resumen, sí incurrió el actor en una de las prohibiciones que trae la ley para los empleados públicos, y ese hecho fue plenamente probado.

En cuanto a la circunstancia de encontrarse suspendido en el ejercicio de sus funciones cabe anotar, que la suspensión no lo despojaba de su calidad de empleado público. Continuaba siéndolo y por tanto sometido a todas las prohibiciones e incompatibilidades establecidas en la ley, pues de lo único que estaba exonerado era de la prestación del servicio en forma temporal.

Ahora bien, como la ignorancia de la ley no sive de excusa, no es esa una circunstancia que deba tenerse como atenuante.

Finalmente, con los elementos de juicio que obran en el expediente puede verificarse la regularidad del proceso disciplinario. Se observaron los pasos fundamentales del mismo; se corrió pliego de cargos, se rindieron descargos, la comisión de personal dio su concepto (fls. 82 a 84), se estimó como grave la falta y se sancionó en consecuencia.

La resolución acusada sí contiene motivación y ésta se encuentra ajustada a la realidad.

Por tanto, considera la Sala que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado y por tanto la sentencia del Tribunal merece ser confirmada.

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

Falla:

Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de noviembre de 1983, para decidir el proceso iniciado por el señor Miguel Antonio Lafaurie Maldonado.

Una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día veinte (20) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CARRERA ADMINISTRATIVA.— Escalafonamiento.

El derecho a ser incorporado en él, mientras continúe vigente el escalafón, no prescribe.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 468. Actor: Jorge Molano Ortiz. Resoluciones Ministeriales.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del actor, contra el auto de 25 de agosto de 1984 por el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó la demanda por caducidad de la acción.

Antecedentes:

En octubre 6 de 1983 fue presentada demanda en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicitándose la nulidad de las comunicaciones 05657 de junio 7 de 1983 y 10185 de septiembre 28 de 1983, emanadas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la parte pertinente de la Resolución 8474 de noviembre 22 de 1979 sobre incorporación del actor, así como del Acta de posesión número 652 de noviembre 22 de 1979.

Posteriormente y antes de que se produjera un pronunciamiento sobre la admisión de la demanda, el actor renunció a solicitar la nulidad de la Resolución número 8474 de 22 de noviembre de 1979, así como la del Acta de posesión número 652 de 22 de noviembre de 1979.

El Tribunal rechazó la demanda por caducidad de la acción.

Se fundamenta esta decisión en que "lo perseguido a última hora en la vía gubernativa es revivir los términos de impugnación de la Resolución 8474 del 22 de noviembre de 1979, con la cual no está de acuerdo el actor y cuya nulidad persigue como premisa del restablecimiento de su pleno derecho".

Contra este auto del Tribunal, la apoderada del actor, presentó el recurso de apelación; argumentando:

Que el pronunciamiento del Tribunal debe ser sobre las comunicaciones 05657 de junio 7 de 1983 y 10185 de 28 de septiembre de 1983.

Que lo que determina la caducidad de la acción, es la prescripción del derecho cuando la ley expresamente lo consagra y en este caso, el derecho del actor nunca estará prescrito, mientras él se halle escalafonado en la carrera administrativa como *pagador*, cargo que tiene derecho a ocupar y que la administración no se le ha permitido.

El actor se encuentra escalafonado dentro de la carrera administrativa como *pagador*. Admitir lo contrario sería como decir que el derecho que tiene el empleado a reclamar los salarios y prestaciones que corresponden al cargo prescriben en cuatro meses.

En este orden de ideas el tiempo para la reclamación es indefinido.

Posteriromente la apoderada del actor dentro del traslado para sustentar el recurso, se refirió de nuevo a puntos tratados en su escrito anterior para ratificarlos.

Consideraciones:

Como primera medida debe quedar establecido cuáles son los actos acusados por el actor, teniéndose que en razón al desistimiento de una de las pretensiones, lo que se demanda son las comunicaciones 05657 de junio 7 de 1983 por la cual la administración resolvió negativamente la reclamación de la apoderada del actor, a través de solicitud de revocatoria directa, sobre la incorporación al cargo correspondiente de su representado y Oficio número 10185 de 28 de septiembre de 1983 por el cual nuevamente se resuelve negativamente sobre puntos nuevos emanados de la comunicación 05657 de junio 7 de 1983.

Es necesario tener en cuenta que lo reclamado por el señor Molano Ortiz es el derecho a ser incorporado en el cargo que según él, le corresponde de acuerdo a su escalafonamiento en la carrera administrativa y las diferencias salariales correspondientes.

Es claro que ese derecho puede ser solicitado en cualquier tiempo mientras continúe vigente el escalafón. Y aun cuando el peticionario hubiera mencionado la revocatoria directa, deben tenerse sus escritos como nuevas solicitudes encaminadas a corregir la irregularidad en cuanto a la ubicación en la planta de personal.

Prescribirán sí los salarios no reclamados oportunamente mas no el derecho a ser incorporado correctamente según su escalafón.

En cuanto a la forma como la administración dio respuesta a las peticiones, es decir mediante simple comunicación suscrita por funcionario distinto del Ministro, será el Tribunal el que se pronuncie en su oportunidad.

Lo cierto es, que en el presente caso y por las razones ya expuestas, la Sala encuentra que no se operó la caducidad de la acción.

En efecto, como la demanda fue presentada el 6 de octubre de 1983 contra actos expedidos el 7 de junio y el 28 de septiembre de 1983, estaba dentro de los cuatro (4) meses señalados por la ley para esta clase de acciones.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

Revocar el auto de 25 de agosto de 1984, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Devolver el expediente al Tribunal a fin de que admita la demanda presentada por el señor Jorge Molano Ortiz, siempre que por razones diferentes a las aquí analizadas ello sea legalmente posible.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala, en sesión verificada el día veinte (20) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

REVOCACION DIRECTA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.— ACTO CREADOR DE SITUACION JURIDICA DE CARACTER PARTICULAR.

No se podía desconocer o revocar libremente, sino con estricta sujeción a los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo.

DECRETASE LA NULIDAD DE LA RESOLUCION número 1203 de diciembre 5 de 1985, la Dirección General de Asuntos Legales —División Legal de Minas— del Ministerio del ramo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., siete de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 4978. Minas. Actor: Minas Maturín Ltda.

En demanda de 14 de octubre de 1986 la sociedad Minas Maturín Ltda., solicita la nulidad de la Resolución número 1203 de 5 de diciembre de 1985, para que en su lugar se restablezca la vigencia de la número 769 de 24 de junio de ese mismo año, mediante la cual se dispuso:

> "*Artículo único.* Fijar a la empresa Minas Maturín Ltda., interesada en la solicitud de Licencia número 3548 el término de un (1) mes contado a partir de la notificación de la presente providencia, para que reciba los formularios correspondientes y compruebe capacidad económica y técnica de conformidad con la Resolución 000169 de 1985 y demás normas concordantes".

Pide, además, que como consecuencia del restablecimiento de dicha Resolución "se ordene al Ministerio de Minas y Energía el estudio de la documentación presentada por Minas Maturín Ltda., en cumplimiento de tal acto administrativo para resolver la solicitud de acogerse a las excepciones consagradas en el artículo 1º (b) de la Ley 61 de 1979 y el artículo 4º (f) del Decreto 1155 de 1980 y prevenir la cancelación de la solicitud de Licencia número 3548 de la cual es titular Minas Maturín Ltda.".

Como hechos narra en síntesis la demanda:

1. Que la sociedad demandante está domiciliada en Cúcuta y se constituyó mediante escritura pública número 317 de 30 de abril de

1975 (Notaría 20 de Bogotá), cuyo objeto social es la exploración, explotación y montaje industrial de zonas carboníferas.

2. Que el señor Tulio Carrero B., presentó ante el Ministerio de Minas la solicitud de licencia de exploración número 3548, la que fue admitida mediante Resolución 1606 de 28 de septiembre de 1970; adquiriendo así el derecho a tramitarla con miras a explotar el carbón en la zona materia de la misma.

3. Que el señor Carrero cedió el 50% de sus derechos en la solicitud 3548 a la sociedad R. Núñez e Hijos Ltda., y ambos pidieron al Ministerio autorización para cederla a Minas Maturín Ltda., habiéndose concedido en Resolución número 2076 del 1º de octubre de 1975.

4. Que al entrar en vigencia la Ley 61 de 1979 aún no se había otorgado la licencia 3548.

5. Que la sociedad alegó encontrarse dentro de la excepción consagrada en el artículo 1º (b) de la Ley 61 de 1979, en concordancia con el 4º (f) del Decreto 1155 de 1980; y que, por tanto, no era procedente la cancelación de la solicitud de licencia 3548.

6. Que el Ministerio, ante la petición de visita ocular, practicó la diligencia y concluyó que los trabajos realizados en la zona correspondiente a la solicitud "fueron iniciados antes de la expedición del Decreto 2533 de 1978".

7. Que el Ministerio exigió que la sociedad debía comprobar su capacidad técnica y económica y para el efecto expidió la Resolución 769, fijando el término de 1 mes para dicha comprobación.

8. Que el 24 de junio de 1985, la demandante presentó la documentación requerida y renunció al término de ejecutoria de la Resolución 769; quedando ésta en firme.

9. Que la Resolución 1203 de manera unilateral revocó la 769 por considerarla manifiestamente ilegal y rechazó la solicitud de licencia número 3548.

10. Que contra la mencionada Resolución se interpuso el recurso de reposición, el que fue despachado negativamente en la número 295 de 13 de mayo de 1986; la que fue notificada por edicto.

En el capítulo normas violadas se citan como infringidos los siguientes artículos: 20, 26, 30, 55 y 141 (3) de la Constitución; 3º, 14, 28, 34, 35, 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo.

De folios 36 a 38 aparece explicado el concepto de la violación, en forma que satisface los requerimientos legales.

El suscrito ponente inadmitió la demanda por caducidad de la acción. El proveído en cuestión fue revocado por la Sala de Decisión, la que en auto de 12 de marzo del año pasado admitió la demanda y decretó la suspensión provisional del acto impugnado.

Cumplido el trámite de rigor, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

La Fiscalía, en su oportunidad, conceptuó que se debían despachar favorablemente las súplicas de la demanda. De esa vista de mayo 2 de 1988 (a fls. 74 y ss.) se destacan los siguientes apartes:

"Al admitirse la demanda, la Sala resolvió la suspensión provisional solicitada. Las razones que expuso la Sala en ese momento para acceder a suspender la Resolución acusada son compartidas por este Despacho.

"En realidad la administración concedió mediante acto administrativo, el término de un mes a la sociedad actora para que recibiera los formularios correspondientes y comprobara su capacidad económica y técnica de acuerdo con lo establecido en la Resolución 169 de 1985 y normas concordantes; la anterior decisión fue tomada en junio 24 de 1985. La actora al parecer presentó los documentos solicitados y en el expediente aparece copia de un memorial al folio 20 con constancia de recibo en donde la sociedad Minas Maturín Ltda., se da por notificada de la Resolución 769 de junio 24 de 1985 y renuncia a los términos de ejecutoria. Expresa así mismo que la sociedad ya dio cumplimiento a lo solicitado en el mencionado acto.

"Cuando la administración dictó la Resolución 1203 en diciembre 5 de 1985, ya no podía revocar la Resolución 769 antes citada, como bien lo afirma el actor, pues se había creado a favor de la sociedad el derecho a que la administración estudiara los documentos que había presentado para comprobar la capacidad económica y técnica.

"Al proceder la administración en la forma que lo hizo violó las normas indicadas en la demanda y en especial los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo que establecen la forma y los requisitos que se deben cumplir para que la administración pueda revocar un acto administrativo creador de una situación jurídica de carácter particular o por el cual se haya reconocido un derecho similar. En el presente caso, cuando se expidió el acto acusado, la administración no obtuvo el consentimiento expreso y escrito de la sociedad Minas Maturín Ltda., como lo exige la ley. De tal manera, que fácilmente se puede deducir que el acto administrativo acusado es violatorio de las normas citadas, como acertadamente lo afirma la Sala en la providencia que decidió la suspensión provisional".

Hecho el recuento anterior, se anota:

La Sala de Decisión sostuvo en su auto de suspensión provisional de 12 de marzo de 1987, puntos de vista que conservan vigencia para la definición del presente asunto y dejan poco margen para nuevas reflexiones, máxime cuando la misma Fiscalía es partidaria de acoger en su integridad las súplicas de la demanda.

Allí, se expuso:

"A) Del texto de la Resolución acusada (fls. 5, 6 del cuaderno 1) se observa que la administración consideró 'manifiestamente ilegal la Resolución número 00769 del 24 de junio de 1985, según la cual extemporáneamente se fijó un nuevo término para

demostrar la citada capacidad (económica), por mandato del artículo 9º de la Resolución número 000169 del 2 de febrero del mismo año' y por tal motivo consideró que debía 'dejarse sin efecto' la Resolución 769, como en efecto lo dispuso el acto demandado en su artículo *segundo*.

"En la misma Resolución se dispuso rechazar la solicitud de licencia para la exploración y declarar libre la zona correspondiente (arts. *primero y tercero*);

"B) Para saber si la administración podía unilateralmente revocar o 'dejar sin efecto' la Resolución número 769, que consideró manifiestamente ilegal, es necesario verificar si esta creó o no una situación jurídica de carácter particular y concreto, cuando concedió a la sociedad demandante, en su calidad de interesada en la solicitud de Licencia número 3548 para la exploración de carbón, el término de un mes para que comprobara su capacidad económica y técnica. La Sala estima que la Resolución 769 al conceder tal plazo, sí creó una situación jurídica subjetiva, protegida por el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo consistente en la facultad de poder presentar, en los formularios al efecto diseñados por el Ministerio de Minas y Petróleos, los estudios e informaciones tendientes a demostrar su capacidad económica y técnica para explorar y explotar minas de propiedad de la Nación, de conformidad con el artículo 7º del Decreto 3050 de 1984;

"C) Se concluye, entonces que el Ministerio de Minas y Energía no podía desconocer o revocar libremente, sino con estricta sujeción a las previsiones contenidas en los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo, la mencionada Resolución 769. Y como así no procedió el Ministerio de Minas y Energía sino que, al contrario, mediante el acto impugnado resolvió rechazar la solicitud de Licencia número 3548, dejar sin efectos la Resolución 769 antes citada y declarar libre la zona correspondiente a la prenombrada solicitud de licencia, viénese en conclusión que la Resolución acusada violó de manera ostensible y flagrante los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo que en forma precisa y clara regulan de qué manera y mediante el cumplimiento de cuáles requisitos puede la administración revocar y privar de efectos jurídicos a un acto suyo anterior que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, a saber: Obteniendo el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular y adelantando la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes del Código Contencioso Administrativo, siempre que no se trate de actos resultantes de la aplicación del silencio administrativo positivo como, evidentemente, no es el caso de la Resolución impugnada. Por consiguiente, esta Sala de Decisión accederá a ordenar la suspensión provisional solicitada, habida cuenta de que, además, la sociedad actora demostró en forma sumaria el perjuicio que podría experimentar si se mantiene en vigor el acto que impugna mediante la acción consagrada por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo".

Aunque el examen que se hizo en el auto que se deja transcrito fue preliminar o de primer intento, la Sala considera que esa violación se pone de presente luego del análisis de fondo de la cuestión, ya que la revocatoria decretada por la administración se cumplió en forma irregular y anómala, con desconocimiento no sólo de los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo sino de las normas constitucionales señaladas en la demanda.

Es claro que la Resolución número 000769 de 24 de junio de 1985, al darle a la interesada un término para la comprobación de su capacidad económica y técnica, estaba creando a su favor una situación particular y concreta que le abría la posibilidad de obtener la licencia de exploración técnica del carbón en un predio ubicado en la comprensión territorial de los municipios de Santiago, San Cayetano y El Zulia (Norte de Santander); y por ende, debió dársele la oportunidad de cumplir con lo allí exigido.

Pero la administración, en actitud que desdice de su seriedad, varió los términos de la relación, no sólo al hacer caso omiso de la Resolución antecitada, sino al apoyarse en situación fáctica anterior, reconocida por ella misma como insuficiente.

Para comprender esa conducta irregular basta tener en cuenta estos elementos de juicio que se deducen del acervo probatorio y que historian lo sucedido en el año de 1985. Así:

a) El 15 de febrero de ese año, la División Legal del Ministerio de Minas, mediante auto, exigió, para poder conceptuar sobre la capacidad económica y técnica de Minas Maturín Ltda. en la solicitud 3548, que allegara la documentación actualizada y completa de conformidad con las Resoluciones números 2393 de 1977 y 2160 de 1983 y el Decreto 3050 de 1984 (al fl. 210 antecedentes);

b) El 22 de esos mismos mes y año, sin habérsele notificado la decisión precedente a la parte interesada, el Jefe de la Oficina de Planeación de dicho Ministerio, conceptuó que Minas Maturín Ltda. no había demostrado esa capacidad para adelantar labores de exploración en el área de la licencia mencionada (a fl. 210);

c) La sociedad Minas Maturín Ltda., por conducto de apoderado, solicitó el 3 de mayo siguiente:

> "Como quiera que las normas sobre capacidad técnica y económica han sido recientemente modificadas (art. 53 del Decreto 1275 de 1970, subrogó art. Decreto 3050 de 1984; reglamentado por Resolución 169 de 1985), en vista de existir ahora mayor claridad normativa sobre los requisitos y documentos para demostrarla, siendo preciso adecuar estos trámites a ellas y estando Minas Maturín Ltda., en su derecho y disposición de dar cumplimiento, conforme al artículo 4º de la Resolución 169 de 1985 *solicitó* por la Secretaría Jurídica se ponga a disposición de mi mandante los formularios respectivos a fin de diligenciarlos dentro del término fijado por dicha Resolución";

d) La División Legal estimó valederas esas razones, ya que, según su propia afirmación, se habían señalado nuevas pautas para la com-

probación de la capacidad económica y técnica en la Resolución 000169 de 1985; y en consecuencia, expidió la Resolución 000769 el 24 de junio de ese año, en cuya parte resolutiva dispuso:

> "*Artículo único.* Fijar a la empresa Minas Maturín Ltda., interesada en la solicitud de Licencia número 3548 el término de un (1) mes contado a partir de la notificación de la presente providencia, para que reciba los formularios correspondientes y compruebe capacidad económica y técnica de conformidad con la Resolución número 000169 de 1985 y demás normas concordantes";

e) Pero el Ministerio, en lugar de evaluar la nueva situación así planteada; vale decir, en lugar de conceptuar con base en los nuevos elementos de juicio aportados desde el 24 de junio, expidió la Resolución 001203 de 5 de diciembre de 1985, basándose para ello en el concepto señalado en el literal b) precedente (el de 22 de febrero), el que se había dejado sin valor por la misma entidad por haberse apoyado en una situación reglamentaria y legal que había cambiado, según la propia afirmación del aludido Ministerio.

Lo precedente no es aseveración gratuita de esta Sala, sino que se desprende del texto mismo de la Resolución cuestionada. Para el efecto se transcribe lo pertinente:

> "En este estado de las diligencias tenemos que dado el número de negocios en poder de la empresa, se le impone la obligación de comprobar su capacidad técnica y económica; emitido por el Jefe de la Oficina de Planeación el concepto correspondiente (fl. 241) se concluye que carece de dicha capacidad, por lo cual debe rechazarse la presente petición".

Hecho el relato anterior, debe concluirse que si el Ministerio, con base en cambios de orden legal y reglamentario dio un plazo nuevo para la comprobación de la capacidad requerida en la solicitud 3548, tenía que respetarlo, so pena de violar la normatividad superior alegada en la demanda. Violación que fue tan evidente que sirvió, incluso, de soporte para la suspensión provisional de la Resolución impugnada.

De allí pues que la nulidad de la Resolución 001203 no tendrá la virtualidad de dar un nuevo plazo, ya que éste corrió con amplitud a partir de la notificación de la Resolución 000769 que lo confirió; hecho que se produjo el día 31 de julio de 1985 (a fl. 217 antecedentes), fecha en la que la parte se dio por notificada y afirma haber acompañado la documentación requerida desde el 24 de junio anterior, pero sí dará esa nulidad la oportunidad para que el Ministerio emita el concepto requerido sobre capacidad, con base en las pruebas aportadas en la oportunidad alegada por la sociedad interesada.

Por lo expuesto y de acuerdo con la señora Fiscal, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1. Decrétase la nulidad total de la Resolución número 1203 de 5 de diciembre de 1985, dictada por la Dirección General de Asuntos Legales —División Legal de Minas— del Ministerio de Minas y Energía, mediante la cual se rechaza la solicitud de Licencia número 3548 y se dejó sin efecto la Resolución número 000769 de 24 de junio de 1985.

2. Como consecuencia, la administración deberá continuar el trámite de la aludida solicitud 3548 presentada con miras a la exploración técnica de carbón, en un predio ubicado en jurisdicción de los municipios de Santiago, San Cayetano y El Zulia, en el Departamento de Norte de Santander y para el efecto deberá emitir el concepto sobre la capacidad económica y técnica de conformidad con la Resolución número 000169 de 1985 y demás normas concordantes.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 3 de junio de 1988.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CAPITULO IV

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES DEL ORDEN NACIONAL

REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS.—

"El modo de abrir y llevar la matrícula se ajustará a lo dispuesto en esta ordenación de manera que ella exhibe en todo momento el estado jurídico del respectivo bien" (art. 82 del Decreto 1250 de 1970). OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS. FALLAS Y OMISIONES. Es sólo la justicia ordinaria a quien compete decidir acerca de las consecuencias jurídicas de las fallas y omisiones en que incurrió.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintitrés de enero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyectó: *Doctor Nelson Zuluaga Ramírez.*

Referencia: Expediente 218. Actor: Banco del Comercio.

El Banco del Comercio, entidad bancaria domiciliada en la ciudad de Bogotá, solicita a través de apoderado, que previos los trámites legales y con citación del Superintendente de Notariado y Registro y del Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de San Andrés y Providencia, se declare:

"1. Que es nula la Resolución número 014 del 26 de julio de 1983, proferida por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de San Andrés y Providencia, mediante la cual se ordena una corrección de los folios de Matrícula Inmobiliaria números 450-0002535 y 450-0002536.

"2. Que es nula la Resolución 0042 del 16 de enero de 1984, proferida por la Superintendencia de Notariado y Registro, mediante la cual se desató el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución a que se refiere el numeral anterior.

"3. Que como consecuencia de las dos declaraciones anteriores y en restablecimiento del derecho conculcado a mi mandante, Banco del Comercio, se disponga la cancelación de las anotaciones números 03, 04, 05, 06, 07 y 08 de que trata el artículo 1º de la Resolución número 014 del 26 de julio de 1983, restableciendo de esta forma el derecho que mi mandante Banco del Comercio tiene sobre los predios de que tratan los folios de Matrícula Inmobiliaria números 450-0002535 y 450-0002536".

Los actos acusados:

Dictó el Registrador de Instrumentos Públicos de San Andrés y Providencia la Resolución número 014 de 26 de julio de 1983, cuyo texto es el siguiente:

"Considerando que:

"1. El artículo 82 del Decreto-ley 1250 de 1970, dispone que el folio de Matrícula Inmobiliaria exhibirá en todo momento el estado jurídico del respectivo bien.

"2. Mediante Escritura número 207 del 7 de junio de 1976, registrada el 11 de junio de 1976, la señora Tita Rueda de Schaub vende al doctor Germán Campos Garrido, tres lotes de terreno ubicados en Providencia y denominados Camp, Allan Bay y Allan Bay o Camp, adquiridos por la vendedora por adjudicación en el juicio de sucesión del señor Amos Augusto Britton, registrada el 17 de febrero de 1976.

"3. El doctor Germán Campos Garrido posteriormente adelantó juicio de pertenencia sobre los lotes mencionados, indicándose en la sentencia que ellos componen un solo globo dividido en dos secciones y dan linderos especiales de cada una de ellas. Esta sentencia se registró el 1º de julio de 1979 y se abrieron los folios números 450-0001405 y 450-0001406.

"4. Mediante Escritura número 2435 del 24 de noviembre de 1982 de la Notaría 2ª de Popayán, registrada el 7 de diciembre de 1982, el doctor Germán Campos Garrido, efectúa división material y definición de linderos de los dos lotes señalados en el punto anterior, correspondiéndoles las Matrículas Inmobiliarias números 450-0005195 a la 450-0005214.

"5. Que en 1980, la señora Tita Rueda de Schaub solicita dos certificados de Tradición y Libertad de los lotes denominados Allan Bay y Allan Bay o Camp los cuales había vendido por la Escritura 207 del 7 de junio de 1976 al doctor Germán Campos Garrido y la oficina procedió a asignarles a estos dos lotes nuevos folios de Matrícula los números 450-0002535 y 450-0002536.

"6. Con posterioridad la señora Tita Rueda de Schaub mediante Escritura número 415 del 18 de agosto de 1980 constituye hipoteca al Banco del Comercio sobre los dos lotes mencionados, la cual se inscribe en los folios 450-0002535 y 450-0002536.

"7. Con Oficio número 87 del 4 de mayo de 1981, del Juzgado Civil del Circuito, el Banco del Comercio decretó el embargo sobre los dos lotes y se registró en los folios 450-0002535 y 450-0002536.

"8. A continuación de los mismos dos folios se inscribe el embargo, Oficio número 043 del Juzgado Civil del Circuito de San Andrés y finalmente se registra el 21 de marzo de 1983, la diligencia de remate de fecha 24 de febrero de 1983, del Juzgado Civil del Circuito.

"9. Como consecuencia de lo anterior, los folios de Matrículas números: 450-0002535 y 450-0002536, no exhiben la real situación jurídica del inmueble y se hace necesario efectuar las correcciones pertinentes.

"Resuelve:

"Artículo 1º Inclúyase como anotación 03 de los folios de matrícula números 450-0002535 y 450-0002536, la inscripción de la Escritura número 207 del 7 de junio de 1976, registrada en el Libro primero A, Tomo 1º de 1976, partida 191, páginas 365-66.

"Inclúyase como anotación 04 de los folios de matrícula número 450-0002535 y 450-0002536, la inscripción de la sentencia de pertenencia del Juzgado Promiscuo Municipal de Providencia, registrada en los folios 450-0001405 y 450-0001406, colocando entre paréntesis en la especificación de la naturaleza del acto que incluye éste y dos lotes más correspondientes a los folios 450-0001405, 450-0001406 y 450-0006249.

"Inclúyase como anotación 05 de los folios 450-0002535 y 450-0002536 la inscripción de la Escritura 415 del 19 de agosto de 1980.

"Inclúyase como anotación 06 de los folios 450-0002535 y 450-0002536, la inscripción del Oficio 087 del Juzgado Civil del Circuito de San Andrés, de fecha 4 de mayo de 1981.

"Inclúyase como anotación 07 de los folios 450-0002535 y 450-0002536, la inscripción del Oficio 043 del Juzgado Civil del Circuito de San Andrés de fecha 7 de marzo de 1983.

"Inclúyase como anotación 08 de los folios números 450-0002535 y 450-0002536 la diligencia del Juzgado Civil del Circuito de fecha 24 de marzo de 1983".

Apelada la anterior providencia, decidió el recurso el Superintendente de Notariado y Registro mediante la Resolución número 0049 de 6 de enero de 1984, en cuyo artículo 1º resolvió: "Confírmase la Resolución 014 de julio de 1983, expedida por el Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de San Andrés y Providencia".

La demanda:

Refiere el actor que el 18 de agosto de 1980 figuraba registrada la señora Tita Rueda de Schaub como única propietaria en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de San Andrés y Providencia de los inmuebles a los que corresponden los números de Matrícula Inmobiliaria 450-0002535 y 450-0002536, habiendo en tal virtud dicha propietaria constituido ese día hipoteca de primer grado a favor del Banco del Comercio sobre los inmuebles en cuestión, gravamen que se registró en la Oficina de Registro citada el 20 de agosto de 1980. El Juzgado Civil del Circuito de San Andrés, sigue diciendo la demanda, dictó dentro del proceso de ejecución con título hipotecario adelantado por el Banco del Comercio contra Tita Rueda de Schaub, una providencia fechada el 24 de febrero de 1983 adjudicando al referido Banco los predios tantas veces mencionados, providencia que inscribió el Registrador de San Andrés y Providencia el 21 de marzo de ese año en los números de Matrícula 450-0002535 y 450-0002536. Dice finalmente el demandante: "Sorpresivamente el señor Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de San Andrés y

Providencia, mediante Resolución número 014 del 26 de julio de 1983, materia de esta demanda, sin que mediara orden judicial alguna bajo la disculpa de corregir oficiosamente las Matrículas Inmobiliarias número 450-0002535 y 450-0002536", decidió en la forma ya anotada, pronunciamiento confirmado por la Superintendencia de Notariado y Registro.

Como normas violadas se citan los "artículos 20 y 30 de la Constitución Nacional" y "5º, 40 y 82 del Decreto 1250 de 1970". El quebranto de la primera norma constitucional lo hace radicar en que el Registrador de San Andrés y Providencia "se extralimitó en sus funciones, al dar indebida interpretación al artículo 82 del Decreto 1250 de 1970... con lo cual quitó la propiedad al Banco del Comercio, de los dos inmuebles mencionados, decisión que compete única y exclusivamente a la justicia ordinaria". Se violó el artículo 30 de la Carta, al decir del actor, por cuanto "el Banco del Comercio adquirió la propiedad de los mencionados inmuebles, por medio de justo título, y con arreglo a las leyes civiles, cual fue la providencia que se los adjudicó, proferida por el Juzgado Civil del Circuito", propiedad de la cual se está "despojando al Banco del Comercio por medio de un acto administrativo". Anota luego que el artículo 5º del Decreto 1250 de 1970 "previene que cada inmueble debe tener un folio determinado distinguido con el código indicativo del orden interno de cada oficina y de la sucesión en que se vaya sentando" y que debido a la existencia de varios folios para un mismo predio se presentó la confusión en que incurrió la Oficina de Registro. Que de haber unificado los folios la entidad en su oportunidad, mostrando que la señora Tita Rueda de Schaub no era la verdadera propietaria "el Banco del Comercio no hubiera procedido a recibir la hipoteca sobre los predios señalados". Añade que el artículo 40 del Decreto 1250 de 1970 prescribe que "el Registrador procederá a cancelar un registro o inscripción cuando se le presente la prueba de cancelación del respectivo título o acto, o la orden judicial en tal sentido". Dice que este precepto se infringió, por cuanto la Oficina de Registro canceló anteriores números de matrículas inmobiliarias al trasladar sus anotaciones a los números 450-0002535 y 450-0002536, sin haberse presentado "la prueba de cancelación de los respectivos títulos o acto, o la orden judicial en tal sentido". Por último que el artículo 82 del Decreto 1250 de 1970 estatuye: "El modo de abrir y llevar la matrícula se ajustará a lo dispuesto en esta ordenación, de manera que aquella exhiba en todo momento el estado jurídico del respectivo bien". Que la Registraduría dio una interpretación equivocada a esta disposición "ya que en ella no está implícita la facultad de corregir errores por medio de resoluciones y aún más, tomar decisiones que competen a la justicia ordinaria".

Impugnación de la demanda:

Se constituyó en parte impugnadora la Superintendencia de Notariado y Registro a través de apoderado, consignando su oposición en escrito que obra a folios 45 a 48, negando "el derecho invocado por la parte actora, ya que los registradores de instrumentos públicos están facultados por el Decreto 1250 de 1970, para ordenar correccio-

nes" y porque "las resoluciones impugnadas se ajustan al estatuto de registro de instrumentos públicos y no transgreden ninguna norma superior". Propuso además la excepción que denomina de "falta de legitimidad en la causa por parte activa" que hace consistir en que "la demanda fue instaurada por el Banco del Comercio suscursal San Victorino en Bogotá D. E., y de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria, expedida el 21 de marzo de 1984, el gerente de la sucursal citada tiene la representación de ella para todos los efectos legales, mas no la representación de la sucursal de San Andrés Isla".

Alegato de las partes:

Presentaron alegatos de conclusión tanto el demandante como el impugnador. El primero, al reafirmarse en los ataques que contra el acto administrativo acusado hace en su demanda, concluye:

"Con las pruebas aportadas, los fundamentos de derecho y la respuesta a la demanda por parte de las entidades que dictaron las resoluciones atacadas, queda claramente demostrado que las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos no pueden oficiosamente y sin 'oír al vencido' dictar resoluciones arrebatando la propiedad que tiene legalmente un particular sobre un inmueble, y que la norma que aparentemente sirvió de fundamento para la Resolución 014 de 26 de julio de 1983 (art. 82 del Decreto 1250 de 1970) no le concede tales atribuciones pues sería contrario a la Constitución Nacional que garantiza la propiedad de los particulares, por lo cual deberá decretarse la nulidad de las Resoluciones que violan las anteriores disposiciones y concretamente la Resolución 014 de julio de 1983 y 0049 de 6 de enero de 1984".

El impugnador, por su parte, reitera la excepción propuesta, agregando que "en la demanda se solicita la nulidad de la Resolución 042 de 1984 de la Superintendencia de Notariado y Registro, providencia que no se aportó al proceso, razón por la cual debe denegarse su nulidad. Tampco se solicitó la nulidad de la 049 de 1984 de la Superintendencia de Notariado y Registro que es la que aparece en el proceso, por lo cual no puede el honorable Consejo de Estado pronunciarse sobre ella". Y al defender la legalidad de los actos acusados, concluye:

"Corresponde a las oficinas de registro de instrumentos públicos dar publicidad de la tradición y situación jurídica de los bienes inmuebles. Si se detecta por parte de esas oficinas errores en el registro inmobiliario, no pueden mantenerse indefinidamente en el error y a sabiendas de él dar publicidad de una situación que no corresponde realmente a la situación jurídica de los bienes, porque se desvirtuaría la razón de ser del registro de instrumentos públicos.

"Es por esta razón que establecido el error debe procederse inmediatamente a su corrección, tal como se hizo en el caso que se debate".

Concepto Fiscal:

Cabe destacar los siguientes planteamientos hechos por el señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo:

"2. Hubo un lapso en que en los folios de matrícula inmobiliaria figuraban los inmuebles como de propiedad de la señora Tita Rueda de Schaub, lo cual sirvió de fundamento al Banco del Comercio para otorgar a dicha señora un crédito que fue respaldado por ésta mediante garantía hipotecaria.

"3. La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Andrés cuando recibió la sentencia ejecutoriada del Juzgado Promiscuo Municipal de Providencia, en cumplimiento de lo que al respecto ordena el artículo 69 del Decreto 1250 de 1970, optó por abrir nuevos folios de matrícula inmobiliaria asignándoles los números 450-0001405 y 450-0001406 (fls. 64 y 67 del cuaderno principal); no obstante, más tarde ya al caer en cuenta que estos últimos no reflejan el real estado jurídico de los inmuebles en todo momento, como lo ordena el artículo 82 del Decreto 1250 de 1970, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Andrés y Providencia resolvió, a través de la Resolución 014 impugnada, incluir las anotaciones complementarias en los folios 450-0002535 y 450-0002536.

"...Así las cosas, carece de todo fundamento el restablecimiento del derecho que impetra el actor por cuanto con lo dicho y probado es claro que el acto demandado buscó, antes que violar las normas, legalizar la situación anómala del registro de los inmuebles como lo ordena el artículo 82 del Decreto 1250 de 1970, luego declarar la nulidad de los mismos sería volver las cosas de nuevo al estado de ilegalidad. En otras palabras, es ilógico, por decir lo menos, pretender que mediante una acción de nulidad y como restablecimiento del derecho se pida la anulación de un acto administrativo que subsanó una ilegalidad pues al desaparecer aquél ésta renacería lo que es completamente opuesto a la actividad de la jurisdicción que es precisamente la de velar por la legalidad y no propiciar lo contrario a ella".

Consecuente con las anteriores aseveraciones, solicita al colaborador fiscal que deben "despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda".

Consideraciones de la Sala:

En la copia de la demanda que obra a folios 3 y siguientes, allegadas al expediente mediante el procedimiento de reconstrucción regulado por el Decreto 3825, consta que la presente acción fue instaurada por el "Banco del Comercio, establecimiento bancario legalmente constituido, con domicilio principal en Bogotá, D. E.". No se alude en parte alguna del libelo a la Sucursal San Victorino, como se afirma en la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión. Baste lo anterior, sin necesidad de más consideraciones, para concluir que no tiene asidero fáctico alguno la excepción que plantea el impugnador.

La otra situación que plantea la parte impugnadora, a manera de defensa, es el haberse demandado la nulidad de la Resolución número 0042 de 16 de enero de 1984 y no la número 049 de 6 de enero del mismo año que fue la allegada al proceso. Debe la Sala anotar al respecto que fue efectivamente esta última Resolución la que decidió la apelación y agotó la vía gubernativa y no la citada en la demanda. Se está aquí empero frente a un intrascendente *lapsus calami* que en nada demerita la acción incoada, toda vez que no cabe duda alguna de que la intención manifiesta del actor fue la de demandar la nulidad del acto que decidió el recurso de apelación contra la Resolución número 014 de 26 de julio de 1983 dictada por la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de San Andrés y Providencia. Y como la copia de dicho documento fue aportada con la demanda hay que concluir que al ser admitida fue así debida y justamente interpretado tal acto procesal. Así las cosas, esta sentencia decidirá acerca de la nulidad de la providencia originaria de la Superintendencia de Notariado y Registro, confirmatoria de la Resolución número 014 de 1983.

Aclarados suficientemente los dos anteriores aspectos, se tiene que, grosso modo, son los siguientes los hechos que dieron origen a la citada Resolución 014 de 26 de julio de 1983:

a) La señora Tita Rueda de Schaub vendió al señor Germán Campos Garrido, mediante Escritura número 207 de 7 de junio de 1976, tres lotes de terreno de su propidad ubicados en Providencia;

b) Posteriormente el comprador señor Campos Garrido adelantó proceso de pertenencia de los citados lotes y obtuvo en la correspondiente sentencia que ellos fueran divididos en dos lotes, a los que se abrieron los folios de matrícula 450-0001405 y 450-0001406, hecho ocurrido en el año de 1979;

c) En el año de 1980 la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Andrés y Providencia asignó nuevos folios de matrícula a los predios que había adquirido el señor Germán Campos Garrido, los que quedaron bajo los números 450-0002535 y 450-0002536, registrados erróneamente como si aún fueran de propiedad de la señora Tita Rueda de Schaub;

d) Prevalida de la anterior circunstancia, la señora Tita Rueda de Schaub constituyó al Banco del Comercio, mediante Escritura número 415 de 18 de agosto de 1980, hipoteca de primer grado sobre los aludidos predios 450-0002535 y 450-0002536;

e) Posteriormente fueron embargados los citados predios por el Banco del Comercio y finalmente adjudicados a esta entidad dentro del proceso de ejecución con título hipotecario que adelantó el Banco contra la señora Tita Rueda de Schaub.

De acuerdo a lo anterior, debe concluirse que la señora Tita Rueda de Schaub otorgó al Banco del Comercio hipoteca sobre bienes inmuebles que no le pertenecían, por cuanto ella misma los había enajenado años antes al señor Germán Campos Garrido. Con ello, es de toda evidencia, se causó un ostensible perjuicio a la entidad bancaria,

perjuicio que resulta aún más palmario ante el hecho de la posterior adjudicación al Banco de los inmuebles que garantizaban el crédito hipotecario.

Más el innegable daño causado al Banco del Comercio, atribuible ciertamente a la forma defectuosa como llevó a cabo el registro la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Andrés y Providencia, no se causó ciertamente mediante la Resolución 014 de 1983 como lo pretende el actor, sino por obra de las omisiones y fallas anteriores en que se incurrió. Al ordenar por consiguiente el Registrador de Instrumentos Públicos de San Andrés y Providencia, mediante su Resolución número 014 de 1983, la anotación en la matrícula de los inmuebles de que se trata, de las inscripciones hasta ese momento omitidas, no hizo otra cosa que dar estricta aplicación a la norma invocada, es decir, el artículo 82 del Decreto 1250 de 1970 que reza: "El modo de abrir y llevar la matrícula se ajustará a lo dispuesto en esta ordenación, de manera que aquella exhiba en todo momento el estado jurídico del respectivo bien".

Y el estado jurídico de los predios distinguidos con los números de matrícula 450-0002535 y 450-0002536, en el momento en que se produjo la Resolución 014 de 1983, era precisamente el que se derivaba de la Escritura número 207 de 1976 y de los actos jurídicos subsiguientes. Mediante los registros ordenados el señor Registrador no hizo cosa distinta a cumplir lo que perentoriamente le mandaba el estatuto de registro de instrumentos públicos, sin que en la Resolución acusada se vislumbre el más mínimo pronunciamiento acerca de la titularidad del dominio de los predios en cuestión, como erróneamente lo plantea el demandante. Es sólo a la justicia ordinaria a quien compete decidir acerca de las consecuencias jurídicas de las fallas y omisiones en que incurrió la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Andrés y Providencia y sobre la actual titularidad del dominio sobre los inmuebles involucrados. Mientras tanto, el señor Registrador se ha limitado, mediante su Resolución 014 de 1983, a dar fe de las inscripciones ocurridas hasta ese momento.

Si por la Oficina de Registro se incurrió en violación del artículo 5º del Decreto 1250 de 1970, como lo sostiene el actor, por la existencia de varios folios relativos a un mismo inmueble, tal vicio fue precisamente subsanado mediante la Resolución 014 de 1983. No se da tampoco el quebranto del artículo 40 del mismo estatuto, por cuanto el Registrador no ha dispuesto cancelación alguna en su Resolución. Se limitó, se repite una vez más, a dar cuenta de todos los registros anteriores.

Si como queda analizado, mediante los actos acusados no se incurrió en los quebrantos de las normas superiores de que da cuenta la demanda, no ha de prosperar la pretensión incoada.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y 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 22 de enero de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO.—

1. Concepto, elementos; definición; DIFERENCIAS CON EL NEGOCIO. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS (art. 62 del Decreto 01 de 1984). CONCEPTOS. CIRCULARES, ACTOS DE CERTIFICACION Y REGISTRO. No son demandables las meras opiniones o conceptos PARTICULARES DE LA ADMINISTRACION (Decreto 01 de 1984), PERO SI LOS QUE SE QUIERAN APLICAR DE MODO GENERAL.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintidós de enero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 0549. Actor: Eduardo Laverde Toscano contra Dirección General de Impuestos Nacionales. Nulidad y suspensión provisional de los conceptos números 23192 de septiembre 13 de 1985 y 0505 de marzo 25 de 1986 proferidos por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

El doctor Eduardo Laverde Toscano, abogado y ciudadano en ejercicio, solicita de esta Corporación, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código de lo Contencioso Administrativo, la invalidación de los conceptos emitidos por la Dirección General de Impuestos Nacionales, distinguidos con los números 23192 de 13 de septiembre de 1985 y 0505 de 25 de marzo de 1986, respectivamente.

Contenido de los conceptos emitidos:

En el concepto distinguido con el número 23192, la Dirección General de Impuestos Nacionales, a solicitud del demandante, consideró que el anticipo es una obligación correspondiente al año gravable que sirva de base para su cálculo, y la obligación se configura independientemente del período al cual sea imputable dicho valor; el anticipo se adiciona al total liquidado por concepto de impuesto, con el fin de que el contribuyente determine la suma a cargo por el respectivo ejercicio fiscal, y cancele el saldo; el anticipo es un impuesto, se cancela a título del año siguiente al gravado; la falta de liquidación o la errónea liquidación del anticipo o la deducción incorrecta del mismo, constituye error aritmético, sancionable en los

términos de ley; la ley establece el concepto de impuesto a cargo, que es el saldo que resulta de aplicar al impuesto básico, los descuentos, las retenciones y la sumatoria o la deducción del anticipo.

Este concepto fue ratificado en el segundo emitido y ya mencionado.

Acusación:

La acusación del acto contra los conceptos emitidos por la Administración de Impuestos Nacionales la hace consistir en que ellos violan los artículos 24, del Decreto 3803 de 1982 y 46 del mismo.

El actor denomina, impropiamente, acto complejo a las decisiones acusadas, que no son tales, advierte la Sala, conforme al concepto que de acto complejo han expresado la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación y que no es pertinente transcribir.

La acusación la hace consistir en que las disposiciones que señala transgredidas no permiten inferir que los errores en el cálculo, manejo y determinación del anticipo impliquen errores aritméticos susceptibles de la sanción establecida en las mismas disposiciones.

Controvierte el actor la facultad en virtud de la cual se emitieron los conceptos acusados.

Advierte que, en virtud de programas de correcciones de errores aritméticos por parte de la Administración, que incluían extender la sanción del 100% prevista en el artículo 46 del Decreto 3803 de 1982 a las liquidaciones de anticipos correspondientes al año fiscal de 1984, por lo cual, dado que consideraba errada la actuación administrativa "convencido de que me asiste la razón jurídica y apoyado en adicionales argumentos de derecho, solicité '(marzo 5)' reconsiderar la posición original de la Dirección de Impuestos, solicitud que fue evacuada mediante lacónico concepto que también he acusado".

El actor hace en su libelo un extenso comentario sobre las razones por las cuales considera que el concepto mencionado debe anularse.

Alegaciones y concepto Fiscal:

Por estimarlo probablemente innecesario, el señor abogado demandante no hizo uso en la oportunidad para presentar alegaciones del derecho correspondiente.

Sí lo hizo, en cambio, el señor apoderado de la parte demandada, la Nación colombiana, y en su escrito dedujo los motivos que a juicio respaldan la validez del concepto acusado.

Por su parte, la distinguida Fiscal de esta Corporación, solicita la nulidad de todo lo actuado, por cuanto los conceptos acusados no son actos administrativos susceptibles de juicio jurisdiccional respecto de su validez.

Procede, en orden lógico, la Sala a examinar la solicitud de la Agencia Fiscal y al efecto considera:

1. El objeto de la jurisdicción contencioso administrativa.

El objeto, o sea la materia sobre la cual se ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo constituyen los actos y hechos administrativos de las entidades públicas y de las privadas cuando cumplan funciones públicas (art. 82 del Decreto-ley 01 de 1984).

Ante esta jurisdicción, dentro de la categoría de actos jurídicos, y a modo de especies de ese género, pueden demandarse, entro otros los conceptos y circulares que la Administración quiera aplicar de modo general, así como los actos de certificación y registro (art. 84 *ibídem*).

Bajo el Decreto 528 de 1964, mejor concebido desde el punto de vista de la técnica legislativa, se preveía que la jurisdicción de lo contencioso administrativo estaba instituida para definir los negocios originados en las decisiones, operaciones y hechos de la Administración.

La justificación de esta jurisdicción reside en la necesidad de invalidar las decisiones administrativas y sus efectos producidos en contradicción con la ley o con normas jurídicas superiores, todo ello como consecuencia de los principios consagrados en los artículos 1º, 2º, 20 y 63, entre otros, de la Constitución Política.

De ahí que, en función de la naturaleza de la actividad administrativa y de las características propias del servicio público administrativo que para satisfacer los fines para los cuales aquella se ha estatuido, las decisiones administrativas sean el objeto propio del control judicial.

Y aquella naturaleza y servicio, explican también por qué, en condiciones rigurosas y en forma excepcional, las providencias administrativas pueden suspenderse en vía judicial.

Y también por qué, en principio, resulta extraña a una concepción juspublicista el establecimiento de medidas cautelares que impidan a la Administración el ejercicio de las funciones, que, se supone tienden a satisfacer las necesidades administrativas en procura del interés general, o si se prefiere, para satisfacer el servicio público.

Por ello, además de las operaciones y hechos administrativos, en principio sólo los actos administrativos —esas tres categorías omnicomprensivas— pueden ser objeto de la jurisdicción especial.

Y cuando la ley autoriza, con fundamento en una jurisprudencia que el texto legal no traduce con exactitud ni claridad, que los conceptos y circulares de la administración pueden ser también acusados ante la jurisdicción, debe entenderse que ellos lo pueden ser sólo en cuanto sean actos administrativos, por lo cual se impone, definir, a la luz del derecho nacional, y no con fundamento en foráneas doctrinas que corresponden a legislaciones diferentes y a realidad socio jurídicas distintas, aquellos conceptos que son pivotes alrededor de los cuales gira todo el sistema del derecho administrativo.

Tal definición es indispensable, para saber si el concepto o conceptos demandados en este proceso son actos administrativos respecto de los cuales esta Corporación pueda ejercer su función jurisdiccional específica.

El concepto del acto administrativo halla consagración legislativa en el país, con una técnica que considera que la ley debe ser elenco de definiciones.

En ella se dispone que son actos administrativos 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 (art. 83, inciso 1).

Y diferencia el hecho administrativo del acto concibiéndolo como los acontecimientos y omisiones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización no influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia.

El excesivo psicologismo de esa concepción no contribuye en nada a la claridad de los conceptos, pues las respuestas a lo que debe entenderse por acto administrativo pueden llegar *ad infinitum.*

Las conductas por sí mismas no constituyen los actos jurídicos. Cierto es que para producirlos, emitirlos o crearlos, el empleado o funcionario competente debe obrar, o tener una conducta, pero en cuanto a la eseidad propia del acto, poco importa que en su producción influya de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia.

El acto, en la doctrina general, en forma simple, es una manifestación de voluntad de un ente de derecho. Es una decisión, que produce efectos jurídicos.

La falta de producción de efecto jurídico, la carencia de contenido, es una *contra dictio in terminis* con relación al concepto mismo de acto —concebido como manifestación o declaración de voluntad—, como decisión.

Por ello, ante la carencia de efecto jurídico no se estructura un acto jurídico.

La noción de decisión es entonces un concepto central dentro de esta materia, y por ello el artículo 44 del Decreto-ley 01 de 1984 dispone que las "demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente", y que en el texto de toda notificación o publicación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trata (art. 47) y que los actos administrativos quedan en firme cuando contra ellos no proceden recursos, o estos se han *decidido* (art. 62 *ibídem*); y se prevé también que sólo contra actos administrativos definitivos y unilaterales se puede recurrir a la jurisdicción, y excepcionalmente contra los de trámite en los términos fijados por la ley.

Pero de la estructura general, se infiere que para que la jurisdicción intervenga a modo de control se requiere que el objeto sobre el cual la actúa, constituya —en materia de manifestación intencionales de la voluntad de una decisión, que en el lenguaje del derecho

comparado se denomina a veces providencia, resolución, decreto, pero cuyo elemento central, al lado de otros que integran su esencia es la virtualidad de producir efectos de derecho, bien porque los produzca por sí mismo, o porque del acto administrativo se desprendan—, por su aplicación otros determinados o determinables.

La concepción de Zanobini, para efecto de una concepción judicial —esto es dentro de una óptica contencioso administrativa— del acto administrativo como manifestación de deseo no es de recibo.

Por lo anterior, la Sala habrá de estimar que si lo que se demanda no contiene en sí una decisión, no puede ser objeto de su control, tanto menos cuanto que se ha establecido que la administración no pretende explicarlo de modo general, pues lo que se demanda en tal caso es la decisión de ponerlo en ejecución.

Así las cosas, el acto administrativo, a la luz de la ley colombiana es una manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención ya que ésta supone a aquélla, en virtud de la cual se dispone, de decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para, como consecuencia, crear, modificar o extinguir una relación de derecho. Y esa decisión, proferida por autoridad competente —pública o privada en un proceso de privatización de lo público como el que se observa esporádicamente en el país—, está sujeta al control jurisdiccional de lo contencioso administrativo.

Aparecen así los elementos esenciales del acto.

Competencia: Facultad para dictar el acto.

Decisión: Que traduce la voluntad o la intención del funcionario competente.

Contenido: Que es el alcance de la decisión; crear, modificar, o extinguir una relación jurídica, en ejercicio de la función administrativa.

Esos elementos suponen un antecedente esencial; el sujeto emisor el cual implica, a su turno, la voluntad o la intención.

En este enfoque, debe examinarse si el concepto demandado por el doctor Eduardo Laverde Toscano contiene los elementos propios de un acto administrativo susceptible de predicado jurisdiccional sobre su validez.

Del examen de las distintas proposiciones que contiene el citado concepto y su nota confirmatoria no se infiere que los criterios que la Dirección General de Impuestos asume como legales tengan un efecto inmediato, que se les hayan aplicado a algún contribuyente ni que quieran aplicar, ni que se haya ordenado aplicarlos, de modo general, a los demás empleados de la Administración de Impuestos.

Es decir, que el escrito mencionado y su confirmatorio no constituyen decisiones administrativas concretas ni previstas para un grupo determinado o determinable de sujetos.

Y si no son decisiones, sino meras opiniones, no parece, a juicio de esta Sección que puedan considerarse ni como actos administra-

tivos materia de acción judicial especial contenciosa administrativa, ni una específica modalidad de ellos, los llamados conceptos que la administración quiere aplicar, de modo general, los cuales son, en principio, demandables ante esta jurisdicción.

Sobre este particular ha enseñado la Corporación, en línea jurisprudencial que a juicio de la Sala mantiene su vigor, aún frente a la nueva normatividad procesal:

"...conforme a la doctrina, acto administrativo es la unilateral expresión de voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracto, o bien, de carácter subjetivo, individual y concreto. Fácilmente se advierte que la simple opinión de un funcionario en un caso particular, no tiene virtualidad ninguna de obligatoriedad, desde luego que no obliga a las autoridades tributarias, ni a los particulares como sí ocurre con las circulares, enderezadas a producir efectos generales.

"En cuanto a la forma de aplicar la legislación tributaria distinta es la situación que se contempla cuando lo que es simple opinión se concreta y aplica para decidir un caso particular, hipótesis en la cual surge un acto administrativo de carácter subjetivo, o bien, cuando se adopta en una circular con criterio dirigido a los funcionarios públicos encargados de aplicar las leyes tributarias, caso en el cual se configura un acto administrativo de contenido general...Auto, diciembre 13 de 1976, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, Ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández, en *Anales* página 476, Tomo XCI, cita del Diccionario Jurídico, Tomo I, Autores: María Elena Giraldo y Nubia González O.".

En relación con este tema pueden verse también en la misma obra, los autos del 21 de junio de 1979, Ponente doctor Bernardo Ortiz Amaya y el de 23 de mayo de 1979, Ponente doctor Lleras Pizarro, de los cuales se deduce que los conceptos y opiniones de la administración no son en principio susceptibles de control jurisdiccional por no ser actos administrativos, y, que, en virtud de su conversión en decisiones obligatorias, sí pueden dada la mutación de su naturaleza, constituir objeto de control jurisdiccional.

Como se desprende que se ha ejercido jurisdicción respecto de un objeto imposible de padecerla, síguese que el proceso todo queda afectado del vicio de nulidad, el cual por ser insubsanable habrá de declararse por esta Corporación.

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

Falla:

Decrétase la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda.

Devuélvanse los anexos al actor, previas las anotaciones legales.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente a la oficina de origen. Cúmplase.

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

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Jaime Abella Zárate.*

Jorge A Torrado Torrado, Secretario.

tivos materia de acción judicial especial contenciosa administrativa, ni una específica modalidad de ellos, los llamados conceptos que la administración quiere aplicar, de modo general, los cuales son, en principio, demandables ante esta jurisdicción.

Sobre este particular ha enseñado la Corporación, en línea jurisprudencial que a juicio de la Sala mantiene su vigor, aún frente a la nueva normatividad procesal:

"...conforme a la doctrina, acto administrativo es la unilateral expresión de voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracto, o bien, de carácter subjetivo, individual y concreto. Fácilmente se advierte que la simple opinión de un funcionario en un caso particular, no tiene virtualidad ninguna de obligatoriedad, desde luego que no obliga a las autoridades tributarias, ni a los particulares como sí ocurre con las circulares, enderezadas a producir efectos generales.

"En cuanto a la forma de aplicar la legislación tributaria distinta es la situación que se contempla cuando lo que es simple opinión se concreta y aplica para decidir un caso particular, hipótesis en la cual surge un acto administrativo de carácter subjetivo, o bien, cuando se adopta en una circular con criterio dirigido a los funcionarios públicos encargados de aplicar las leyes tributarias, caso en el cual se configura un acto administrativo de contenido general...Auto, diciembre 13 de 1976, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, Ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández, en *Anales* página 476, Tomo XCI, cita del Diccionario Jurídico, Tomo I, Autores: María Elena Giraldo y Nubia González O.".

En relación con este tema pueden verse también en la misma obra, los autos del 21 de junio de 1979, Ponente doctor Bernardo Ortiz Amaya y el de 23 de mayo de 1979, Ponente doctor Lleras Pizarro, de los cuales se deduce que los conceptos y opiniones de la administración no son en principio susceptibles de control jurisdiccional por no ser actos administrativos, y, que, en virtud de su conversión en decisiones obligatorias, sí pueden dada la mutación de su naturaleza, constituir objeto de control jurisdiccional.

Como se desprende que se ha ejercido jurisdicción respecto de un objeto imposible de padecerla, síguese que el proceso todo queda afectado del vicio de nulidad, el cual por ser insubsanable habrá de declararse por esta Corporación.

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

Falla:

Decrétase la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda.

Devuélvanse los anexos al actor, previas las anotaciones legales.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente a la oficina de origen. Cúmplase.

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

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Jaime Abella Zárate.*

Jorge A Torrado Torrado, Secretario.

CANTERAS, ARENERAS, RECEBERAS, CHIRCALES Y LADRILLERAS (SUSPENSION PROVISIONAL).—

Los ordinales e) y m) del artículo 3º de la Ley 1ª de 1984 disponen como la EXPLORACION, EXPLOTACION Y PROCESAMIENTO "DE LOS RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES", son funciones del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA, al cual le corresponde según la Ley 1ª "dictar los reglamentos y hacer cumplir las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias" en relación con las actividades. Decrétase la suspensión provisional de los artículos 2º y 3º del Acuerdo número 05 de 1984, expedido por la Corporación Autónoma Regional de las cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez "CAR".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., doce de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 555. Actor: Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

El actor de la referencia, actuando en nombre propio, solicita que se decrete la nulidad de los artículos 2º y 3º del Acuerdo número 05 de 1984, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional de las cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez (CAR), por medio de los cuales, respectivamente, se modifica el artículo 1º del Acuerdo número 13 de 1980 expedido por la misma entidad, y se dispone aplicar este mismo Acuerdo con las modificaciones introducidas en el inicialmente citado. Solicita además, que se decrete la suspensión provisional de los efectos que generan los mencionados artículos.

En atención a que la demanda reúne los requisitos y formalidades legales será admitida, y por consiguiente se procede a estudiar el subsiguiente pedimento, así:

Suspensión provisional:

Bajo dicho título, que hace parte del contexto de la demanda, manifiesta el libelista que esta Corporación deberá ordenar la medida cautelar de los artículos acusados, pues las violaciones que surgen de estos se manifiestan de su comparación con normas o principios generales de derecho. Y a través de doble columna se efectúa la confrontación entre los artículos 2º y 3º del Acuerdo número 5 de 1984 y

las disposiciones que considera quebrantadas por estos, a saber, los ordinales e) y m) del artículo 3º de la Ley 1ª de ese mismo año, así:

"Artículo segundo: *La exploración, explotación y procesamiento de canteras*, areneras, receberas, chircales y ladrilleras, así como las industrias de lavado de arena, lavado y selección de agregados, en el área de jurisdicción de la Corporación, *estarán sujetas a las disposiciones de este Acuerdo*".

"Artículo tercero. Para regular y controlar la industria extractiva, la *exploración, explotación* y el procesamiento de canteras, chircales y ladrilleras de la hoya hidrográfica del río Bogotá hasta su desembocadura en el río Magdalena, incluyendo todo el municipio de Girardot, se aplicará el Acuerdo 13 de 1980, con las modificaciones introducidas en el presente Acuerdo.

"Ordinal e) *Dictar los reglamentos y hacer cumplir las disposiciones, constitucionales, legales y reglamentarias, con la exploración, explotación, transporte, refinación, distribución,* procesamiento y comercialización de los *recursos naturales no renovables*".

"Ordinal m) Conocer y tramitar las solicitudes propuestas de permisos, aportes, arrendamientos, concesiones y licencias para la *exploración o explotación de minerales...*"

En este punto concluye el actor que "de la simple lectura de las normas transcritas se ve, de manera ostensible y manifiesta, la contradicción entre las dos disposiciones", o sea, entre los actos demandados con las funciones del Ministerio de Minas y Energía. Y, en verdad, mientras las primeras afirman que la exploración, explotación y procesamiento de canteras, areneras, receberas, chircales y ladrilleras, estarán sujetas a las disposiciones del Acuerdo número 05 de 1984 y Acuerdo 13 de 1980, los ordinales e) y m) del artículo 3º de la Ley 1ª de 1984 disponen cómo la exploración, explotación y procesamiento "de los recursos naturales no renovables", que son las canteras, areneras, receberas, chircales y ladrilleras (nombradas en los actos acusados), son funciones del Ministerio de Minas y Energía, al cual le corresponde, según la misma Ley 1ª, "dictar los reglamentos, y hacer cumplir las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias" en relación con tales actividades.

En consecuencia, de la sencilla comparación anteriormente efectuada, tal como lo dispone el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, se observa la existencia de una manifiesta violación de la norma superior o Ley 1ª de 1984 por parte del acto acusado o Acuerdo 05 de 1984 a través de sus artículos 2º y 3º.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se resuelve:

1º Admitir la demanda de nulidad y disponer, al efecto, lo siguiente:

a) Notificar personalmente al señor Fiscal Primero de la Corporación;

b) Notifíquese igualmente en forma personal al Director Ejecutivo de la CAR, como representante de la parte demandada en este proceso;

c) Fíjese este asunto en lista por el término de diez (10) días para que la parte demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas;

d) Solicítese, por secretaría, al Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional de las cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez "CAR", los antecedentes administrativos del Acuerdo número 05 de 1984.

2º Decretar la suspensión provisional de los artículos 2º y 3º del Acuerdo número 05 de 1984, expedido por la Corporación Autónoma Regional de las cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez "CAR".

Notifíquese.

Luis Antonio Alvarado Pantoja.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE INVERSION.— Definición.

Decreto 384 de 1980.

INVERSION DEL MONTO DE SUS SUSCRIPCIONES. Artículo 12 ibídem.

CARACTER DE INTERMEDIARIAS EN EL MERCADO DE VALORES, DE ESTAS SOCIEDADES. Decreto 384 de 1980, artículo 15.

COMISION NACIONAL DE VALORES.

Competencia en cuanto a vigencia y control sobre las sociedades administrativas de inversión.

Doble control sobre estas sociedades, con fines diferentes:

A la comisión corresponde sobre estos el control al mercado de valores propiamente dicho PROCEDIMIENTO SEGUIDO EN LAS INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS. Decreto 1169 de 1980. Artículos 5º y 7º.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 262. Actor: Sociedad Grancolombiana Administradora de Inversión "Graninversión S. A.".

La sociedad Grancolombiana Administradora de Inversión —Graninversión S. A.—, actuando a través de apoderado y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, solicita que previos los trámites legales se hagan las siguientes declaraciones:

"*Primera:* Que se declare la nulidad de las Resoluciones números 099 (mayo 23) y 131 (julio 14), ambas del año 1983 y expedidas por el Presidente de la Comisión Nacional de Valores.

"*Segunda:* Que, como consecuencia de la declaración anterior, se ordene reintegrar a la sociedad demandante la suma de trece millones ochocientos mil pesos ($ 13.800.000.00) que ésta pagó a título de multa y que, por ministerio de las expresadas resoluciones, ingresó al Fondo Especial de la Comisión Nacional de Valores, más el valor que co-

rresponda por la devaluación monetaria entre la fecha de pago de la multa y la de su reintegro. Sobre esta suma se dispondrá, a título de lucro cesante, el pago de intereses bancarios corrientes desde julio 25 de 1983 hasta la fecha de la sentencia. El reembolso deberá realizarse dentro del término previsto en el artículo 21 del Código Contencioso Administrativo y la mora en el cumplimiento del fallo causará intereses moratorios".

El acto acusado:

Mediante Resolución número 099 de 23 de mayo de 1983, el Presidente de la Comisión Nacional de Valores dispuso:

"*Artículo primero:* Imponer a la sociedad Grancolombiana Administradora de Inversión Graninversión S. A. sendas multas de cien mil pesos ($ 100.000.00 moneda corriente) por cada una de las siguientes operaciones realizadas por dicha sociedad (a continuación y en 29 numerales, se relaciona un total de 138 operaciones llevadas a cabo entre los meses de febrero y mayo de 1980).

"*Artículo segundo:* Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la presente Resolución la sociedad Grancolombiana Administradora de Inversión S. A. deberá cancelar en la Pagaduría del Ministerio de Desarrollo Económico la suma de trece millones ochocientos mil pesos moneda corriente ($ 13.800.000.00) equivalente al valor total de las multas impuestas en el artículo primero de la presente Resolución. Este pago deberá hacerse a favor del Fondo Especial de la Comisión Nacional de Valores, conforme lo establece el artículo quince del Decreto-ley 831 de 1980".

Interpuesto el recurso de reposición contra el anterior pronunciamiento por la parte afectada, fue mantenida en su integridad la decisión mediante Resolución número 131 de 14 de julio del mismo año.

La demanda:

Refiere el actor, que previa investigación iniciada por la Comisión Nacional de Valores en contra de la citada sociedad, en los términos del Decreto 1169 de 1980, se impuso la multa por la suma ya anotada mediante la Resolución número 099 de 1983, considerando la entidad que las operaciones efectuadas no eran "representativas de la situación del mercado", y que en tal virtud, Graninversión S. A. había incurrido en la infracción prevista en el artículo 12, numeral 13, literal b) de la Ley 32 de 1979, por lo cual le impuso, no la sanción allí prevista, sino la contemplada en el numeral 7º del mismo artículo 12. Agrega que una vez en firme la Resolución que decidió la reposición, la Comisión Nacional de Valores recibió de la demandante el monto total de la multa impuesta.

En cuanto a normas violadas y concepto de la violación, se refiere en primer término el demandante a las que denomina "violaciones de carácter procedimental", cargo que fundamenta en los artículos 25 del Decreto 384 de 1980, 124 del Código de Procedimiento Civil y 26 de la Constitución Nacional.

Dice el demandante que entre el 30 de diciembre de 1980 y el 18 de mayo de 1982, período de instrucción de la actuación administrativa adelantada por la Comisión Nacional de Valores contra Graninversión S. A., aquella entidad carecía de competencia para tal menester, toda vez que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 384 de 1980 la inspección y vigilancia de las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión correspondía exclusivamente a la Superintendencia Bancaria. Y que si bien es cierto que cuando se dictó la Resolución que impuso las sanciones se hallaba ya vigente el artículo 27 del Decreto 2920 de 1982 por el cual "se asignó a dicha Comisión la inspección y vigilancia de las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión, ésta circunstancia no purga el vicio de incompetencia en relación con lo actuado antes, pues las disposiciones sobre procedimiento, si bien tienen vigencia inmediata, no pueden producir efectos retroactivos". Y que como quiera que la decisión se basó en pruebas practicadas por un organismo incompetente, con ello se infringieron además los principios que en materia de aporte de pruebas consagran los artículos 174 del Código de Procedimiento Civil y 215 del Código de Procedimiento Penal.

Sigue diciendo el actor que el artículo 25 del Decreto 384 de 1980 ya citado no prescribió "nada nuevo sobre procedimientos, ni formas para ejercerlo, de lo cual se concluye que en esta materia continuó en vigencia la parte final del artículo 25 del Decreto 384 de 1980". Que como "el procedimiento seguido en la actuación administrativa fue el señalado en el Decreto 1169 de 1980, o sea, uno diferente al que contempla la Ley 45 de 1923 y sus disposiciones complementarias, lo cual entraña violación de la parte final del artículo 25 del Decreto 384 de 1980 y del artículo 26 de la Constitución Nacional, en cuanto para la imposición de una pena, no se siguió el procedimiento o las formas propias de la actuación, según la ley".

Pasa luego a desarrollar el actor el segundo cargo, analizando las que llama "violaciones sustanciales", transcribiendo el artículo 12 de la Ley 32 de 1979, en lo pertinente, norma de la cual deduce que la infracción por la cual fue sancionada la sociedad, a saber, realización de operaciones que no sean suficientemente representativas de la situación del mercado, sólo puede ser cometida por los intermediarios de valores y la sanción a aplicar sólo puede ser la de suspensión de la inscripción en el registro correspondiente o su cancelación en caso de reiteración de la conducta; añade que a la luz de nuestra legislación las Sociedades Administradoras de Inversión ejercen una función de intermediación financiera y no de intermediación de valores, por lo cual no se inscriben en el Registro Nacional de Intermediadores de Valores, no pudiéndose deducir a la demandante "ninguna responsabilidad y consiguientemente no puede imponerse sanción alguna por la infracción prevista del artículo 12 de la Ley 32 de 1979, cuya tipificación exige, como elemento constitutivo, que quien realice esa conducta debe ser necesariamente un intermediario de valores". Dice luego que las multas impuestas a Graninversión son sanciones "que la misma ley prevé para conductas diversas a la contemplada específicamente en el artículo 12.3b de la Ley 32 de 1979", por lo cual el acto acusado no sólo viola "la disposición citada, sino que además quebranta la garantía constitucional consagrada en el artículo 28".

Expresa por último el demandante, que se condenó sin existir en la actuación administrativa plena prueba de la supuesta infracción, ya que lo sancionable es "la realización en el mercado de valores, de operaciones no suficientemente representativo del mercado", mas "el hecho indicativo que la Comisión de Valores infiere de los que califica como hechos indicadores, nada tiene que ver con los supuestos fácticos de la norma sino que están referidos a la supuesta intención del agente". Que "se carece objetivamente de elementos para concluir que las operaciones mencionadas en las resoluciones impugnadas sean o no suficientemente representativas del mercado. Y trata de suplirse esta deficiencia con la prueba de la intención, a base de inferencias indiciarias que carecen de toda lógica". Que "el hecho de la compra de acciones de varias empresas manufactureras por parte de las entidades del Grupo Grancolombiano y el alza consiguiente del valor de la misma no puede descomponerse en diversos indicios de la intención de realizar operaciones no representativas del mercado, como se hace en las providencias impugnadas". Consigna finalmente el demandante los siguientes conceptos:

"Unas alzas en la cotización de una o de algunas acciones no puede ser indicativa de operaciones no representativas del mercado cuando en el mismo lapso el mercado de valores muestra en general señales de reactivación por un crecimiento general de la demanda, como el que se presentó entre 1977 y 1979, época en la cual el índice general de precios en la Bolsa se incrementó en un 145.8% y acciones como las de Bavaria, Inversiones Aliadas y Chrysler Colmotores registraron alzas superiores o análogas en transacciones que no se han reputado como anormales y que fueron realizadas por personas extrañas al Grupo Grancolombiano.

"La compra masiva de determinadas acciones tampoco constituye hecho indicador de operaciones no representativas del mercado ni de la intención de realizarlas si, por lo demás, aparece demostrado que las respectivas empresas manufactureras cuyos papeles se negociaron presentan excelente situación financiera en relación con la situación depresiva de otras empresas del mismo sector. Es natural que, en tal caso, la demanda se oriente hacia aquellas, con el alza consiguiente de precios, sin que pueda imputarse a los compradores ninguna intención ilícita pues aquellos habrían realizado una inversión legítima y conveniente a sus intereses".

Impugnación a la demanda:

Se constituyó en parte impugnadora la Comisión Nacional de Valores, mediante apoderado, consignando su oposición en escrito de contestación de la demanda cuya copia obra a folios 23 y siguientes del cuaderno principal. Se repiten allí, en lo esencial, las motivaciones de los actos acusados, haciéndose énfasis en el aspecto del doble control que sobre las sociedades administradoras de inversión han ejercido tanto la Superintendencia Bancaria en los términos del artículo 25 del Decreto 384 de 1980 y la Comisión Nacional de Valores según los artículos 1º, 9º, 12 y 13 de la Ley 32 de 1979, "en su carácter de órgano encargado de la promoción, regulación y control del mercado público de valores y sus protagonistas". Añade que no se incurrió en

"indebido procedimiento administrativo", ya que "el Decreto 1169 de 1980 era el que necesariamente tenía que aplicar la Comisión Nacional de Valores en la investigación señalada". Respecto de las alegadas "violaciones sustanciales", refiere el impugnador:

"La intermediación en el mercado de valores no se desarrolla única y exclusivamente bajo el contrato de corretaje sino que por el contrario, son varias las figuras jurídicas o formas contractuales que se utilizan para ejercer dicha actividad. Basta citar el contrato de mandato, de comisión, de representación, de agencia, de corretaje, de fiducia y de 'Underwriting' entre otros".

"El hecho de que para desarrollar su actividad las sociedades administradoras de inversión tengan que recurrir a los comisionistas de bolsa es apenas explicable y en nada les resta el carácter de intermediario que aquellas tienen. En efecto, los comisionistas de bolsa son los únicos legalmente facultados para actuar en las Bolsas de Valores y a ellos deben recurrir tanto los restantes intermediarios que operan en el mercado de valores como cualquier inversionista".

"...con respecto a lo señalado bajo el acápite 'imposición de una pena diferente a la prevista en la ley para la conducta típica' conviene señalar que el artículo 12 de la Ley 32 de 1979, en sus diversos numerales contempla una serie de medidas que puede adoptar la Comisión de Valores entre ellas la suspensión de la inscripción en el Registro de Intermediarios de Valores o la imposición de multas sucesivas. Ahora bien, el encabezamiento del mencionado artículo utiliza la palabra 'podrá' lo cual significa que, dentro de las sanciones que el mismo establece, la Comisión Nacional de Valores puede imponer la que a su juicio sea más acorde con las circunstancias y la gravedad de la infracción".

Alegato de las partes:

Sintetiza el actor los cargos formulados en la demanda, en los términos que se transcriben:

"1. Si las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión no son, por la propia naturaleza de su función o por definición legal, intermediarios de valores, sino intermediarios financieros, tales entidades no pueden ser sujetos activos de la conducta ilícita, ni pasivos de la pena correspondiente. Proceder en forma diferente, como se hizo en las Resoluciones implica no sólo violación flagrante del artículo 12 de la Ley 32 de 1979 por indebida aplicación, sino que entraña violación de los principios consagrados en los artículos 26 y 28 de la Carta Fundamental.

"2. Precisamente porque la sociedad demandante no estaba inscrita en el Registro Nacional de Intermediarios de Valores, la Comisión no aplicó la pena señalada específicamente en la norma, sino una genérica de multa, excluida por ministerio de la propia ley para la conducta en referencia, con lo cual se incurrió en nueva violación tanto del artículo 12 ya citado como del 28 de la Constitución Nacional".

Reitera por último su tesis de incompetencia por parte de la Comisión Nacional de Valores para vigilar o sancionar a entidades como la demandante, antes de la vigencia del Decreto 2920 de 1982.

Por su parte la Comisión Nacional de Valores hace en su alegato de conclusión un pormenorizado estudio de la naturaleza y funciones de dicho organismo, de las operaciones realizadas por Graninversión S. A. que motivaron la imposición de las sanciones pecuniarias, de la competencia específica de la Comisión Nacional de Valores para actuar en el caso *sub júdice* y de su adecuación al procedimiento indicado por la ley para tales casos, estudiando finalmente, uno a uno, los cargos aducidos en el capítulo atinente a las "violaciones de índole sustancial", para concluir que las "Resoluciones números 099 y 131 expedidas por el Presidente de la Comisión Nacional de Valores se ajustan a las normas superiores de derecho y por lo mismo no violan ninguna de las disposiciones indicadas por el demandante en su escrito de demanda, razón por la cual muy respetuosamente solicito a los honorables Magistrados no acceder a las pretensiones de la demanda".

Concepto Fiscal:

El señor Fiscal Primero de la Corporación, luego de hacer una transcripción de algunos de los apartes fundamentales de los escritos presentados por las partes, concluye en su concepto de fondo que "es jurídicamente cierto que por la época en que se realizó la investigación, antes de la expedición del Decreto 2920 de 1982, la citada Comisión ya tenía como función propia y específica la de ejercer un control objetivo, esto es, ajeno a las formas jurídicas, al sector económico al que pertenecieran los controlados o a las facultades de control que igualmente poseyeran otras dependencias del Estado, sobre mercado de valores y sus protagonistas de acuerdo con lo consagrado en los artículos 1º, 9º, 12 y 13 de la Ley 32 de 1979". Añade que "el procedimiento (forma y términos) previsto en la Ley 45 de 1923 se aplica a las actuaciones de inspección y vigilancia que adelanta la Superintendencia Bancaria, mientras las que adelantaba la Comisión Nacional debían seguir el procedimiento fijado por la Ley 32 de 1979 y las normas que la desarrollaron, particularmente el Decreto 1169 de 1980".

En lo que respecta a las denominadas "violaciones sustanciales", puntualiza el colaborador Fiscal:

"A este respecto hay que recordar que en el mismo Decreto 384 de 1980 se les asignó como función específica, a las Sociedades Administradoras de Inversión la de intermediación en el mercado público de valores, lo cual, automáticamente las hacía objeto del control objetivo que, como ya se dijo, lo debía adelantar la Comisión Nacional de Valores independiente de la naturaleza jurídica que tenga el intermediario controlado.

"A lo anterior se añade que es indiscutible que para que las Sociedades Administradoras de Inversión puedan cumplir con la gestión a ellas encomendadas por sus clientes, esto es, para constituir el fondo de inversión con los dineros entregados para el efecto, necesariamente deben acudir al mercado de valores y comprar los valores

que van a integrar los activos de propiedad de sus clientes; no obstante que dichas sociedades actúan por cuenta de sus mandantes ello no descarta de manera alguna que su labor es intermediar en el mercado de valores y lo hacen como instrumentos de acercamiento entre sus clientes y los otros sujetos del mercado de valores a quienes les compran o venden valores".

Dice posteriormente el colaborador Fiscal que "con motivo de las investigaciones adelantadas entre otras autoridades por la Comisión Nacional de Valores se pudieron probar fehacientemente una serie de operaciones financieras adelantadas por el grupo económico ampliamente conocido como Grancolombiano, a través de las distintas empresas que lo integran entre las cuales se encontró involucrada la sociedad sancionada mediante los actos que se acusan, tendientes a cambiar artificialmente el valor de los títulos negociables en y por fuera de Bolsa;..." A manera de ejemplo, trae a colación el señor Fiscal algunas de las operaciones descritas en las Resoluciones demandadas, concluyendo que "como las anteriores, se lograron probar sin discusión alguna por parte de la sociedad actora, otras operaciones artificiales o forzadas que llevaron a la Comisión Nacional de Valores, muy acertadamente a nuestra manera de ver, a imponer la sanción ahora impugnada".

De todo lo anterior, concluye el señor Fiscal Primero que "no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que cobija a las Resoluciones 099 y 131 de 1983, ambas emanadas de la Comisión Nacional de Valores, lo que debe traer como obvia consecuencia que se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda..."

Consideraciones de la Sala:

El primer aspecto que debe dilucidarse aquí es el de la competencia de la Comisión Nacional de Valores para producir los actos acusados. Sobre esta materia se había pronunciado ya la citada entidad, cuando dijo en uno de los apartes de los considerandos de la Resolución número 099 de 23 de mayo de 1983:

"Conforme a los artículos 1º, 9º, 12 y 13 de la Ley 32 de 1979, a la Comisión Nacional de Valores le corresponde ejercer un control de carácter objetivo, vale decir, que recae sobre el mercado público de valores y sus protagonistas, independientemente de la forma jurídica que estos adopten o del sector económico al cual pertenezcan, o de las facultades de inspección o vigilancia que sobre ellos ejerzan otros organismos del Estado como son las Superintendencias. De consiguiente, antes de expedirse el Decreto 2920 de 1982, sobre las sociedades administradoras de inversión coexistían dos controles: Uno ejercido por la Superintendencia Bancaria, en virtud de lo dispuesto por los Decretos 2368 de 1960 y 384 de 1980; y otro ejercido por la Comisión Nacional de Valores, como quiera que, aparte de ser emisoras de los títulos denominados certificados de inversión, su objeto social es el de intermediar profesionalmente en el mercado de valores".

Los anteriores planteamientos tienen cabal confirmación en la legislación que gobierna la material. En primer término, el artículo 1º

de la Ley 32 de 1979, dispone: "Créase la Comisión Nacional de Valores como organismo vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico, *que tendrá por objeto estimular, organizar y regular el mercado público de valores*" (se subraya). El artículo 9º *ibídem* prescribe que son funciones de la Comisión Nacional de Valores, entre otras, "velar porque quienes participan en el mercado de valores ajusten sus operaciones a las normas que lo regulan" (ordinal 16), y, "adoptar las demás medidas necesarias para proteger los intereses de quienes hayan efectuado inversiones representadas en los documentos de que trata esta ley" (ordinal 18). El artículo 12 prescribe que en ejercicio de sus funciones la Comisión de Valores podrá: "3. Suspender la inscripción de un intermediario en el Registro Nacional de Intermediarios cuando: ...b) Realice operaciones que no sean suficientemente representativas de la situación del mercado"; y, "7. Imponer multas sucesivas hasta de cien mil pesos cada una, según la gravedad de la infracción, a quienes desobedezcan sus decisiones o *violen las normas legales que regulen la materia*" (se subraya).

De otro lado, el artículo 1º del Decreto 384 de 22 de febrero de 1980 define las Sociedades Administradoras de Inversión como aquellas que "tienen por objeto social único recibir en dinero suscripciones del público, con el objeto de construir y administrar, conforme a las disposiciones del presente Decreto, un Fondo de Inversión".

El artículo 12 del mismo Decreto dispone: "Las Sociedades Administradoras de Inversión invertirán el monto de las suscripciones que integran el fondo que administran así:

"a) En acciones de sociedades anónimas nacionales, mixtas o extranjeras, previa determinación de carácter general adoptada por la Comisión Nacional de Valores;

"b) En bonos emitidos por sociedades nacionales;

"c) Los títulos de deuda pública de la Nación, Departamentos, Municipios, Distritos y entidades descentralizadas;

"d) En cédulas hipotecarias;

"e) En los títulos que, además de los anteriores, autorice la Comisión Nacional de Valores.

"Parágrafo 1º Las inversiones autorizadas en *este artículo sólo podrán realizarse cuando dichos títulos se encuentren inscritos en Bolsa de Valores, y solamente a través de ella*" (se subraya).

Y el artículo 15 *ibídem* reza: "El conjunto de los valores que integran el Fondo será manejado por las Sociedades Administradoras de Inversión, por cuenta de los suscriptores".

Si, por consiguiente, compete a la Comisión Nacional de Valores estimular, organizar y regular el mercado público de valores, velar porque quienes en él participen se ajusten a las normas sobre la materia, sancionar a quienes violen las reglas atinentes a estos asuntos, etc., es incuestionable su competencia en punto a vigilancia y control sobre las Sociedades Administradoras de Inversión, entidades estas que tienen como finalidad primordial precisamente la de efec-

tuar inversiones, por cuenta de sus suscriptores, mediante títulos o valores. Y estas operaciones sólo pueden ser realizadas a través de la Bolsa de Valores, como ya se vio.

Es verdad que el artículo 25 del Decreto 384 de 1980 (modificado luego por el artículo 27 del Decreto 2920 de 1982), prescribía que "la vigilancia de las Sociedades Administradoras de Inversión y de sus fondos la ejercerá el Superintendente Bancario en la forma y términos señalados en la Ley 45 de 1923 y disposiciones complementarias". La existencia de esta norma no tiene alcance distinto al de que, como reiteradamente lo ha venido sosteniendo la Comisión Nacional de Valores, antes del Decreto 2920 de 1982 coexistía un doble control sobre las sociedades administradoras de fondos de inversión, si bien con finalidades harto diferentes. La naturaleza del control de la Comisión Nacional de Valores sobre esta clase de entes queda cabalmente explicada en la comunicación fechada el 18 de agosto de 1980, dirigida por el entonces Superintendente Bancario al Presidente de la República. Dicho mensaje obra en la página 197 del "Informe de la Comisión Senatorial sobre los Fondos de Inversión" y dice así en lo pertinente:

"En primer término, vale la pena destacar los antecedentes que justificaron la creación de una Comisión de Valores en el país, los cuales fueron acertadamente expresados por los ponentes tanto en la Cámara como en el Senado de la República, y que no fueron distintos de la necesidad de crear un organismo facultado para regular y promover el mercado de valores, órbita de competencias que no correspondía a entidad alguna.

"Destacaron también ambos ponentes, que las funciones asignadas a las Superintendencias Bancaria y de Sociedades, en relación con las emisoras de los valores ofrecidos al público, corresponden a un control jurídico de sus aspectos internos, mientras que los de la Comisión se refieren al mercado de valores propiamente dicho. En consecuencia, desde su iniciación, se definió que las actividades que se cumplirían por parte de esas entidades eran diferentes, aun cuando complementarias.

"En síntesis, no puede desconocerse que el control y vigilancia permanente, tanto de las sociedades emisoras de valores como de quienes intervienen en el mercado como intermediarias, están a cargo de las dos Superintendencias. Por el contrario, el mercado de valores carecía de una adecuada regulación. *Justamente, con este objeto fue creada la Comisión*" (se subraya).

Si, por consiguiente, como se puntualizó en los actos que antecedieron a la creación de la Comisión Nacional de Valores, a la Superintendencia Bancaria escapaba todo lo atinente a la regulación y promoción del mercado de valores, ya que su órbita de acción se circunscribía a un control jurídico de sus aspectos internos, lo que impuso el establecimiento del primero de los organismos citados, ha de concluirse sin vacilación alguna que carece de todo piso jurídico el cargo de incompetencia formulada en la demanda en estudio.

Siendo por lo tanto competente la Comisión Nacional de Valores para asumir el control de la sociedad demandante, en lo atinente a

los actos jurídicos realizados en el mercado de valores, es de toda evidencia que el procedimiento a que debía ceñirse en la correspondiente investigación administrativa adelantada no podía ser otro que el previsto en los artículos 5º y 7º del Decreto 1169 de 1980 para las actuaciones del ente oficial en cuestión. Así las cosas, forzoso es concluir que no hubo infracción alguna a las normas que regulan las formalidades en materia probatoria ni a la garantía constitucional del derecho de defensa. Como quiera que son infundados los cargos referentes a las "violaciones de carácter procedimental", ha de pasar la Sala al estudio del segundo grupo de cargos, los que hacen relación a las denominadas por el demandante "violaciones sustanciales".

En la parte considerativa de la Resolución número 099 de 23 de mayo de 1983 se describen detalladamente las diferentes operaciones realizadas por la sociedad Grancolombiana Administradora de Inversiones y el por qué ellas no son suficientemente representativas de la situación del mercado, para plasmar así en los dos últimos considerandos el fundamento jurídico de las sanciones a imponer:

"XXII. Que la Ley 32 de 1979, en su artículo 12, numeral 3, prohíbe a los intermediarios de valores realizar operaciones que no sean suficientemente representativas de la situación del mercado, o que puedan comprometer la seguridad del mismo.

"XXIII. Que la Ley 32 de 1979, en su artículo 12, numeral 7, faculta a la Comisión Nacional de Valores para 'imponer multas sucesivas hasta de cien mil pesos cada una, según la gravedad de la infracción, a quienes desobedezcan sus decisiones o violen las normas legales que regulen la materia' ".

Esta segunda parte de la demanda en estudio se fundamenta en gran parte en la repetida aseveración de la parte actora de no tener Graninversión S. A., el carácter de intermediario en el mercado de valores, por lo cual no se daría la premisa exigida por el artículo 12 de la Ley 32 de 1979 para ser sujeto pasivo de las sanciones impuestas. Para refutar este planteamiento, hace la parte impugnadora un completo estudio de la figura del intermediario de valores, del cual cabe extractar los siguientes párrafos:

"Aparentemente el apoderado de la actora creyó encontrar en las Resoluciones demandadas la afirmación de que las sociedades administradoras de inversión se ocupan del corretaje de valores, razón por la cual procede en su escrito de demanda a desvirtuar tal hecho. Sin embargo, debe quedar bien claro que en parte alguna de los actos acusados ni explícita ni implícitamente la Comisión de Valores afirmó que las sociedades administradoras de inversión fueran corredores de valores, ligados a los suscriptores de certificados de inversión mediante el contrato de corretaje previsto en el artículo 1340 del Código de Comercio; lo que se desprende de manera inequívoca es que tales sociedades son intermediarios en el mercado de valores.

"2. Las sociedades administradoras de inversión fueron creadas para cumplir específicamente una función de intermediarios en el mercado de valores. En efecto, dichas sociedades se crearon con el fin de que el pequeño y mediano ahorrador que deseaba invertir sus ahorros en el mercado de valores y no lo hacía por carecer de los

conocimientos y la experiencia necesaria para invertir en él pudiera participar en el mismo, utilizando los servicios de un intermediario especializado en la materia, como lo son las sociedades.

"Es así como la ley (art. 1º del Decreto 384 de 1980) les ha asignado a las sociedades administradoras de inversión, como función específica, el intermediar profesionalmente en el mercado público de valores, al disponer que su objeto social único es recibir dinero de los accionistas con la finalidad exclusiva de constituir y administrar por cuenta de estos, un fondo de inversión. Para constituir este fondo de inversión la sociedad administradora tiene que acudir al mercado de valores, y actuando por cuenta de sus mandantes (suscriptores de certificados de inversión) compra los valores que integran su portafolio, el cual viene a ser propiedad de los suscriptores y no de la sociedad administradora. El fondo está constituido por acciones, bonos y otros títulos inscritos en las Bolsas de Valores. En este orden de ideas, administrar el fondo implica vender parte de los valores adquiridos y comprar otros, ésto es, sustituir permanentemente los valores que integran el mismo, operaciones que la sociedad administradora realiza siempre por cuenta de los suscriptores. En esta forma las sociedades administradoras se interponen, vale decir, intermedian, entre sus inversionistas del mercado de valores como son sus suscriptores y los otros participantes del mercado a quienes precisamente las mencionadas sociedades les compran o venden los valores, según el caso.

"Luego, como se ve, las sociedades administradoras de inversión intervienen en el mercado de valores comprando y vendiendo títulos inscritos en Bolsa pero no por cuenta propia ni como una inversión propia, sino actuando como mandataria de los suscriptores de unidades de inversión y por cuenta de ellos, es decir actuando como intermediarios y para terceros.

"Desarrollan su gestión como mandatarios las mencionadas sociedades porque así lo dispone expresamente el artículo 15 del Decreto 384 de 1980..."

"5. En virtud de la ley las sociedades administradoras de inversión no vinculan al público en calidad de accionistas, sino que recogen el dinero del mismo mediante la emisión de certificados de inversión y actúan en el mercado comprando y vendiendo por cuenta de los suscriptores de dichos certificados, en desarrollo de un contrato de mandato impartido por estos. Es claro que en este caso las sociedades administradoras de inversión se desempeñan como intermediarios, que actúan para terceros y con dineros que no forman parte de su patrimonio, sino que provienen de dichos terceros y a ellos pertenecen. De ahí que no se llamen sociedades de inversión sino, cosa bien distinta, Sociedades Administradoras de Inversión.

"6. La inscripción en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios no tiene un carácter constitutivo de la calidad de intermediario, vale decir que ese hecho *per se* no determina que una persona se pueda clasificar como intermediaria de valores y que quien no se halle inscrito no pueda reputarse como tal. La calidad de inter-

mediario en el mercado de valores se deriva de la actividad concreta que desempeñe una persona en forma profesional y permanente en el aludido mercado".

"7. El hecho de que las sociedades administradoras de inversión, para desarrollar su labor de intermediación en el mercado de valores, tengan que recurrir a los comisionistas de bolsa en nada les resta el carácter de intermediarios que aquellas tienen. Tal hecho se explica porque los únicos que pueden actuar directamente en bolsa son los comisionistas miembros de la misma.

"A los comisionistas de bolsa tienen que recurrir entonces todos los intermediarios que actúan por fuera de Bolsa tales como los corredores independientes de valores, las sociedades administradoras de inversión, etc. Así mismo un comisionista de bola en muchos casos tiene que recurrir a los servicios de otro comisionista para desarrollar su gestión, lo cual no significa que aquél no tenga la calidad de intermediario. En efecto, si un comisionista de la Bolsa de Bogotá recibe la orden de comprar un título inscrito en la Bolsa de Medellín, necesariamente tendrá que recurrir a los servicios de un comisionista miembro de esta última pues no puede realizar la operación directamente".

Poco o nada hay que añadir a los anteriores conceptos, que desde luego la Sala acoge, y que aclaran plenamente como las Sociedades Administradoras de Inversión tienen sin lugar a dudas el carácter de intermediarias en el mercado de valores. Este carácter, no sobra repetirlo una vez más, emana inequívocamente del contenido del artículo 15 del Decreto 384 de 1980, al destacar como los valores que integran el fondo manejado por dichas sociedades, lo son "por cuenta de los suscriptores", de quienes en consecuencia las sociedades son meras intermediarias.

Sentado lo anterior, se tiene que cuando la Ley 32 de 1979, en el ordinal 3º del artículo 12 sanciona la realización de "operaciones que no sean suficientemente representativas de la situación del mercado" y los actos "que puedan comprometer la seguridad del mercado", está prohibiendo precisamente la comisión de tales actos, como faltas contrarias a las normas que regulan el mercado de valores. Si por consiguiente el ordinal 7º del susodicho artículo 12 autoriza a la Comisión Nacional de Valores para imponer multas hasta de cien mil pesos cada una a quienes "violen las normas legales que regulen la materia", no se requiere de mayor esfuerzo para concluir que tal organismo está revestido de una clara facultad para sancionar pecuniariamente toda infracción a las normas que reglamentan el mercado público de valores, entre las cuales se halla, no sobra advertirlo nuevamente, la prohibición de llevar a cabo operaciones no suficientemente representativas de la situación del mercado o que comprometan la seguridad del mismo. Como fue precisamente por tales actos que se produjo la sanción impuesta a Graninversión S. A., debe concluirse sin sombra de duda que no se incurrió en quebranto del artículo 12.3.b de la Ley 32 de 1979.

Para terminar, debe anotarse cómo la sociedad demandante no pone en tela de juicio la realidad de las operaciones por las cuales

fue sancionada. Solamente discute la conclusión final a que llegó la Comisión Nacional de Valores, a saber, que tales operaciones no fueron suficientemente representativas de la situación del mercado. Para un mejor entendimiento de la materia, conviene transcribir, a guisa de ejemplo, como lo hizo el colaborador Fiscal en su concepto, algunas de las operaciones que se describen en la Resolución número 099 de 1983, en las hojas 10 a 14:

"VII. 1. Que el 5 de febrero de 1980 la sociedad Grancolombiana Administradora de Inversión, Graninversión S. A., adquirió de la sociedad Grupo Grancolombiano S. A. (sociedad del llamado Grupo Grancolombiano) y por cuenta de los Fondos de Inversión Grancolombiano y Bolivariano, la cantidad de 5.076.554 acciones de la Compañía Nacional de Chocolates S. A. a un precio unitario de ochenta y cinco pesos ($ 85.00) en una operación realizada por fuera de Bolsa de Valores.

"2. Que el mismo 5 de febrero de 1980 la sociedad Grancolombiana de Inversión, Graninversión S. A. adquirió de la sociedad Cingra Ltda. (sociedad del denominado Grupo Grancolombiano) y por cuenta del Fondo de Inversión Grancolombiano la cantidad de 586.285 acciones de Compañía Nacional de Chocolates S. A. en un precio unitario de ochenta y cinco pesos ($ 85.00) en una operación realizada por fuera de la Bolsa de Valores.

"IX. Que dichas operaciones no fueron suficientemente representativas de la situación del mercado, por las razones que a continuación se señalan:

"1. Previamente a su celebración, sociedades del denominado Grupo Grancolombiano fijaron en la Bolsa de Bogotá el precio que les sirvió de referencia. Los hechos pueden sintetizarse de la siguiente manera:

"1.1. Durante el año de 1979 la sociedad Graninversión S. A. (por cuenta de los Fondos de Inversión Grancolombiano y Bolivariano) y otras empresas del llamado Grupo Grancolombiano realizaron adquisiciones masivas de acciones de Compañía Nacional de Chocolates S. A. Fue así como de las acciones de dicha sociedad transadas en la Bolsa de Bogotá durante los meses de junio, julio y agosto de 1979, los mencionados Fondos adquirieron el 78.34%. En el mes de septiembre la participación de Graninversión S. A. de la sociedad Grupo Grancolombiano S. A. y de Grancolombiana Corporación Financiera S. A. Granfinanciera fue del 98.49%, mientras que en octubre el porcentaje fue del 88.49%. En noviembre el porcentaje adquirido por los Fondos y por la sociedad Grupo Grancolombiano S. A. alcanzó el 94.96% y en diciembre la participación de Graninversión S. A. fue del 30.40%.

"1.2. Los precios entre el 1º de julio y el 20 de septiembre de 1979 oscilaron entre un mínimo de trescientos diez pesos ($ 310.00) y un máximo de trescientos cuarenta y cinco pesos ($ 345.00). Aquí conviene advertir que a partir de octubre la acción de Compañía Nacional de Chocolates S. A. se fracciona en cinco acciones. De manera

que para efectos de poder comparar los precios que más adelante se reseñan, los precios de la acción de esta sociedad hasta el 15 de octubre deben ser divididos por cinco.

"1.3. El día 20 de septiembre de 1979 aparece en el mercado la sociedad Grupo Grancolombiano S. A., la cual no había celebrado operaciones en la Bolsa de Bogotá durante el período comprendido entre el 1º de junio y el 19 de septiembre de dicho año. Por su parte, la sociedad Graninversión desaparece del mercado el día 27 de septiembre.

"1.4. Gracias a la acción de las sociedades del llamado Grupo Grancolombiano, especialmente la sociedad Grupo Grancolombiano S. A., la cotización de la acción Compañía Nacional de Chocolates S. A. aumenta de sesenta y cuatro pesos ($ 64.00) en que se encontraba el 20 de septiembre (recuérdese que para efectos comparativos el precio de dicho día se dividió por 5), a ochenta y tres pesos ($ 83.00), precio del día 12 de noviembre, día en el cual comienza a actuar sistemáticamente en el mercado la sociedad Graninversión S. A.

"1.5. Durante el mes de enero de 1980 las sociedades del Grupo Grancolombiano adquirieron el 71.05% de las acciones transadas en la Bolsa de Bogotá.

"1.6. La sociedad Grupo Grancolombiano S. A., después de haber permanecido ausente del mercado de la Bolsa de Bogotá durante los treinta primeros días del mes de enero de 1980, reaparece el 31 de enero, participando activamente hasta el 6 de febrero. Concretamente el 5 de febrero dicha sociedad adquirió 473.086 acciones de la Compañía Nacional de Chocolates S. A., o sea el 92.02% de las transadas en la Bolsa de Bogotá. Este mismo día la cotización osciló entre setenta y cinco ($ 75.00) y ochenta y cinco ($ 85.00) pesos, precio al cual cerró la Rueda. Dicho día y a este último precio se realizaron las operaciones mediante las cuales el Grupo Grancolombiano S. A. y Cingra Ltda., transfirieron 5.662.839 acciones de la Compañía Nacional de Chocolates S. A. a los Fondos administrados por la sociedad Graninversión S. A.

"1.7. Por su parte, Graninversión S. A. estuvo ausente del mercado los días 4 a 11 de febrero, día a partir del cual actúa nuevamente en forma sistemática en el mercado de la Bolsa de Bogotá.

"1.8. A partir del 7 de febrero de 1980, la sociedad Grupo Grancolombiano S. A. permaneció ausente del mercado de la Bolsa de Bogotá hasta el 21 de marzo siguiente, fecha en la cual entra a participar activamente en el mercado de la Bolsa de Bogotá para adquirir acciones de la Compañía Nacional de Chocolates S. A. a Graninversión S. A.

"2. En la fijación de la cotización de ochenta y cinco pesos ($ 85.00) precio al cual se transaron las 5.662.839 acciones de la Compañía Nacional de Chocolates S. A. entre empresas del Grupo Grancolombiano y Graninversión S. A. se encuentra que:

"2.1. La intervención en el mercado de la sociedad Grupo Grancolombiano S. A. tenía por objeto marcar un precio para luego realizar la transacción de las 5.662.839 acciones de Nacional de Choco-

lates S. A. En efecto, la participación en el mercado de la Bolsa de Bogotá del Grupo Grancolombiano S. A., a partir del 20 de septiembre de 1979, produjo como efecto un aumento del precio de la acción de sesenta y cuatro pesos ($ 64.00) en que se encontraba tal día a ochenta y tres pesos ($ 83.00) el 12 de noviembre siguiente. Así mismo, su intervención el 31 de enero y los días siguientes produjo un incremento en la cotización de sesenta y cuatro pesos con noventa centavos ($ 64.90), precio al cual cerró la Rueda el 30 de enero, a ochenta y cinco pesos ($ 85.00), precio de cierre el 5 de febrero.

"2.2. El ingreso al mercado de Grupo Grancolombiano S. A. por su parte coincidía con una relativa inactividad de Graninversión S. A., en el mismo.

"Después de haber estado ausente del mercado de la Bolsa de Bogotá durante el 5 de febrero, la sociedad Graninversión S. A. decide adquirir de otras sociedades del denominado Grupo Grancolombiano y por cuenta de sus Fondos, el mismo 5 de febrero la cantidad de 5.662.839 acciones, al elevado precio de ochenta y cinco pesos ($ 85.00) cada una.

"2.3. La actuación de Graninversión S. A. no encuentra justificación y riñe con la más elemental lógica, pues si su interés era adquirir acciones de la Compañía Nacional de Chocolates S. A., ha debido acudir a la Bolsa para el efecto; de esta manera habría podido adquirir a un precio menor de ochenta y cinco pesos ($ 85.00). Debe tenerse en cuenta que las transacciones en la Bolsa de Bogotá efectuadas por la sociedad Grupo Grancolombiano S. A. el tantas veces citado 5 de febrero, se realizaron a precios que variaron entre setenta y cinco ($ 75.00) y ochenta y cinco pesos ($ 85.00), lo cual lleva a concluir que, en el peor de los casos, Graninversión S. A. en la Bolsa de Bogotá hubiera pagado el mismo precio que pagó por fuera de ella.

"2.4. Resulta igualmente injustificable e ilógica la actitud del Grupo Grancolombiano S. A. que adquiere acciones en la Bolsa a ochenta y cincos pesos ($ 85.00) y las vende el mismo día, por fuera de ella, al mismo precio.

"2.5. Como elementos adicionales, se observa que para adquirir las 5.662.839 acciones de Compañía Nacional de Chocolates S. A., Graninversión S. A. en la administración de los Fondos Bolivariano y Grancolombiano violó las disposiciones contenidas en el literal f) del artículo 9º y en el artículo 12 del Decreto 2368 de 1960. En efecto, luego de que a febrero 4 el Fondo Grancolombiano tenía un sobregiro que ascendía a $ 117.371.514.82 el día siguiente alcanzaba la suma de $ 652.538.826.69. Por su parte, el Fondo Bolivariano pasó de un sobregiro por cuantía de $ 121.486.830.83 el 4 de febrero a $ 378.979.350.10 el día siguiente. Se violó de esta manera las normas del estatuto orgánico de los Fondos de Inversión que prohibían este tipo de operaciones y se actuó apartándose de la filosofía que inspira la existencia de los mismos, cual es la inversión de unos dineros que son recibidos de los inversionistas que participan en ellos y no en la adquisición de préstamos que, por lo demás, hacían débil la situación frente a una eventual e importante solicitud de reintegro de unidades de inversión.

"En cuanto a los límites a las inversiones que podían efectuar los Fondos, impuestos por el artículo 12 ya citado, el Fondo Bolivariano poseía en enero 31 de 1980 la cantidad de 2.762.858 acciones, lo cual, a precios de costo, representaba el 11.22% del valor neto del Fondo. El Fondo Grancolombiano, por su parte, poseía en dicha fecha la cantidad de 4.447.907 acciones que, a precio de costo, representaba el 10.85% del valor neto del Fondo. La adquisición de 2.980.000 acciones para el Fondo Bolivariano y 2.682.839 para el Fondo Grancolombiano implicó un inmediato exceso de la inversión permitida.

"2.6. Aparece, igualmente, que al interior de la Compañía Nacional de Chocolates S. A. no existió ningún factor de índole económico o financiero que justificara una variación anormal en el precio de la acción de la misma. Así lo indicó expresamente el representante legal de dicha compañía, al rendir declaración jurada dentro de la investigación".

Como lo anota el colaborador Fiscal, ni las operaciones anteriormente descritas, ni las restantes de que da cuenta la Resolución número 099 de 1983, fueron en lo más mínimo desvirtuadas por la parte actora. El efecto inmediato de dichas operaciones fue el aumento artificial del valor de ciertas acciones, según queda explicado en forma por demás técnica y detallada en los actos acusados. Este resultado, cuya existencia cierta tampoco desvirtúa el actor, trata empero de derivarlo de circunstancias distintas a las maniobras artificiales de que hizo uso la sociedad demandante. En páginas anteriores se transcribió lo esencial de las razones del accionante, que se reducen a meras conjeturas, sin respaldo alguno probatorio que contradiga la presunción de legalidad que cobija el acto administrativo impugnado. De todos modos, no está por demás transcribir algunos apartes del alegato de conclusión del impugnador, en los cuales éste se refiere a las argumentaciones del actor, arrojando de paso nuevas luces sobre el asunto controvertido:

"En cuanto a la afirmación del actor en el sentido de que no se tomó un punto de referencia para establecer cuáles operaciones no eran suficientemente representativas de la situación del mercado, basta remitir al texto mismo de las Resoluciones demandadas en donde se hace un minucioso estudio de la forma como evoluciona la cotización de cada una de las acciones que manipuló Graninversión S. A., de la forma como intervino ésta en el mercado y de la forma como fue subiendo, o en su caso, bajando la cotización, todo lo cual demuestra que la afirmación del demandante no corresponde a la realidad de lo actuado".

"...en las Resoluciones demandadas se explica claramente el procedimiento conforme al cual primeramente Graninversión S. A. y otras empresas pertenecientes al denominado Grupo Grancolombiano manipulaban la cotización de las acciones en Bolsa y luego toman como referencia dicha cotización para realizar millonarias transacciones por fuera de Bolsa".

"...en las Resoluciones acusadas se explica bien como las empresas pertenecientes al denominado Grupo Grancolombiano se de-

dican a efectuar compra masiva de acciones de sociedades cuyo control interesaba al mencionado Grupo. Una vez adquieren dichas acciones se dedican mediante unas pocas operaciones de Bolsa en las cuales participa Graninversión S. A. a elevar la cotización de la acción de dichas sociedades y cuando dichas sociedades alcanzan los niveles más altos registrados en el mercado, las empresas del Grupo transfieren a los Fondos Grancolombiano y Bolivariano tales acciones. Como puede observarse los dos hechos asunción del control y marcada de un alto precio no son excluyentes en el presente caso sino perfectamente congruentes dentro del esquema de manipulación efectuado. Primero se compra masivamente acciones, luego se sube la cotización de la misma en Bolsa y hecho esto se le venden a los Fondos. El resultado es claro: De una parte el Grupo Grancolombiano se hace al considerable paquete de acciones y de la otra gana al vender al más alto precio a los Fondos de Inversión las acciones, todo a costa de suscriptores de unidades de inversión de los Fondos Bolivariano y Grancolombiano".

"Finalmente es de señalar que el argumento esgrimido por el señor apoderado de la actora se vuelve contra su representada, pues ninguna justificación tiene el hecho de que la cotización de las mismas baje bruscamente precisamente en el momento en que los Fondos de Inversión Grancolombiano y Bolivariano vendieron las acciones de dichas sociedades a otras empresas del Grupo Grancolombiano".

No dejan lugar a dudas los anteriores planteamientos acerca de la legalidad de los actos acusados, lo que impone desechar en un si como él lo afirma la situación de las empresas aludidas era óptima, todo 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 y notifíquese.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 25 de febrero de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Victor M. Villaquirán, Secretario.

EMPLEADO PUBLICO. INSUBSISTENCIA.—

El retiro del servicio de aquél de libre nombramiento y remoción, puede darse por el simple hecho de la designación de otra persona, para ocupar dicho puesto.

La declaratoria de insubsistencia puede tener carácter expreso o tácito.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintinueve de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyectó: *Doctor José Alberto Roldán B.,* Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 2421. Apelación sentencia. Actor: Pedro Enrique Rodríguez Betancur.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 11 de noviembre de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, por la que se deniegan las súplicas de la demanda (fls. 54-64).

I. Antecedentes:

El señor Pedro Enrique Rodríguez Betancur, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción que consagra el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, en escrito que obra a folios 3 a 8 demanda la nulidad de la Resolución número 1477 del 21 de noviembre de 1984, por la cual el Director General del Instituto Nacional del Transporte encarga a la doctora Luz Alba Sánchez de Rodríguez, para que ejerza las funciones de Director del Instituto Departamental de Transporte y Tránsito del Huila, mientras se provee el cargo del titular (fl. 12).

Impetra el actor el correspondiente restablecimiento del derecho que lo hace consistir en el reintegro a dicho cargo de Director, con todas sus consecuencias salariales y prestacionales y que, además, se declare que no ha existido solución de continuidad en el ejercicio del cargo.

Como normas violadas con el acto acusado, invoca los artículos 22, 23, 24 y 34 del Decreto 1950 de 1973; el inciso 2º del artículo 5º del Decreto 2281 de 1955; el artículo 1º del Decreto 1173 de 1966, alegando

que no se daban las circunstancias para el encargo a que se refiere la citada Resolución, "porque no existía vacancia temporal o definitiva de su titular" (fl. 4-6).

II. El fallo recurrido:

Para sustentar la decisión adversa a las súplicas de la demanda, expresa el Tribunal:

> "En esta clase de procesos se ha dicho de manera reiterada por la Corporación, que la justicia impetrada por los interesados debe entenderse rogada, y en consecuencia, sólo le es dable al juzgador y en este caso al Tribunal Administrativo del Huila, estudiar a fondo las pretensiones demandadas, teniendo en cuenta el acervo probatorio, los hechos de la demanda en relación con las normas señaladas como violadas y el concepto de esa violación y que en el caso de este proceso, se fundamenta en que en modo alguno mediante el acto administrativo acusado, se podía prescindir de los servicios del ahora demandante, siendo necesario previamente la declaratoria de insubsistencia o de destitución para luego sí entrar a encargarse como Director del Instituto de Transportes y Tránsito del Huila a persona diferente del señor Pedro Enrique Rodríguez Betancur" (fl. 59).

Más adelante y luego de transcribir un aparte de la sentencia del 16 de enero de 1984 (expediente número 5190, Ponente doctor Alvaro Orejuela Gómez, actora Lucero Jordán Molina), agrega el *a quo:*

> "Volviendo al caso en estudio, y teniendo en cuenta al Decreto 2400 de 1968, el Gobierno expidió el Decreto 1950 de 1973 como reglamentario y así mediante su artículo 22 señala en once numerales y para efectos de la producción de los cargos se considera que un empleo está vacante entre otras por la renuncia regularmente aceptada o por la declaratoria de insubsistencia y mediante el artículo 23 se dispuso que para los mismos efectos se produce la vacante temporal de un cargo cuando quien lo desempeña se encuentra en vacaciones, en licencia, en comisión, prestando servicio militar o cuando se encarga al empleado de otro empleo desligándolo de sus funciones como también en los casos de suspensión en el ejercicio de los cargos.
>
> "Mediante el artículo 24 del mismo Decreto se dispone que el ingreso al servicio se hace por nombramiento ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción y por nombramiento en período de prueba o provisional cuando se trata de empleos de carrera administrativa. Mediante el artículo 34 de la misma disposición se dispone: 'Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva del titular desvinculándose o no de las propias de su cargo'.
>
> "Pero no obstante las normas anteriormente analizadas y tal como lo afirma la demanda, es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que no solamente con la insubsistencia puede entenderse como tal la desvinculación de un empleado determina-

do, sino que también debe entenderse como insubsistencia cuando se designa en el cargo determinado a otra persona, quien al asumir lógicamente las funciones desplaza al que viene ejerciendo el cargo y ante esa eventualidad, debe entenderse como una verdadera insubsistencia del cargo y si bien es cierto que en el caso en estudio el desplazamiento o la desvinculación del demandante Pedro Enrique Rodríguez Betancur se presentó con el acto administrativo acusado al encargarse de las funciones de Director a un empleado del Instituto Nacional de Transporte, debe entenderse ese acto, como una verdadera insubsistencia y la circunstancia de que haya sido por encargo en consideración de la Corporación, no le resta mérito ni le merma las atribuciones ni la facultad discrecional que tiene el Director General para desvincular o prescindir de los servicios del Director del Instituto de Transportes y Tránsito del Huila.

"A más de lo anterior, no debemos olvidar la parte final de lo preceptuado en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 que dispone que, 'en los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña', y en el cargo (sic) debe tenerse como una designación que lógicamente, para el caso en estudio, desplazó en el ejercicio de sus funciones el ahora demandante, y en consecuencia no se presentó vulneración de las señaladas en la demanda, que tampoco puede entenderse en cuanto al artículo 5º del Decreto 2281 de 1955 ni en cuanto al artículo 1º del Decreto 1173 de 1966, que determina que los Directores Departamentales de Transporte y Tránsito debiendo ser nombrados por el Gobierno nacional deben ser de ternas que no podrán ser enviadas por los Gobernadores respectivos, sino cuando sean expresamente solicitadas" (fls. 62-63).

III. El recurso:

Tras afirmar que uno de sus "argumentos consiste en que el Director del Instituto de Tránsito y Transportes INTRA, no podía encargar a persona alguna de Director de Transportes y Tránsito del Huila mientras no hubiese existido vacancia definitiva" (fl. 66), alega el recurrente:

"Es cierto y nadie discute que el Director del Instituto Nacional del Transporte 'INTRA' puede nombrar y remover los Directores de Transporte y Tránsito de los Departamentos y, tampoco he discutido que estos últimos son de libre nombramiento y remoción por no pertenecer a una carrera administrativa y menos aún que según lo preceptuado en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 la designación de una persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña, no, no he discutido nada de ello, sino que se violaron normas de procedimiento.

"Dice la Resolución demandada:

" 'Encargar a la doctora Luz Alba Sánchez de Rodríguez, profesional Universitario 3020-06 en (sic) la División de Regula-

ción y control, Subdirección operativa, para que ejerza las funciones de Director del Instituto Departamental de Transportes y Tránsito del Huila, mientras se provee el cargo del titular'.

"Del texto de la Resolución se concluye claramente, que en ese momento existía una vacante definitiva en el cargo de Director de Transportes y Tránsito del Huila.

"Bajo qué circunstancias de vacancia definitiva se encontraba el cargo de Director según el artículo 22 del Decreto 1950 de 1973; bajo la circunstancia de una renuncia aceptada en forma regular?, de una declaratoria de insubsistencia?, de una destitución? de una revocatoria de nombramiento?, de la invalidez absoluta del titular?, de ser pensionado por invalidez o vejez?, por haber sido traslado (sic) o ascendido?, por declaratoria de nulidad del nombramiento?, por mandato de la ley?, por abandono del cargo?, o por muerte. No se supo por parte del nominador, hasta que se propuso la respectiva demanda en la contestación a la misma. Pero antes de esta ocurrencia no podíamos considerar otra circunstancia distinta, tal como la revocatoria del nombramiento, la nulidad del mismo o un abandono del cargo o en el peor de los casos como una destitución?

"Si es, como lo dice la Fiscalía y el Tribunal que acoge el concepto, una insubsistencia, no se requiere que ésta sea *declarada* tal como lo manifiesta el artículo 22 del Decreto 1950 de 1973?

"El encargo, es un nombramiento en los términos del artículo 24 del mismo Decreto o una asignación de funciones temporales. El encargo desplaza al funcionario de por sí o por el contrario lo reemplaza en la ausencia temporal o definitiva.

"Si el encargo no es un nombramiento, podemos asimilarlos en razón del artículo 107 *ibidem*, pero, qué argumento de orden legal se puede argüir si el encargo está definido por el artículo 34 del mismo estatuto?

"En las facultades del Director del Instituto Nacional del Transporte se encuentra en el inciso 2 del numeral 14 del artículo 19 del Decreto 219 de 1978 la de:

" 'Proveer interinamente dichos cargos cuando las necesidades del servicio así lo exigen'.

"Las palabras 'interinamente' y 'por encargo' tienen similar significado y para ello basta remitirnos al artículo 249 del Código de Régimen Político y Municipal, vigente en la fecha que dice:

" 'Cuando faltare absolutamente un empleado que no puede ser reemplazado por el suplente o suplentes, la primera autoridad política del lugar nombrará el empleado interino y dará cuenta en el acto al que deba proveer el empleo'.

"Pero, cuándo las necesidades del servicio exigen la provisión interina de los cargos? Es lógico deducirlo; cuando exista una de las causales de la vacancia y se cumple el requisito de la solicitud de las ternas de que trata el artículo 19 inciso primero numeral 14 del Decreto 219 de 1978.

"Consideremos entonces, como lo manifiesta el Tribunal, que el encargo es un nombramiento y que de acuerdo con el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 desplaza al funcionario. Resultado el nombramiento sería nulo y la insubsistencia igualmente por cuanto se pretermitió la terna, elemento este indispensable para tal proceder del funcionario nominador" (fls. 67 a 69).

Y agrega:

"El Tribunal debió analizar las pruebas aportadas por la parte demandada y no sólo enumerarlas y así lo dice:

" 'En cuaderno aparte aparece como pruebas en 148 folios, fotocopias de investigaciones administrativas adelantadas por la Procuraduría General de la Nación contra el señor Pedro Enrique Rodríguez Betancur, con fundamento en una denuncia de irregularidades del 13 de febrero de 1985 de la Directora encargada del Instituto de Transportes y Tránsito del Huila' (fls. 69-70)".

IV. El concepto del Ministerio Público:

La señora Fiscal Quinto de la Corporación, en su concepto de fondo, expresa:

"Al sustentar el recurso de apelación, el señor apoderado del demandante expone, ampliándolos, argumentos de la demanda, y añade otros para demostrar que con el 'encargo' hecho a la doctora Alba Luz Sánchez de Rodríguez se destituyó al señor Rodríguez Betancur, violándose el derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional y el procedimiento disciplinario consagrado en el Decreto 1950 de 1973. Dice que el acto acusado se expidió con desviación de poder por lo que debe anularse.

"Sin embargo, observa la Fiscalía que con ocasión del recurso de apelación, no puede modificarse la demanda inicial, pues la oportunidad para ello, ya ha precluido. Y como esta jurisdicción es rogada, el juzgador debe ceñirse al análisis del acto acusado, frente a los hechos y a las disposiciones que se hubieran indicado en el libelo.

"Por tanto no cabe aquí estudiar si se infringió el artículo 26 de la Constitución y si el actor fue o no destituido violando su derecho de defensa, pues tales planteamientos no corresponden a su demanda.

"En ella únicamente reclama que no cabía la figura del encargo por no presentarse vacancia ni temporal ni absoluta, dado que nunca se produjo un acto administrativo que lo separara del servicio conforme a lo dispuesto por el artículo 22 del Decreto 1950 de 1973.

"A lo anterior anota la Fiscalía lo siguiente:

"El señor Rodríguez Betancur, al demandar la Resolución número 1477 de 21 de noviembre de 1984, admite que en virtud

de sus efectos quedó separado del servicio. Pero cree que este medio no es legal y que ha debido producirse un acto que expresamente lo retirara a él del servicio. Por otra parte, no invoca ninguna garantía de estabilidad.

"Como acertadamente lo dijo el Tribunal acogiendo el concepto de su colaborador Fiscal, tanto las normas positivas de derecho como la jurisprudencia, consagran que además de las figuras indicadas en el artículo 105 del Decreto 1950 de 1973, el retiro del servicio de un funcionario de libre nombramiento y remoción, puede producirse por el simple hecho de la designación de otra persona para ocupar ese cargo. Y como la ley no distingue, esa designación puede hacerse en encargo, provisional, en interinidad o en propiedad.

"En el caso que nos ocupa, la designación en encargo se justifica en la necesidad de cumplir previamente un trámite para el nombramiento en propiedad, presumiéndose que la autoridad nominadora consideró conveniente, por razones del servicio, el retiro inmediato del actor. Y en efecto, dicha designación en propiedad se cumplió posteriormente. Así las cosas, el acto acusado no presenta ningún viso de ilegalidad.

"Hubiera podido resultar contrario a derecho, si el demandante hubiera demostrado derecho de permanencia en el cargo, pero ello no sucedió.

"Por la simple circunstancia de no haberse expedido un acto que expresamente lo retirara del servicio, no puede afirmarse que es invalida la figura del encargo, ya que es preciso tener en cuenta la calidad del funcionario de libre nombramiento y remoción del actor, y las previsiones del artículo 107, inciso 2º del Decreto 1950 de 1973.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite conceptuar solicitando se confirme la sentencia apelada" (fls. 79-80).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

Consideraciones:

Como es bien sabido, las normas superiores al acto administrativo que se estimen violadas por él, han de precisarse en forma concreta en la demanda, junto con la explicación del concepto de la violación (art. 137 del C. C. A.).

A esas normas ha de circunscribirse la decisión del juzgador, por cuanto en esta jurisdicción, por razones técnicas (justicia rogada), no es procedente fallar *extra petita*. Es a ellas a las que se refiere el Código Contencioso Administrativo en su artículo 170 al exigir que en la sentencia se analicen "las normas jurídicas pertinentes".

En consecuencia, sobrada razón asiste a la señora Fiscal cuando advierte que "no cabe aquí estudiar si se infringió el artículo 26 de

la Constitución y si el actor fue o no destituido violando su derecho de defensa, pues tales planteamientos no corresponden a su demanda" (fl. 79).

Por lo tanto, la decisión del recurso de alzada ha de concretarse a dilucidar la viabilidad de la anulación del acto acusado frente a las normas y al concepto de violación que en la demanda se plantean.

Un primer aspecto que corresponde examinar es el relativo al pretendido derecho del actor en cuanto a estabilidad en el cargo.

En el *sub júdice* no consta que el actor fuera empleado de carrera y que, como tal, disfrutara del fuero de relativa estabilidad con derecho "de permanecer en el servicio siempre que cumpla con lealtad, eficiencia y honestidad los deberes de su cargo", ya que no demostró ser empleado que ostentara dicha calidad.

Luego su nombramiento podía ser declarado insubsistente libremente por el nominador, lo cual es admitido llanamente por el apelante, así:

> "Es cierto y nadie discute que el Director del Instituto Nacional del Transporte 'INTRA' puede nombrar y remover los Directores de Transporte y Tránsito de los Departamentos y, tampoco he discutido que estos últimos son de libre nombramiento y remoción por no pertencer a una carrera administrativa y menos aún que según lo preceptuado en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 la designación de una persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña, no, no he discutido nada de ello, sino que se violaron normas de procedimiento" (fl. 67).

En estas condiciones no queda en pie sino la alegación sobre violación de normas de procedimiento en la expedición del acto acusado.

Afirma el apelante que en forma equivocada, se partió de la base falsa de "que en ese momento existía una vacante definitiva en el cargo de Director de Transportes y Tránsito del Huila", sin que se diera ninguna de las causales contempladas en el artículo 22 del Decreto 1950 de 1973 para que fuera lícito el considerar vacante el cargo de Director del Instituto Departamental de Transportes y Tránsito del Huila que desempeñaba el actor. Por eso, se pregunta:

> "Si es, como dice la Fiscalía y el Tribunal que acoge el concepto, una insubsistencia, no se requiere que sea *declarada* tal como lo manifiesta el artículo 22 del Decreto 1950 de 1973? (fl. 68)".

A este respecto, advierte la Sala que justamente el artículo 22 del Decreto 1950 de 1973, reglamentario de los Decretos-ley 2400 y 3074 de 1968 señala:

> "Para efecto de su provisión, se considera que un empleo está vacante definitivamente:

"1. .....

"2. Por declaratoria de insubsistencia;

"....."

Ahora bien, esta *declaratoria* puede ser expresa o tácita.

En efecto: El referido Decreto reglamentario dispone en su artículo 107:

> "En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente a sus empleados".
>
> "En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña".

Como fácilmente se echa de ver, en esta norma claramente aparecen delineadas las dos modalidades de la declaración de insubsistencia: La expresa y la tácita.

Así pues, anda descaminado el apelante al pretender que el procedimiento de su desvinculación del servicio fue irregular porque no se produjo previa declaración de insubsistencia de su nombramiento.

Es obvio, por lo demás, que el "encargo" es una forma de *designación* según lo define el artículo 34 del Decreto citado, y lógicamente ha de presumirse vacancia cuando "se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular...", que es justamente lo que ocurre en el caso de un encargo.

Tal aconteció con el acto acusado, cuando por él se resolvió:

> "Encargar a la doctora Luz Alba Sánchez de Rodríguez... para que ejerza las funciones de Director del Instituto Departamental de Transportes y Tránsito del Huila, mientras se provee el cargo del titular".

Lo transcrito no deja la menor duda de que la voluntad del nominador era la de declarar la insubsistencia del demandante, dejándolo sin funciones para asignárselas totalmente a otra persona, mientras se designaba el titular.

Por otra parte, así la designación no hubiera sido *mientras se provee el cargo del titular* y el nombramiento inmediato de éste hubiera recaído en persona carente de las calidades legales, o, como dice el apelante, esta persona no fuera elegida "de las ternas de que trata el artículo 19 inciso primero numeral 14 del Decreto 219 de 1978" (fl. 69), resulta que la falta de calidades en el reemplazante no tiene ninguna incidencia en la legalidad del acto de desvinculación del servicio por insubsistencia, por cuanto, si bien es cierto que ésta no es una consecuencia automática e implícita de aquél, no es menos cierto que la ilegalidad del nombramiento del reemplazante no se transmite al acto de desinvestidura, pues son actos jurídicos dife-

rentes, así consten de un mismo documento (unidad material que no jurídica), por cuanto la causa y el efecto se relacionan entre sí, pero no se identifican.

En tal virtud, como en el *sub lite* se mantuvo incólume la presunción de legalidad de la Resolución acusada, forzoso es el confirmar 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:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila de fecha once (11) de noviembre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 12 de febrero de 1988.

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

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO PARTICULAR.— Revocación directa.

Su regulación aparece hoy comprendida en los artículos 69 y 73 del Código Contencioso Administrativo con una importante adición.

REVOCATORIA DIRECTA. Posibilidad de su procedencia ante acto administrativo político, junto con otras circunstancias.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente número 3888. Actor: Rafael Arboleda Muñoz y otros.

Los ciudadanos Rafael Arboleda Muñoz y Víctor Alfonso Zambrano Pantoja, por medio de apoderado, demandaron, en ejercicio de plena jurisdicción, la declaratoria de nulidad de la Resolución número 3160 de agosto 23 de 1982 de la Gerencia General del INCORA.

El presente proceso se destruyó en los insucesos del 6 y 7 de noviembre de 1985 del Palacio de Justicia y se declaró reconstruido por auto de octubre 29 de 1986.

El actor pide en su demanda que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Que se declare la nulidad de la Resolución número 03160 de 23 de agosto de 1982, proferida por el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA)".

"2. Que se declare, en consecuencia, que la Resolución número 02049 de 9 de junio de 1982, proferida por el mismo funcionario, se encuentra vigente, por tanto, su inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Leticia".

"3. Que se disponga la cancelación del registro del acto impugnado, si se hubiere cumplido".

"4. Se indemnice a los demandantes por los perjuicios de todo orden, por lucro cesante y daño emergente, que hubieren sufrido por causa del acto impugnado, actualizando el valor de la indemnización frente al aumento en los costos que ha generado la depreciación monetaria, hasta cuando sea efectivamente pagada, y",

"5. Que, en el evento anterior, se determine el valor de la indemnización mediante el procedimiento señalado en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil" (fl. 1, cuaderno 1).

Expuso los siguientes hechos:

"1. Mediante la Resolución número 130 de 29 de mayo de 1959, proferida por el Ministerio de Agricultura, fue adjudicado a Gabriela Marín viuda de Cárdenas un predio rural baldío denominado La Cabañita, ubicado en la vereda de Arara, jurisdicción del municipio de Leticia, Comisaría del Amazonas; esta Resolución fue registrada el día 4 de agosto de 1959 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Leticia (anotación 01, folio de matrícula inmobiliaria 400-0000881)".

"2. Según se indica en la Resolución referida, tiene el predio una extensión superficial del 167 hectáreas más 4.000 metros cuadrados, y está alindado así":

"'Se partió del mojón K 0+00 situado a diez (10) metros de la desembocadura de la quebrada Arara en el caño denominado Arara o Santa Sofía en una dirección Norte de 66° E. De este punto con un rumbo Norte 66° E. en una distancia de 305,10 metros encontramos el delta número 2; partiendo de este lugar con rumbo Norte 40° E. y en una distancia de 600 metros y continuando como en el lado anterior de la poligonal, aguas arriba de la quebrada Arara encontramos el delta número 3 o sea K 0+905,10; de allí y siguiendo aguas arriba por la misma margen o sea la izquierda de la quebrada en mención, en una distancia de 400 metros encontramos el delta número 4 o sea el K 1+305,10; los lados citados colindan con mejoras del señor Santos Cárdenas; de allí con rumbo Norte de 82° W en una distancia de 1.654,50 metros encontramos el delta número 6 o sea el K 2+959,60 metros colindando en este lado con terrenos baldíos de la Nación en una distancia de 854,50 y con Gregorio Vega en 800 metros encontramos el delta número 7 o sea el K 3+559,60; por este lado se colinda en los 600 metros con mejoras de José Pineda; allí con rumbo Sur de 31°55 E. y en una distancia de 1.266,62 metros colindando con el río Amazonas encontramos el delta número 8 o sea el K 4+826,22 de allí con rumbo Norte de 66° E. en una distancia de 600 metros colindando con terrenos baldíos inundables llegamos al punto de partida o sea el mojón K 5+426,22 que corresponde al 0+ de la poligonal'".

"Los linderos anteriormente señalados fueron rectificados por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), según plan número 262.989, así consta en la Resolución 02049 de 9 de junio de 1982 a que luego nos referiremos, linderos que en definitiva, entonces, quedaron así":

"'*Punto de partida.* Se tomó como punto de partida el punto número 1, localizado al Sureste, en la desembocadura del caño Santa Sofía sobre la quebrada Arara. Colinda así: ESTE. Colinda con la quebrada Arara aguas arriba en las siguientes distancias: Del punto número 2 al punto número 3, en 600 metros; del punto número 3 al punto número 4, en 400 metros. NORTE. Del punto número 4 al punto número 6 con la Reserva Indígena en 920 metros y con Baldíos Nacionales en 744 metros; del punto número 6 al punto número 7 con

Baldíos Nacionales en 600 metros. OESTE y SUR. Del punto número 7 al punto número 8 con Baldíos Nacionales en 1.266,12 metros y del punto número 8 al punto número 1, punto de partida, continúa con Baldíos Nacionales en 600 metros y encierra' ".

"3. Mediante la escritura pública número 111 de 23 de diciembre de 1969 de la Notaría Unica del Círculo de Leticia, la adjudicataria y, por ende, propietaria del inmueble, Gabriela Marín viuda de Cárdenas, vendió el predio La Cabañita a mis mandantes, Rafael Arboleda Muñoz y Víctor Alfonso Zambrano Pantoja, acto que fue registrado el día 4 de febrero de 1979 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Leticia (anotación 03, folio de matrícula inmobiliaria 400-0000881), que se constituyeron así en propietarios del inmueble".

"4. Posteriormente expidió la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) la Resolución número 021 de 28 de febrero de 1979 —publicada en la cabecera municipal de Leticia el día 20 de diciembre de 1979 y en el Diario Oficial número 35.482 el 21 de marzo de 1980—, mediante la cual se constituyeron como reserva especial, con destino a la comunidad indígena Ticuna, asentada en la localidad de Arara, 'dos globos de terrenos baldíos, colindantes entre sí, y cuyos linderos y áreas se consignan a continuación' ":

" 'Lote *número 1. Punto de partida.* Se tomó como punto de partida el punto B, localizado en el kilómetro 24+800 metros del trazado de la carretera que de Leticia conduce a Tarapaca. *Colinda así:* ESTE. Partiendo del punto B en línea recta con rumbo de NO° E y una distancia de 15 kilómetros más 960 metros hasta encontrar el punto C, localizado a 800 metros del río Calderón. NORTE. Siguiendo del punto C en línea recta con un rumbo N 73°40' W y una distancia de 7 kilómetros hasta encontrar el punto D. OESTE. Del punto D se sigue en línea recta con un rumbo de S 1°45' E y una distancia de 19 kilómetros más 20 metros hasta encontrar el punto E. SUR. Siguiendo del punto E en línea recta con rumbo N. 85°30' E con una distancia de 1 kilómetro más 100 metros se llega al punto F, localizado S12°15' E y distancia de 1 kilómetro más 780 metros se llega al punto A; de este punto con rumbo N59°50' E y distancia de 5 kilómetros más 600 metros se llega al punto B, de partida y cierra. El área de esta zona es de 11.983 hectáreas según plano número archivo G-198362, donde se especifican los demás detalles técnicos del alindamiento. Zona número 2. Tomando como punto de partdia el punto F de la anterior delimitación, se sigue aguas abajo por la quebrada Arara hasta su desembocadura en el río Amazonas abarcando una zona de 500 metros a cada lado de esta quebrada; incluye además la isla Arara y el lago del mismo nombre. El área de esta zona es de 325 hectáreas según plano número archivo G-198362, donde se especifican los demás detalles técnicos del alindamiento. El área total de esta reserva indígena incluidas las dos zonas de 12.308 hectáreas' ".

"5. De conformidad con lo dispuesto en la misma Resolución: a) Se sometió a la aprobación del Gobierno, como lo ordena el artículo 40 de la Ley 135 de 1961, que la impartió mediante la Resolución ejecutiva número 289 de 19 de noviembre de 1979, publicada en el

Diario Oficial número 35.412 de 14 de diciembre de 1979; b) Fue publicada, ya se dijo, en la cabecera municipal de Leticia el 20 de diciembre de 1979 y en el Diario Oficial número 35.482 el 21 de marzo de 1980, todo según lo establecido en los artículos 55 del Código de Régimen Político y Municipal y 39 de la Ley 135 de 1961, y c) Fue registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Leticia, según lo dispuesto en los artículos 96 y 97 del Código Fiscal, Ley 110 de 1912, y 2º, numeral 1 del Decreto 1250 de 1970 (anotación 05, folio de matrícula inmobiliaria 400-0000881)".

"6. Y el predio La Cabañita, de propiedad de mis mandantes, quedó parcialmente incluido dentro de la reserva constituida mediante Resolución número 021 de 28 de febrero de 1979, razón por la cual, y en ejercicio de la facultad de que trata el artículo 3º de esa providencia, fue expedida la Resolución número 02049 de 9 de junio de 1982, mediante la cual la Gerencia General del Instituto aclaró la anterior en el sentido de precisar esa reserva. Se dijo en la Resolución":

"'Por el artículo 1º del Decreto 2117 de 1969, el INCORA está facultado para constituir reservar de tierras baldías suficientes para la formación de unidades agrícolas familiares en favor de los miembros de las tribus o agrupaciones indígenas que carezcan de ellas, sin que se afecten tierras de propiedad privada, cuya adquisición requiere de la adopción del programa respectivo, conforme a las disposiciones legales' ".

"'El señor Rafael Arboleda Muñoz, en escrito de fecha junio 24 de 1981, manifiesta que dentro de la reserva que se constituyó en favor de la comunidad indígena Ticuna se incluyó el predio denominado La Cabañita o Arara, inmueble que es de su propiedad. Para demostrar lo anterior, acompaña con su escrito el Certificado de Registro número 112, actualizado por el número 158, expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Leticia (Amazonas), donde consta que el día 4 de agosto de 1959 se registró la Resolución número 130 de mayo 23 de 1959, originaria del Ministerio de Agricultura, mediante la cual se adjudica el aludido predio a la señora Gabriela Marín viuda de Cárdenas, quien posteriormente vendió a los señores Rafael Arboleda Muñoz y Víctor Zambrano Pantoja' ".

"'Así mismo, en el Certificado de Registro número 112, aparece inscrita la siguiente anotación: «Por Resolución número 021 de febrero 28 de 1979, emanada del INCORA, se constituyó en parte de los terrenos de esta finca, una reserva indígena, a favor de la comunidad indígena Ticuna», folio de matrícula número 400-0000547' ".

"'Analizados los respectivos documentos y el informe de visita de fecha noviembre 27 del año en curso, se demuestra que los señores Rafael Arboleda Muñoz y Víctor Zambrano Pantoja, son los actuales propietarios del predio La Cabañita o Arara, calidad que se probó con los títulos inscritos de que trata el artículo 3º de la Ley 200 de 1936, concluyéndose que efectivamente el citado predio es de propiedad privada' ".

" 'Por lo anterior, ya se dijo, se aclaró la Resolución número 021 de 28 de febrero de 1979 «en el sentido de que se excluye de dicha reserva el inmueble denominado La Cabañita o Arara, por ser de propiedad privada...»' ".

"7. Dispuso también el instituto la exclusión de la reserva de una franja de terreno aledaña al predio La Cabañita. Se dijo en la resolución":

" 'Además de la zona anterior, se excluye igualmente una porción de terreno de 99 hectáreas aproximadamente, sobre la cual los propietarios del predio La Cabañita o Arara, han demostrado que tienen mejoras establecidas con anterioridad a la fecha en que se constituyó la reserva. Los linderos de esta franja de terrenos son los siguientes: «*Punto de partida.* Se tomó como punto de partida el punto número 1 localizado al suroeste, en la concurrencia del caño Santa Sofía sobre la quebrada Arara. Colinda así: NORTE. Del punto número 1 y pasando por los números 2, 3, 4 hasta llegar al punto F colinda con la quebrada Arara en las siguientes distancias: 305,10 metros; 600 metros; 400 metros y 280 metros. ESTE. Del punto F al punto K con la reserva indígena de Arara en 600 metros. SUR. Del punto K al punto J con Baldíos Nacionales en 600 metros y encierra». Estos linderos se tomaron del punto 262.989 elaborado por el Instituto' ".

"8. La Resolución número 02049 de 9 de junio de 1982 fue notificada por edicto desfijado el día 12 de julio de 1982 y se encuentra ejecutoriada. Fue, además, registrada en el folio de matrícula inmobiliaria número 400-0000881, anotación 05, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Leticia".

"9. Posteriormente, sin embargo, fue expedida por la Gerencia General del Instituto la Resolución número 03160 de 23 de agosto de 1982, cuya nulidad estamos solicitando sea declarada, mediante la cual fue revocada la anterior. Esta providencia fue notificada por edicto desfijado el 8 de septiembre de 1982 y se encuentra ejecutoriada; se indicó en el texto de la notificación que consta aquella no procedía recurso alguno por la vía gubernativa".

"10. Con esta última providencia se desconocieron derechos legítimamente adquiridos y se irrogaron grandes perjuicios a los demandantes" (fls. 2 a 6 del cuaderno 1).

Al precisar las disposiciones violadas y el concepto de la violación, dice el libelo:

Artículo 30 de la Constitución Nacional, Decreto 2733 de 1979 artículos 21 a 24, Ley 167 de 1941 artículo 72, Decreto 2049 de 1982, Decreto 1577 de 1974 artículos 1º a 28, Ley 200 de 1936, artículo 6º; Ley 4ª de 1973, artículo 3º; Resoluciones 3160 de 1982 y 2049 de 1982 emanadas por el INCORA. Además cita los artículos 57 y 59 *bis* (art. 13, Ley 1ª de 1968) de la Ley 135 de 1961; 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 39 y 40 de la Ley 4ª de 1973; 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41 y 42 del Decreto 1576 de 1974, y 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458 y 459 del Código de Procedimiento Civil, principalmente.

I. Alegato de la parte demandante:

El apoderado de la parte demandante presentó su alegato de conclusión del cual se transcribe lo pertinente:

"1. *Los hechos y su prueba*".

"Mediante la Resolución número 130 de 29 de mayo de 1959, proferida por el Ministerio de Agricultura, fue adjudicado a Gabriela Marín viuda de Cárdenas un predio rural baldío denominado La Cabañita, ubicado en la vereda Arara, jurisdicción del municipio de Leticia, comisaría del Amazonas. Obra en el expediente copia auténtica de esta providencia y certificación acerca de su notificación y ejecutoria (fls. 3 a 10 del cuaderno número 1)".

"Esta providencia fue inscrita en el registro inmobiliario, en el folio de matrícula 400-0000881, anotación 01, como consta en el certificado número 58 expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Leticia, que se trajo al expediente (fls. 4 y 5 del cuaderno número 3)".

"Posteriormente, mediante la escritura pública número 111 de 23 de diciembre de 1960 de la Notaría Unica del Círculo de Leticia, de la que se trajo al expediente la segunda copia (fls. 6 a 9 del cuaderno número 3), la adjudicataria propietaria vendió el inmueble a mis mandantes, Rafael Arboleda Muñoz y Víctor Alfonso Zambrano Pantoja, acto que fue registrado el día 4 de febrero de 1970 en el folio de matrícula inmobiliaria respectivo, anotación 03, como consta en el certificado de que se hizo mención".

"Son, pues, mis mandantes, propietarios del inmueble".

"Años después, la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) expidió la Resolución número 021 de 28 de febrero de 1979, mediante la cual se constituyó 'como reserva especial, con destino a la comunidad indígena Ticuna, asentada en la localidad de Arara, jurisdicción del Municipio de Leticia, Comisaría del Amazonas, dos globos de terrenos baldíos, colindantes entre sí', cuyos linderos y áreas aparecen allí señalados".

"Al expediente se trajo copia auténtica de esta providencia y certificación acerca de su publicación (fls. 11 a 17 del cuaderno número 1; 14 a 19 del cuaderno número 2, y 92 a 97 y 100 a 117 del anexo número 1)".

"La Resolución número 021 de 28 de febrero de 1979 fue sometida a la aprobación del Gobierno, que la impartió mediante la Resolución ejecutiva número 289 de 19 de noviembre de 1979. También obra en el expediente copia auténtica de esta providencia, con la constancia de haber sido publicada (fls. 18 y 19 del cuaderno número 1; 20 y 21 del cuaderno número 2, y 98 y 99 del anexo número 1)".

"Después de su aprobación por el Gobierno, la Resolución número 021 fue a su vez anotada en el folio de matrícula correspondiente

al predio La Cabañita, de propiedad de mis mandantes, y así consta en el certificado de que se hizo mención, por cuanto *quedó el predio parcialmente dentro de la reserva*".

"*Y quedó también comprendida dentro de la reserva una franja de terreno sobre la que mis mandantes habían venido ejerciendo posesión mediante su adecuada explotación económica*".

"Todo lo anterior se advierte sin esfuerzo en el plano número 262.989 levantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), copia auténtica del cual fue incorporada al expediente (fls. 26 del cuaderno número 1 y 147 del anexo número 1)".

"A petición de los interesados y en ejercicio de la facultad de que disponía el Gerente General del Instituto para el efecto, fue expedida la Resolución número 02049 de 9 de junio de 1982, mediante la cual fue aclarada la número 021, en el sentido de que *de la reserva quedaban excluidos el inmueble de propiedad de mis mandantes y una franja de terreno aledaña al mismo que estos habían venido poseyendo y en la cual demostraron tener mejoras establecidas con anterioridad a la fecha en que se constituyó la reserva,* como se advierte en la providencia".

"Al expediente fue incorporada copia auténtica de esta Resolución, del edicto mediante el cual fue notificada y certificación acerca de su notificación y ejecutoria (fls. 20 a 25 y 37 del cuaderno número 1; 22 a 24 del cuaderno número 2, y 118 a 123 del anexo número 1)".

"La Resolución número 02049 de 9 de junio de 1982, fue inscrita también en el registro inmobiliario, folio de matrícula 400-0000881, anotación 05, como consta en el certificado de que ya se ha hecho mención".

"Sin embargo de lo anterior, el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), mediante la Resolución número 03160 de 23 de agosto de 1982, cuya nulidad se solicita sea declarada, revocó la número 02049 de 9 de junio del mismo año".

"De esta providencia hay copia auténtica en el expediente y del edicto mediante el cual fue notificada; hay también certificación acerca de su notificación y ejecutoria (fls. 31 a 37 del cuaderno número 1; 25 a 28 del cuaderno número 2, y 139 a 146 del anexo número 1)".

"Y también esta Resolución, claro está, fue inscrita en el registro inmobiliario, anotación 06, como consta en el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Leticia".

"Esta última providencia es ilegal, y con ella se causaron a mis mandantes graves perjuicios, derivados principalmente de la circunstancia de no encontrarse en posesión del inmueble ni en posibilidad, por consiguiente, de explotarlo económicamente, en forma razonable, sumado ello a la pérdida de las mejoras establecidas en el predio".

"2. *Los motivos de nulidad*".

"Los varios motivos de nulidad pueden expresarse así":

"a) En desarrollo del precepto del artículo 30 constitucional, se estableció en el artículo 24 del Decreto extraordinario 2733 de 1959 que cuando un acto administrativo hubiese creado una situación jurídica individual o reconocido un derecho de igual categoría, no podría ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular".

"La Resolución número 02049 de 9 de junio de 1982 es un acto administrativo mediante el cual se creó, o, mejor, se ratificó, una situación jurídica individual, se reconoció un derecho particular; no podía, entonces, ser revocada, sin más, sin el consentimiento expreso y escrito de su titular, por virtud de la drástica prohibición del artículo 24 citado, vigente para entonces".

"Así lo ha dicho, demás, inveteradamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado".

"Es de advertir que la norma del artículo 24 fue repetida, con más detalle, en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo vigente, y fue materia específica de las autorizaciones otorgadas al Presidente de la República mediante la Ley 58 de 1982 para la expedición de aquél. En efecto, en el artículo 110, numeral 7, de la ley de facultades se lee que ellas comprenden, precisamente, la de determinar el régimen de impugnación de sus propios actos por la administración cuando no sean revocables directamente".

"Si se consideraba que tal providencia era violatoria de la Constitución o de la ley, ha debido el Instituto ejercitar contra ella la acción pertinente, para lo cual estaba ampliamente autorizado por el artículo 72 de la Ley 167 de 1941, vigente para entonces, como lo ha expresado el Consejo de Estado. Y también hoy es así, en vigor en nuevo Código Contencioso Administrativo, como se dijo".

"Lo anterior determina, sin más, la nulidad del acto impugnado y el derecho de mis mandantes a ser indemnizados por los perjuicios de todo orden que se les causaron";

"b) Cierto es que el interés privado ha de ceder al interés público o social, y que por ello mis mandantes podían ser expropiados, según el precepto del artículo 30 de la Constitución Nacional. Pero ello a través del proceso legalmente establecido para el efecto, mediante sentencia judicial e indemnización previa, de conformidad con lo establecido, además, en los artículos 57 y 59 *bis* de la Ley 135 de 1961; 13 de la Ley 1ª de 1968; 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27 de la Ley 4ª de 1973; 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41 y 42 del Decreto 1576 de 1974, y 451, 452, 453, 454, 455, 457, 458 y 459 del Código de Procedimiento Civil, principalmente, disposiciones todas que fueron desconocidas".

"Pero ello no ocurrió así. No se siguió el procedimiento legalmente establecido para expropiar el predio, y en su lugar se revocó, sin más, de plano, el acto administrativo mediante el cual se creó, o se ratificó, una situación jurídica individual, se reconoció un derecho particular. En otras palabras, se expropió, se despojó a mis mandantes de su derecho de propiedad, sin sujeción al procedimiento establecido y sin indemnización alguna";

"c) Podía también el Instituto, si encontraba verificadas las circunstancias que así lo hubieran determinado, declarar administrativamente la extinción del derecho privado, con lo cual el predio habría vuelto al patrimonio de la Nación, con carácter del baldío, todo ello por los motivos y mediante el procedimiento señalado, principalmente, en los artículos 6º de la Ley 200 de 1936, 3º de la Ley 4ª de 1973 y 1º a 28 del Decreto 1577 de 1974. Ello tampoco ocurrió así, como quedó expresado".

"Es cierto que el Instituto, a través de la Oficina de Extinción y Reservas, ordenó a la Secretaría Jurídica abrirse y radicarse un informativo de extinción del derecho de dominio privado sobre el predio La Cabañita, como se lee en la parte motiva del acto impugnado. Posteriormente, sin embargo, mediante la Resolución número 02049 de 9 de junio de 1982, el Instituto ratificó la vigencia del derecho de dominio privado, es decir, que este derecho no se encontraba extinguido, lo que es igual a dar por terminado así el proceso".

"De manera que no es base jurídica que sustente la legalidad del acto la circunstancia de haberse iniciado el proceso de extinción del dominio, pues la decisión adoptada mediante el acto impugnado no fue la conclusión de ese proceso, como se infiere de las consideraciones del acto y de la misma Resolución número 02049, sino ejercicio de una pretendida facultad de la administración para revocar sus propios actos, sin restricciones, como se lee en el acto impugnado";

"d) Por último, se afirma en la Resolución número 03160 de 23 de agosto de 1982, que con motivo de la expedición de la Resolución número 02049 de 9 de junio del mismo año se encontraban severamente afectados los programas de nutrición que adelantaba el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por la situación 'de alternación del orden público que ha producido la ya mencionada Resolución' ".

"No se ve cuál pueda ser la relación entre el adecuado desarrollo de programas de nutrición y el ejercicio de sus derechos por parte de mis mandantes. Pero, si así fuera, ello no sería motivo válido para despojarlos arbitrariamente de esos derechos".

"Pero es más: Otra es la apreciación de las autoridades encargadas de preservar el orden público, que certificaron que la situación, por el período respectivo, era de completa normalidad (fls. 27 a 30 del cuaderno número 1)".

"3. *El restablecimiento del derecho*".

"Se ha solicitado, en primer término, se declare la nulidad del acto impugnado, y como restablecimiento del derecho":

"a) La cancelación de su inscripción en el folio de matrícula respectivo, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Leticia, la cual no es más que consecuencia de la nulidad que se declare, como resulta obvio: No puede continuar vigente, con todos sus efectos, la inscripción del acto que ha desaparecido";

"b) Con la declaración de nulidad del acto impugnado se tiene, *a fortiori*, que ha seguido vigente la Resolución número 02049, que aquel acto pretendió revocar";

"c) Y esta vigente, en consecuencia, la inscripción de esta última providencia, y"

"d) Se pide, por último, para restablecer el derecho violado, la indemnización plena de perjuicios, y su liquidación mediante el trámite incidental posterior a la sentencia que, en abstracto, así lo ordene".

"Todo aquello que se ha pedido como restablecimiento del derecho, entonces, no es más que la necesaria consecuencia de la declaración de nulidad de la Resolución número 03160 de 23 de agosto de 1982 proferida por el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA)" (fls. 52 a 56 del cuaderno número 1).

II. Alegato de la parte demandada:

El apoderado de la parte demandada presentó su alegato de conclusión en los siguientes términos:

"La actividad del Instituto al proceder a revocar la Resolución 2049 mediante el acto acusado Resolución 3160 del mismo año se ajustó en un todo a derecho y estuvo encaminada a remediar la situación irregular creada con la expedición del primero de los actos citados, en detrimento de la población indígena Ticuna favorecida con a Reserva Especial creada en su favor por la Junta Directiva del INCORA mediante la Resolución número 021 del 28 de febrero de 1979. En efecto, en ejercicio de claras y precisas disposiciones legales el INCORA adelantó los estudios pertinentes sobre la comunidad indígena Ticuna de la localidad de Arara que hace parte de la jurisdicción del municipio de Leticia comisaría del Amazonas, y estableció la necesidad de constituir, con concepto favorable de la División de Desarrollo Indígena del Ministerio de Gobierno, la Reserva creada por Resolución 021 de 28 de febrero de 1979".

"A pesar de la determinación acá tomada, los derechos de terceros, ya fueran propietarios o colonos mejorista, que se encontraran dentro de la Reserva, quedaron a salvo y para ello se autorizó en el mismo acto administrativo la negación voluntaria o la expropiación de las tierras o mejoras que les pudieran pertenecer, siempre que hubieran sido planteadas con anterioridad y se tratara de personas no indígenas".

"Para garantizar la efectiva utilización de las tierras objeto de la reserva para los fines propuestos, la Junta Directiva del INCORA en el mismo acto que la constituyó ordenó que cualquier medida a tomarse sobre ellas debería ser previamente comunicada y discutida con los líderes de la comunidad".

"Sometió la validez de la Resolución a su aprobación por el Gobierno nacional, lo cual se cumplió, además de los actos de publicidad, mediante Resolución 239 de 19 de noviembre de 1970 emanada de la Presidencia de la República".

"Era obvio que la determinación otorgaba derechos en beneficio de la comunidad indígena que no podían ser desconocidos unilateralmente con posterioridad sin su consentimiento expreso inequivocadamente a través de los representantes autorizados por la ley".

"No obstante, se produjo la Resolución 2049 de 9 de junio de 1982, ésta no de la Junta Directiva sino de la Gerencia del INCORA según la cual se modifica la 021 de 1979 dictada por aquella y la 239 de 1970 del Gobierno nacional, al excluir, excediendo sus facultades y contrariando lo en ellas dispuesto, de dicha reserva dos áreas de terreno de aproximadamente 266-4.000 hectáreas alegadas como de propiedad de los demandantes".

"Tal como lo dice la parte motiva del Acto Administrativo demandado, al proferirse la Resolución 2049 de 1982 no solamente se rebasaron las facultades otorgadas a la Gerencia por la Junta Directiva sino que se desconocieron los derechos conferidos a la comunidad indígena Ticuna".

"La modificación efectuada solamente podía llevarla a cabo la Junta Directiva del INCORA de cuyo seno salió el Acto Administrativo modificado irregularmente y sin facultades para ello por la Gerencia General".

"Igualmente, por disposición de la Junta Directiva, cualquier determinación relacionada con las tierras de la reserva y obviamente las excluidas lo eran, debía consultarse previamente con los líderes de la comunidad, cuestión que fue omitida al proferirse la Resolución 2049 de 1982".

"La Gerencia General, pues, rebasó sus propias facultades y las que le otorgó la Resolución de Junta Directiva que constituyó la Reserva, al proferir la Resolución 2049 de 1982".

"Ello llevó a la Administración a revocar en todas sus partes la Resolución citada, a través del acto administrativo acusado el cual ordenó al propio tiempo cancelar los efectos que aquella había producido en el registro, remediando de esta manera la irregularidad cometida y regresando a la plena vigencia y jurisdiccionalidad la Resolución constitutiva de la Reserva. Se protegieron a su vez los derechos de los indígenas legítimamente otorgados en esta última por la Junta Directiva".

"Cabe observar que los derechos del demandante igualmente siempre han sido respetados y dejados a salvo en los diferentes Actos Administrativos expedidos: En la Resolución que constituyó la reserva se ordena que si hay lugar a ello se compren o se expropien las tierras o mejoras de terceros no indígenas ubicadas dentro de los límites de la misma con cargo al fondo de adquisición de tierras del Instituto; lo que indica a las claras que tales derechos son reconocidos, respetados y si a ello hay necesidad, serán indemnizados o pagados según el caso".

"Igual cosa ocurre en el Acto Administrativo demandado en donde se ordena textualmente 'iniciar y dar curso a los trámites admi-

nistrativos a que hubiere lugar, con el fin de adquirir las tierras y mejoras de los colonos no indígenas ubicados dentro del área declarada como reserva en favor de la comunidad indígena Ticuna' ".

"Es obvio que las tierras reservadas para la población Ticuna deben ser destinadas exclusivamente para ellos, pero ello no quiere decir que los derechos de terceros no indígenas que aparezcan dentro de sus límites sean desconocidos y lesionados. Por el contrario serán adquiridos por los medios y mediante el reconocimiento previo de sus avalúos como la propia ley lo autoriza".

"Reitero, en consecuencia, al honorable Consejo de Estado denegar todas y cada una de las súplicas de la demanda" (fls. 73 a 75, cuaderno 1).

III. El concepto Fiscal:

La doctora Edné Cohen Daza, Fiscal 2º de la Corporación expone en su concepto de fondo:

"El acto administrativo acusado contempla en su parte considerativa las diferentes razones de orden jurídico que existían para revocar la Resolución aclaratoria; esas razones fueron las siguientes":

"Falta de competencia del Gerente para modificar la Resolución que constituyó la reserva especial. En realidad, cuando se dictó la Resolución excluyendo la reserva especial el predio La Cabañita, se dijo que se estaba aclarando la Resolución 021, cuando en verdad se estaba modificando, lo que no podía hacer el Gerente por no estar autorizado para ello. La Resolución llamada aclaratoria también incurrió en una grave irregularidad, como posteriormente fue reconocida en el acto que se acusa cuando dijo: 'En la parte resolutiva de la Resolución número 2049 de 1982, de esta Gerencia, se determina excluir del régimen de reserva, además del área sobre la que reclama dominio el señor Rafael Arboleda Muñoz, «una porción de terreno de 99 hectáreas aproximadamente», y se dice que sobre ella «los propietarios del predio La Cabañita o Arara, han demostrado que tiene mejoras establecidas con anterioridad a la fecha en que se constituyó la reserva». Sobre este punto conviene puntualizar que en la parte motiva de la Resolución número 02049 de 1982, no se hizo alusión alguna a las 99 hectáreas, ni dentro de los elementos de juicio que sirvieron de fundamento a la medida de esta Gerencia hay evidencia sobre la existencia de tal explotación. No se da por lo tanto, en el acto tantas veces citado, la congruencia lógica y jurídica entre su parte motiva y su parte resolutiva' ".

"La determinación anterior implicaba una asignación de un lote de terreno de 99 hectáreas sin el lleno ninguno de los requisitos que la ley exige para estos casos".

"También es importante destacar, la perturbación del orden público y social que la modificación a la reserva especial, creó entre los indígenas de la zona, quienes reclamaron ante diferentes organismos estatales, que a su vez informaron a la Gerencia del INCORA. Todas estas razones fueron tenidas en cuenta para revocar el acto

administrativo que había sido dictado sin el lleno de los requisitos legales y que habían afectado el orden público de la región. La Administración se fundamentó en el Decreto 2733 de 1959 según el cual podía revocar de oficio sus propios actos, por razones de oportunidad o conveniencia, en aquellos casos en que los mismos hubieran sido proferidos sin el lleno de los requisitos legales".

"Las razones comentadas existieron realmente y en el expediente aparecen diferentes comunicaciones que dan cuenta del problema que se presentó con los indígenas de la comunidad Ticuna, quienes reclamaban las tierras de la reserva para sus habitantes".

"Este despacho no desconoce el derecho que los actores tenían a que se les reconociera su propiedad sobre el perdio La Cabañita, derecho este que la misma Resolución 021 de febrero 28 de 1979 reconoce cuando dice: 'La Gerencia General, con cargo al fondo de adquisición de tierras del Instituto, llevará a cabo la negociación voluntaria o expropiación de las tierras o mejoras de propiedad de terceros no indígenas ubicadas dentro de la zona y plantadas con anterioridad a la vigencia de la presente providencia' ".

"Las razones que tuvo la Administración para aplicar la revocación directa a la Resolución número 2049 de 9 de junio de 1982, fueron entre otras las contenidas en el artículo 21 del Decreto 2733 de 1959 que dice: 'Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido, o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos":

" 'a) Cuando sea manifiesta su oposición con la Constitución o la ley";

" 'b) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él";

" 'c) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona' ".

"Es importante resaltar, que el deber impuesto a la Administración de revocar sus propios actos cuando se daban las circunstancias allí señaladas, es cuestión que ha quedado plenamente definida en el Decreto 01 de 1984 cuando en el inciso segundo del artículo 73 establece: 'Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 96, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales' ".

"De todo lo anterior se puede concluir, que las razones aducidas en la Resolución número 03160 de agosto 23 de 1982 eran y son valederas para proferir ese acto, el cual no debe ser anulado".

"Por lo expuesto esta Fiscalía se permite solicitar a la honorable Sala, se nieguen las súplicas de la demanda" (fls. 104 a 106, cuaderno 1).

IV. Consideraciones de la Sala:

a) Aparecen demostrados en el proceso, los siguientes hechos:

1. Que por Resolución número 130 de 29 de mayo de 1959, se adjudicó a la señora Gabriela Marín de Cárdenas, el predio denominado "Cabañitas" situado en el paraje de Arara, corregimiento comisarial de Leticia, comisaría del Amazonas, con extensión aproximada de 200 hectáreas y alinderado como aparece en la citada Resolución, la cual fue debidamente registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Leticia.

2. Que por escritura pública, legalmente registrada, número 111 de 23 de diciembre de 1969, de la Notaría Unica del Círculo de Leticia, la señora Gabriela Marín viuda de Cárdenas, vendió el predio "La Cabañita" a Rafael Arboleda Muñoz y Víctor Alfonso Zambrano Pantoja.

3. Que por Resolución número 021 de febrero 28 de 1979, del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—, se constituyeron como reserva especial, con destino a la comunidad indígena Ticuna, "dos globos de *baldíos*, colindantes entre sí" y alinderados como se dice en tal acto administrativo.

4. Que dentro de los linderos de la reserva indígena así constituida, quedó comprendido el predio "La Cabañita".

5. Que por Resolución número 02049 de 9 de junio de 1982, la Gerencia General del Incora, *"aclaró"* la anterior en el sentido de excluir de la reserva indígena mencionada, el predio "La Cabañita", por no ser baldío sino de propiedad privada de los demandantes en este juicio y, además, excluyó 99 hectáreas colindantes alegando que sobre ellas tenían mejoras los mismos actores.

La anterior Resolución, una vez ejecutoriada, fue registrada al fallo de matrícula inmobiliaria número 400-0000881, anotación 05, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Leticia.

6. Que, posteriormente, la Gerencia General del INCORA, expidió la Resolución número 03160 de 23 de agosto de 1982, por la cual se revoca la 02049 ya citada;

b) Para la Sala no hay duda alguna que la Resolución número 02049 de junio de 1982, cuya legalidad no está *sub júdice*, pues no ha sido impugnada, creó, para los demandantes, una situación jurídica, concreta, al excluir el predio de su propiedad, de los fundos constituidos como "reserva indígena";

c) No comparte, por lo demás, el concepto Fiscal, basado exclusivamente en el artículo 21 del Decreto 2733 de 1959, que señalaba los casos en que el acto administrativo podía ser revocado directamente por la administración, pues es claro que la norma, que era de carácter general, debía armonizarse con el artículo 24, el que para los actos creadores de una situación subjetiva exigía, además, de la ocurrencia de alguna de las causales señaladas en aquél, el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Si el acto administrativo particular era considerado ilegal, la Administración sólo tenía dos caminos.

1. Hacer uso de la acción de lesividad a fin de que la jurisdicción contencioso-administrativa lo anulara.

2. Obtener el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho particular reconocido en dicho acto, para revocarlo directamente;

d) Tampoco acierta la vista Fiscal cuando dice que el artículo 21 del Decreto-ley 2733 se mantiene hoy dentro del ordenamiento del artículo 73 del nuevo Código Contencioso Administrativo.

En efecto:

1. El contenido del artículo 21 del Decreto-ley 2733 de 1959, fue recogido por el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo y no por el 73, en cuanto regula la revocación directa de los actos administrativos sin hacer distinción alguna.

2. La revocatoria directa de los actos administrativos de contenido particular, estaba regulada, como ya se dijo, tanto por el artículo 21 como por el 24 del Decreto-ley 2733 y aparece hoy, normada por los artículos 69 y 73 del Código Contencioso Administrativo, con una importante adición.

Y es ella la de que si no se obtiene la autorización expresa y escrita del titular de la situación jurídica concreta creada por el acto, para su revocatoria, ella sólo sería posible cuando el acto sea un acto administrativo presunto por la ocurrencia del silencio administrativo positivo y se den las causales del artículo 69, o resulte *"evidente"* que su expedición de obtuvo *"por medios ilegales"*.

Ya no basta la ilegalidad del acto administrativo sino que debe aparecer de modo *evidente* que su ocurrencia obedeció a "medios ilegales", lo que dada la naturaleza de los mismos, no puede tratarse de la simple ilegalidad civil o administrativa sino de la ilicitud penal.

e) Lo cierto es que el caso *sub júdice* se rige por el Decreto-ley 2733 de 1959 y no por el Código Contencioso Administrativo y lo dicho atrás, es suficiente para declarar la nulidad de los actos accionados;

f) Se ordenará, igualmente, la cancelación en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Leticia, de los referidos actos que se anulan;

g) Se impetra, además, en el libelo demandatorio, la indemnización de los perjuicios, daño emergente y lucro cesante, sin que en tal escrito se hubiera especificado en que consistieron o se hubiera intentado, por algún medio, su demostración.

El plenario no da bases para concluir que los demandantes hayan perdido la posesión del predio discutido o su explotación se haya visto interferida o que, de alguna manera se haya obstaculizado, real y objetivamente, una negociación del mismo, por lo que tal súplica será denegada.

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

Falla:

Primero. *Es nula,* en totalidad, la Resolución número 03160 de 23 de agosto de 1982, proferida por el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— por el cual se revocó la Resolución número 02049 de 9 de junio de 1982, del mismo origen, relacionadas ambas con el predio conocido como "La Cabañita", situado en el paraje de Arara, corregimiento comisarial de Leticia, comisaría del Amazonas.

Segundo. Ordénase la cancelación del registro de la Resolución número 03160 de 23 de agosto de 1982 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Leticia, Amazonas.

Tercero. *Deniéganse* las demás peticiones de la demanda inicial del litigio.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala en sesión de la fecha.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

COMISIONISTA.— Obligaciones. Responsabilidad. CONTRATO DE MANDATO.

Decláranse nulos los actos administrativos contenidos en el Acta número 016 de 31 de agosto de 1981 y en el Acta número 047 de 8 de octubre del mismo año, originarias del Comité de vigilancia y de la Junta Directiva de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A., respectivamente por las cuales, en su orden, se impusieron al señor Armando Rodríguez, sanción de suspensión de un año y de exclusión de sus actividades como comisionista de la misma entidad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., once de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 277. Actor: Armando Rodríguez Rojas.

El señor Armando Rodríguez Rojas, actuando a través de apoderado y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, solicitó que con citación de la "Bolsa Nacional Agropecuaria S. A.", sociedad comercial de economía mixta, de segundo grado y del orden nacional, representada por su Gerente General, se declare "la nulidad de las decisiones contenidas en los siguientes actos administrativos:

"A) *De la sanción de suspensión por un (1) año* en sus actividades de comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A., impuesta a mi mandante por el Comité de Vigilancia de dicha entidad, y que consta en el punto 5º titulado 'Caso Comisionista Armando Rodríguez Rojas' del Acta número 016 del Comité de Vigilancia de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A., correspondiente a la reunión celebrada el 31 de agosto de 1981;

"B) *De la sanción de exclusión* en sus actividades de comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A., impuesta a mi mandante por la Junta Directiva de dicha entidad, la cual consta en el punto 5º del Acta número 047 de la Junta Directiva de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A., correspondiente a la reunión celebrada el 08 de octubre de 1981, aprobada el 14 de octubre de 1981".

A título de restablecimiento del derecho, pidió el actor:

"A) Que se decrete el reintegro de Armando Rodríguez Rojas al ejercicio de sus actividades de comisionista o corredor de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A.;

"B) Que se declare a la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A. responsable de los perjuicios causados a Armando Rodríguez Rojas por la ilegal imposición de las sanciones de suspensión y exclusión como comisionista, contenidos en los actos acusados;

"C) Que se condene a la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A. al pago de una indemnización de perjuicios por el *daño emergente y el lucro cesante...*"

"Dada la dificultad actual de determinar la cuantía precisa de la indemnización solicitada, pido desde ya al honorable Consejo de Estado, para los efectos previstos en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil condenar *'in género'* a la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A. a menos que antes de la sentencia la cuantía de la indemnización debida a mi mandante, aparezca plenamentes precisada y demostrada".

Los actos acusados:

El día 31 de agosto de 1981 se reunió el Comité de Vigilancia de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A., según consta en el Acta número 016 de la misma fecha, cuya copia obra a folios 36 y siguientes del cuaderno número 2, para tratar, entre otros asuntos, el "Caso Comisionista Armando Rodríguez Rojas". Los antecedentes del "caso", se extractan del Memorando SG-122 de 20 de agosto de dicho año dirigido por el Gerente General de la entidad a la Junta Directiva, leído en el curso de la sesión:

"I. Durante la Rueda de julio 28 de 1981 que presidí desde la Agencia de la Bolsa en Barranquilla, declaré inexistentes las operaciones de la referencia celebradas por el Comisionista Armando Rodríguez Rojas, como comprador, y el Instituto de Mercadeo Agropecuario 'IDEMA' con los cuales se transaron un total de 4.000 toneladas de Maíz Amarillo Importado a $ 15.400.00 tonelada para entregar en Medellín.

"La determinación anterior obedeció a que el Comisionista Comprador realizó las operaciones sin los mandatos correspondientes, contraviniendo expresas disposiciones previstas por el Código de Comercio, el Decreto 789 de 1979 y naturalmente los reglamentos de la Bolsa.

"B. El monto de la negociación, las circunstancias que la rodearon y los comentarios que surgieron en forma inmediata de parte de algunos de los Comisionistas presentes me obligaron a solicitar al Comprador la presentación de los correspondientes mandatos por escrito durante el transcurso de ese día. Por petición del Comisionista se le autorizó la presentación de dichos mandatos el siguiente día 23 de julio. En las horas de la tarde de esa fecha en mi despacho le recordé su obligación.

"C. El martes 28 de julio declaré inexistentes las operaciones en razón de que el Comisionista hasta entonces no había presentado los mandatos y era imperioso decidir la situación no sólo en razón de que se había desconocido una disposición de la Presidencia de la Rueda,

que equivalía a mi juicio a la prueba de la existencia de los mandatos, sino igualmente, porque era necesario que el IDEMA pudiera disponer del producto a fin de evitarle posibles perjuicios".

"III. Según los términos del artículo 1287 del Código de Comercio, la Comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios en nombre propio, pero por cuenta ajena. El mandato a su vez, es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio, por cuenta de otro (art. 1262 del C. de Co.)".

"A su vez el artículo 21, literal h) del Decreto 789 de 1979 exige 'de manera especial' a los comisionistas presentar a la Bolsa las correspondientes órdenes escritas de los comitentes sobre las operaciones autorizadas a realizar.

"De otra parte, si un comisionista realizara una operación sin mandato o comisión está comprando o vendiendo en su propio interés pese a la expresa prohibición de los artículos 23 del Decreto 789 de 1979 y 4 del reglamento de Operaciones y Funciones del Comité de Vigilancia".

En el curso de la sesión en estudio se consideró otro segundo cargo formulado al Comisionista Armando Rodríguez Rojas, consistente en haber retenido "injustificadamente el dinero recibido de su mandante en la compra de azúcar según operación F-850 de 1981". Sobre este asunto, se dice en otro de los apartes del Acta:

"1. De FENAPA —mandante de la operación F-850 de 1981— se recibió comunicación fechada en agosto 27 de 1981 señalando haber recibido la suma de $ 14.371.87 correspondiente a la mora de un mes de intereses al 3% sobre el valor de la operación y solicitando 'dar por cancelado este incidente'.

"3. Que en cuanto a la transacción F-850 de 1981 sí aparece el Registro respectivo en el mencionado libro con las especificaciones debidas de mandante (FENAPA), tonelaje y precio. Con esta operación se pudo confirmar, a su vez, que mediante recibo de caja número 134 de junio 10 de 1981 el Comisionista recibió del mandante el pago de la operación, valor que fue consignado en la misma fecha en la cuenta corriente número 013-01951-8 Banco de Caldas Oficina Bogotá a nombre de 'Asesores Agrícolas Asociados' y cuyo registro aparece a su vez en el Auxiliar de Bancos —Banco de Caldas—. Así mismo se constató el pago, por indemnización a FENAPA F-850 de 1981 de la suma de $ 14.371.87 y a José I. Cepeda por el mismo concepto (F-153, F-154) de $ 11.165.00, de acuerdo al comprobante de pago número 076 de agosto 24 de 1981 por valor de $ 25.536.87 expedido en razón a la cuenta de cobro que por tal concepto elevara al doctor Augusto Rodríguez, dependiente del comisionista analizado".

Con base en los hechos anteriores, fue aprobada por los miembros del Comité de Vigilancia la siguiente propuesta: "Con arreglo a las disposiciones vigentes aplicarle al Comisionista Armando Rodríguez por los cargos formulados en comunicaciones CV-145 y CV-146 del pasado 6 y 13 de agosto respectivamente, una sanción de suspensión".

Sometido a votación el término de suspensión a imponer fue aprobado "por mayoría de votos la aplicación de una sanción de suspensión por el término de un (1) año".

El día 8 de octubre de 1981 se reunió la Junta Directiva de la Bolsa Nacional Agropecuaria con el fin de resolver, entre otros asuntos, sobre las apelaciones interpuestas, tanto por el señor Armando Rodríguez, como por el Gerente de la entidad, contra la decisión adoptada por el Comité de Vigilancia. La copia del acta respectiva obra a folios 94 vuelto a 102 vuelto de cuaderno número 2. Una vez agotado el debate y según se lee a folio 102 del citado cuaderno, fue "aprobada por mayoría de votos la aplicación al doctor Armando Rodríguez de la sanción de exclusión".

La demanda:

Refiere el actor que el señor Armando Rodríguez Rojas ha sido corredor o comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A. desde la fecha de su constitución, el 4 de agosto de 1979, siendo además, al momento de presentación de la demanda, miembro principal de su Junta Directiva, en representación de los corredores, y poseedor de un "puesto de la Bolsa", habiéndose caracterizado por ser, hasta el momento de su exclusión, "el mejor corredor de Bolsa de productos". En cuanto a los hechos "relacionados con la operación de compra de 4.000 toneladas de maíz amarillo importado, en la Rueda del 22 de julio de 1981" y que motivaron el primero de los cargos fundamento de la sanción impuesta, dice que el corredor Armando Rodríguez recibió el 21 de julio de 1981 mandato verbal y telefónico por parte de la sociedad "Molinos Nutibara Ltda." para adquirir en Bolsa maíz amarillo importado hasta 5.500 toneladas del producto, e igualmente de la sociedad "Inversiones y Distribuciones SERVIR Medellín Ltda." para la adquisición de 4.800 toneladas, mandatos con base en los cuales, "porque lo autoriza en la forma verbal el artículo 824 del Código de Comercio y porque además ese es el uso o costumbre comercial dada la rapidez y agilidad de las operaciones propias de la Bolsa, Armando Rodríguez Rojas, dio su 'conforme' como comitente comprador sobre 4.000 toneladas de maíz amarillo ofrecidas por el IDEMA en la Rueda número 056 de 22 de julio de 1981 y cerró las operaciones números DT-2539, DT-2540, F-1251, F-1252, F-1253, F-1254 y F-1255, relacionadas en el Boletín 056, publicado al terminar la Rueda", quedando así las operaciones transadas, registradas y publicadas conforme a la ley. Al finalizar la Rueda de ese día 22 de julio el Gerente de la Bolsa exigió verbalmente al corredor Rodríguez la presentación inmediata de los mandatos conferidos, cosa enteramente inusual, sin antecedente en la práctica de la Bolsa. Siendo el domicilio de los mandantes la ciudad de Medellín, solicitó el demandante un plazo hasta el día siguiente "si se las hacían llegar por télex y quizá más tarde si llegaban por correo aéreo, concediendo caprichosamente el Gerente un término perentorio hasta el 23 de junio". El 24 de julio de 1981 el Gerente Financiero de "Molinos Nutibara Ltda." envía un télex dirigido a la Bolsa Nacional Agropecuaria en el que ratifica la autorización conferida al corredor para la compra del maíz, télex que sólo llega a manos del actor el martes 28. A su

vez "Inversiones y Distribuciones SERVIR Medellín Ltda." remite por vía aérea una comunicación el 24 de julio de 1981, dirigida a Armando Rodríguez, confirmando haberle conferido el mandato para la adquisición en Bolsa de las 4.800 toneladas de maíz amarillo, a la que se agrega una carta fechada el 28 de julio siguiente, dirigida por el Gerente de Servir, ratificando el mandato, carta recibida el día 30 de julio de 1981. Añade que la comisión celebrada entre Armando Rodríguez y Molinos Nutibara Ltda. quedó resuelta por voluntad de las partes en vista de que la citada sociedad no podía adquirir la totalidad del maíz requerido, quedando en cambio vigente el contrato con "Distribuciones SERVIR Medellín Ltda.", a quien habría de entregarse la totalidad del maíz negociado. Que el martes 28 de julio de 1981, estando presidiendo la Rueda Nacional de la Bolsa, el Gerente General doctor Medardo Bermeo, "de viva voz declara nulas las operaciones transadas por mi mandante en la Rueda 056 del 22 de julio de 1981 por concepto de la compra de las 4.000 toneladas de maíz amarillo importado", argumentando que el corredor no había entregado las ratificaciones escritas de los mandantes en el plazo que había fijado.

Respecto del segundo de los cargos origen de la sanción, a saber la "retención desde el 10 de junio hasta el 8 de julio de 1981, del valor de la operación F-850 de 1981 transada en la Rueda número 044 de 9 de junio de 1981, en la que se compraron con destino a la 'Federación Nacional Panelera Ltda.' —FENAPA— 25 toneladas de azúcar sulfitada", refiere el actor que tal como lo autorizan el artículo 1291 del Código de Comercio y los artículos 5º y 11 del "Reglamento General de Operaciones y Garantías" de la Bolsa, inscribió al doctor Augusto Rodríguez Rojas como comisionista dependiente, quien en tal virtud responde sólo personalmente por las virtuales infracciones al reglamento para efectos disciplinarios y para la deducción de sanciones, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial solidaria que tienen los comisionistas con sus dependientes según la ley. Que, así las cosas, en la Rueda número 044 del 9 de junio de 1981 de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A., el comisionista dependiente Augusto Rodríguez Rojas, hermano del demandante, "transó como comisionista comprador la compra de 25 toneladas de azúcar sulfitado, empacado en bultos de 50 kilos, del Ingenio Castilla, por valor unitario en tonelada de $ 18.854.00 y un valor total, incluida la comisión de $ 479.062.35 con destino a la Federación Nacional Panelera Ltda. 'FENAPA', su comitente comprador, para entrega en Bogotá (Corabastos), el 10 de julio de 1981, siendo la forma de pago acordada la de 'contado inmediato' ". El 10 de junio de ese año "FENAPA" canceló al corredor dependiente la citada suma de $ 479.062.35 mediante cheques, para que aquél a su vez pagara a la Bolsa. Añade el demandante: "Efectivamente, sólo hasta el 8 de julio de 1981 es abonada a la Bolsa la suma de $ 479.062.35 por concepto de la operación F-850, transada por el comisionista dependiente Augusto Rodríguez R., produciendo un retardo en el pago según lo pactado". Como motivos causantes del retardo aduce el actor "errores en el sistema de registro de operaciones en el computador de la firma Asesores Agrícolas Asociados, de los comisionistas Rodríguez Rojas" y "a las circunstancias que revistieron el carácter de calamidad doméstica y que tiene características de fuerza mayor". Agrega el actor que al detectar el retardo

aludido y antes de que fuera requerido por FENAPA Ltda., se puso en contacto con la empresa para explicar lo ocurrido y reconocerle la correspondiente indemnización, ante lo cual el Gerente de la sociedad dirige a la Bolsa una comunicación fechada el 15 de agosto de 1981 manifestando que "por encontrar satisfactorias, por justificadas, las explicaciones dadas por el corredor y habiendo sido indemnizadas", retiran totalmente la reclamación que antes habían efectuado por el retardo, lo cual es ratificado en carta fechada el 19 de agosto por el mismo Gerente, dada la "grave calamidad familiar y demostrado su error contable de computador". El Gerente de la Bolsa, dice el demandante, "no da traslado en ningún momento al Comité de Vigilancia ni posteriormente a la Junta Directiva, de las comunicaciones citadas en que se retira la queja, ni su contenido fue tenido en cuenta al imponer las sanciones". De todas formas, concluye el demandante, "existiendo una falta o infracción al reglamento, cometida por el corredor dependiente Augusto Rodríguez, era a él a quien ha debido seguírsele el procedimiento disciplinario que es personalísimo y no a Armando Rodríguez Rojas. La responsabilidad solidaria de los comisionistas de Bolsa con sus dependientes es enteramente patrimonial y de ninguna manera disciplinaria". Dice finalmente el actor, refiriéndose al desarrollo del proceso disciplinario que una vez apelada por él la decisión de suspensión impuesta por el Comité de Vigilancia, apeló igualmente el Gerente General de la Bolsa, quien persigue la agravación de la sanción y pide la exclusión del corredor, "sin que para ello lo faculten la ley o los reglamentos pues solamente puede apelar quien ha sido afectado por la decisión".

Como normas superiores violadas por los actos demandados, cita las siguientes:

"1. Los artículos 20 y 26 de la Constitución Nacional.

"2. Los artículos 21, literales d) y h), 23, 24 y 5º del Decreto reglamentario 789 de 5 de abril de 1979.

"3. Los artículos 898, 899, 900, 824, 826, 1287, 1289, 1291, 1308 del Código de Comercio.

"4. Las disposiciones contenidas en los siguientes actos administrativos de carácter general dictados en desarrollo de las autorizaciones conferidas por el artículo 30 del Decreto reglamentario 789 de 1979:

"a) Los siguientes artículos del Reglamento General de Operaciones y Garantías de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A.: 5º, 11, 13, 26, 31, 32, 33, 44, 46, 62, 63 y 64;

"b) Los siguientes artículos del Reglamento de Operación y Funciones del Comité de Vigilancia de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A.: 3º, numeral 12, 4º, 5º, 6º, 8º, 9º y 10;

"c) El artículo 5º del Reglamento de Tarifas y Comisiones de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A.".

El concepto de la violación será más adelante objeto de estudio.

Alegato de las partes:

Presentaron alegato de conclusión tanto la parte actora como el señor apoderado de la Bolsa Nacional Agropecuaria, en sendos escritos que obran a folios 687 a 703. Hace el primero énfasis en el aspecto de los mandatos conferidos al comisionista Rodríguez para la operación que motivó parcialmente la sanción impuesta, anotando que "se ha demostrado hasta la saciedad la preexistencia de mandatos diversos conferidos al comisionista Armando Rodríguez Rojas por los representantes legales de las sociedades 'Inversiones y Distribuciones SERVIR Medellín Limitada' y 'Molinos Nutibara Limitada', quienes bajo la gravedad del juramento, en sendas declaraciones rendidas ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, ratificaron haberle conferido al comisionista mandato telefónico para adquirir un volumen hasta de 5.500 toneladas de maíz amarillo importado, y haber reiterado por escrito esos mandatos en comunicaciones cuya autenticidad plena ha sido probada y no ha sido cuestionada a todo lo largo del proceso mediante ningún medio de prueba que la invalide".

Por su parte el señor apoderado de la Bolsa Nacional Agropecuaria analiza la "constitucionalidad y legalidad del procedimiento disciplinario adelantado por el Comité de Vigilancia", así como la "constitucionalidad, legalidad del procedimiento de la Junta Directiva de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A., en la segunda instancia" concluyendo que el Gerente de la entidad estaba facultado para interponer la apelación adhesiva, lo cual dejaba a la Junta Directiva en libertad "para confirmar o agravar la sanción examinada". Y sobre el tema concreto de los cargos imputados, dice textualmente:

"Las faltas por las cuales se adelantó el procedimiento disciplinario se encontraban previamente a su comisión definidas como tales en el Decreto 789 de 1979 y en los Reglamentos de la Bolsa.

"No presentar los mandatos en su oportunidad, no presentarlos en debida forma, constituyen faltas disciplinarias al tenor de lo dispuesto en el Decreto 789 de 1979 y en el Reglamento de Operaciones y Funciones del Comité de Vigilancia y de prohibiciones e incompatibilidades de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A., aprobado por Resolución 190 de 1980. De manera que se le adelantó este procedimiento por faltas previamente definidas en los reglamentos".

Concepto Fiscal:

Transcribe el señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo apartes de la motivación del Comité de Vigilancia de la Bolsa contenidos en la sesión de 31 de agosto de 1981 y de la Resolución número 0394 de 26 de enero de 1982 (fl. 397) en la cual la Superintendencia Bancaria detectó algunas fallas en que había incurrido la Junta Directiva de la Bolsa Nacional Agropecuaria en la tramitación de la segunda instancia y que motivó la imposición de una multa a uno de los miembros de dicha Junta, de lo cual concluye a renglón seguido el colaborador Fiscal:

"Luego de estudiar el amplio bagaje de argumentos aducidos por las diferentes partes este Despacho llega al convencimiento de que el

actor indudablemente incurrió en algunas irregularidades al actuar en su carácter de mandante frente a la Bolsa Agropecuaria; esas conductas ya ampliamente referidas con anterioridad indudablemente ameritaban una sanción que efectivamente se impuso por parte del Comité de Vigilancia, pero lo que no se comparte es que en una segunda instancia a todas luces ilegal como se concluye en la Resolución que expidió la Superintendencia Bancaria (fl. 3197), se haya hecho más gravosa la situación del actor desvinculado definitivamente de la actividad de comisionista.

"Por todo lo anterior, este Despacho es del parecer que deben despacharse favorablemente las pretensiones de la demanda, como en efecto formalmente se sugiere".

Consideraciones de la Sala:

A pesar del cúmulo de actuaciones surtidas en este proceso y del abundantísimo material probatorio recopilado, el asunto materia de controversia es relativamente simple. Se trata, en síntesis, de establecer si el comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A., Armando Rodríguez Rojas actuó o no en ejercicio de un mandato al efectuar la compra de 4.000 toneladas de maíz amarillo importado en la Rueda de 22 de julio de 1981 y, en el primer evento, si dicho comisionista tenía un término perentorio para aportar la prueba que de los mandatos le exigió la Gerencia General. Y en segundo lugar, si el retardo en el pago de la suma de $ 479.062.35 entregada por "FENAPA", hecho que el actor admite sin ambages, puede serle imputado a éste, en forma tal que amerite la sanción disciplinaria impuesta. La actitud de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A. frente al primero de los dos aspectos referidos ha sido un poco contradictoria, pues al paso que en los actos acusados niega la existencia real de los mandatos, de lo cual concluye que el comisionista obró a nombre propio, contra expresa prohibición de la ley y los reglamentos de la entidad, afirma en cambio en el alegato de conclusión, por boca de su procurador judicial, que tales mandatos fueron extemporáneamente presentados, deduciendo de ello una conducta sancionable. El concepto del señor Fiscal no arroja luces sobre el asunto, pues se limita a afirmar que el demandante "incurrió en algunas irregularidades", sin señalar concretamente cuales ni aludir a los elementos de juicio que respalden tal aserto. De otro lado, la conclusión del señor Fiscal de haberse tramitado en forma ilegal la segunda instancia como consecuencia de la anómala apelación del Gerente y ulterior agravación de la sanción, no conduciría tampoco a un fallo estimatorio de las pretensiones y consiguiente nulidad de todos los actos acusados, sino únicamente a mantener la vigencia de la sanción impuesta en primera instancia por el Comité de Vigilancia. Por último, el colaborador Fiscal omite por completo el análisis del segundo de los cargos origen de la sanción impuesta al señor Armando Rodríguez Rojas. Hechas las anteriores precisiones, procede la Sala a estudiar, en su orden, los dos cargos que movieron a la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A., a imponer, primero la sanción de suspensión por un año, y posteriormente, a excluir en forma definitiva al citado comisionista:

a) De conformidad con el artículo 1287 del Código de Comercio, la comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena. Y el artículo 824 preceptúa que los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco, salvo que para algún negocio jurídico concreto se exija determinada solemnidad. Como quiera que para el contrato de mandato no exigen las normas que lo gobiernan ninguna solemnidad especial, ha de concluirse que tal negocio es meramente consensual que, por ende, se perfecciona mediante el simple acuerdo verbal de las partes.

Ahora bien, el literal h) del artículo 21 del Decreto reglamentario 789 de 5 de abril de 1979 dispone que es obligación de los comisionistas "presentar a la Bolsa las correspondientes órdenes escritas de los comitentes sobre las operaciones autorizadas a realizar", y el ordinal 2º del artículo 3º del Reglamento de Operación y Funciones del Comité de Vigilancia impone a los comisionistas de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A. la obligación de "presentar oportunamente a la Bolsa, las correspondientes órdentes de sus comitentes sobre las operaciones que se les ha autorizado realizar". Estas dos últimas disposiciones obviamente que no consagran la solemnidad del escrito en el contrato de comisión porque si así fuera, el Decreto reglamentario estaría violando la norma del Código de Comercio antes citada.

No existe por consiguiente norma alguna que erija en falta disciplinaria, objeto por ende de sanción, como equivocadamente lo plantea el señor apoderado de la Bolsa, el "no presentar los mandatos en su oportunidad". Lo que se prohíbe a los comisionistas, al tenor del artículo 23 del Decreto 789 de 1979, y por lo mismo constituye falta disciplinaria sancionable con la exclusión, es "participar en su propio interés, por sí o por interpuesta persona, en las operaciones que se realicen en las bolsas de productos". Esta norma es ratificada por los artículos 4º y 5º del ya citado Reglamento de Operación y Funciones del Comité de Vigilancia, cuyo literal c) del artículo 9º sanciona con la exclusión la comisión de esta falta disciplinaria.

Visto como el Gerente General de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A. carecía de todo respaldo jurídico para fijar al comisionista Armando Rodríguez Rojas un angustioso plazo perentorio para presentar la ratificación escrita de los mandatos, para concluir luego que el corredor había negociado para sí, veamos a continuación como aquél, en el negocio jurídico operado en la Rueda de 22 de julio de 1981, sí actuó en ejercicio de un mandato válidamente conferido, es decir, que compró el maíz amarillo importado para terceras personas:

A folio 204 del cuaderno principal obra copia del télex fechado el 24 de julio de 1981 dirigido por el señor Jorge López A., como Gerente Financiero de "Molibara" a la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A., informando sobre la autorización al doctor Armando Rodríguez Rojas para la compra de 4.000 toneladas de maíz amarillo importado.

A folio 236 obra fotocopia de la comunicación de 29 de agosto de 1981, firmada por el señor Jorge López Alvarez como Gerente Finan-

ciero de Molinos Nutibara Ltda., dirigida a Asesores Agrícolas Asociados, puntualizando que el 21 de julio le confirió, por teléfono, mandato para negociar hasta 5.600 toneladas de maíz en la Bolsa, que el 24 del mismo mes se corroboró el mandato por 4.000 toneladas que "era lo que se había adquirido hasta el momento", y que al no ser posible a la postre adquirir toda la cantidad deseada, se acordó adjudicar "las operaciones a otros mandantes quedando nosotros por fuera del negocio, y sin ninguna responsabilidad en su ejecución".

A folios 205 y 207 obran dos misivas, fechadas respectivamente el 24 de julio y el 28 del mismo mes, del año de 1981, dirigidas por el señor Sergio Bedoya a Asesores Agrícolas, confirmatorias del mandato telefónico conferido el martes 21 de julio, "en el sentido de la adquisición por intermedio de la Bolsa Nacional Agropecuaria de hasta 4.800 toneladas de maíz amarillo importado". Ahora bien, a folios 353 a 356 obra copia de la declaración rendida por el señor Sergio Bedoya Flórez en el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la cual expresa que durante los meses de julio y agosto de 1981 "era Gerente de la empresa Inversiones SERVIR Medellín y que como tal tenía autorización, para cualquier tipo de negocio", sin limitación alguna de cuantía, confirmando que en tal calidad confirió mandato por vía telefónica el día 21 de julio de 1981 al corredor Armando Rodríguez Rojas para adquirir 4.800 toneladas de maíz a través de la Bolsa Nacional Agropecuaria. En la misma diligencia el declarante reconoció como auténticos los mensajes fechados el 24 y el 28 de julio precitados.

Las anteriores probanzas, no infirmadas por ninguno de los restantes elementos de juicio allegadas al proceso, conducen a la Sala al pleno convencimiento de que el comisionista Armando Rodríguez Rojas, el efectuar la compra de las 4.000 toneladas de maíz amarillo importado en la Rueda de la Bolsa Nacional Agropecuaria celebrada el 22 de julio de 1981, actuó en ejercicio de mandatos válidamente conferidos, en forma verbal, desde el día anterior. Y de que el citado corredor tampoco desobedeció la orden del Gerente General de la Bolsa Nacional Agropecuaria de presentar la ratificación escrita de los poderes, pues el brevísimo término concedido para ello, no autorizado por disposición alguna, no le permitió dar cumplimiento a lo exigido.

Siendo por consiguiente equivocada la motivación de los actos acusados, toda vez que el demandante no incurrió en la primera de las faltas disciplinarias que se le imputaron, ha de concluirse que carece de todo fundamento el primer cargo base de la sanción impuesta;

b) Para desvirtuar el segundo de los cargos motivo de la sanción impugnada, aduce el demandante tres razones fundamentales: 1ª Que quien estuvo a cargo de toda la operación relativa a la compra de las 25 toneladas de azúcar sulfitado en la Rueda número 044 de 9 de junio de 1981, con destino a la "Federación Nacional Panelera Ltda. —FENAPA—", fue su dependiente inscrito señor Augusto Rodríguez Rojas, quien habría sido por consiguiente el único autor de la falta disciplinaria imputada y a quien por lo tanto ha debido imponerse la sanción, pues la solidaridad que cobija al comisionista principal

sólo puede operar en el campo patrimonial; 2ª La entidad directamente perjudicada por el retardo en el plago del valor recibido, FENAPA Ltda., recibió amplias y satisfactorias explicaciones, fue debidamente indemnizada, lo cual la llevó a retirar la queja que había formulado ante la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A., no obstante lo cual esta empresa no tuvo en cuenta este factor exculpativo durante el proceso disciplinario; 3ª De todos modos el comisionista dependiente Augusto Rodríguez Rojas fue víctima de circunstancias generadoras de fuerza mayor, tales como daños en su sistema contable y calamidades domésticas que le impidieron cumplir a tiempo con las obligaciones contraídas para con FENAPA. Sobre el primer punto, cabe traer a colación los siguientes elementos de juicio:

El contenido del Acta 016 de 31 de agosto de 1981 del Comité de Vigilancia, en el capítulo atinente a la transacción F-850 de 1981 según la transcripción antes hecha (ver fl. 41 del cuaderno número 2), en donde consta la calidad de dependiente que ostenta el señor Augusto Rodríguez respecto del demandante Armando Rodríguez, a quien en tal virtud le fue elevada cuenta de cobro por valor de $ 14.371.87 por concepto de indemnización a FENAPA.

Fotocopia de la transacción número 850-81 de junio 9 de 1981 que obra a folio 275 del cuaderno principal, en donde figura efectivamente el citado dependiente Augusto Rodríguez como comprador de las 25 toneladas de azúcar sulfitado.

A folio 276 del mismo cuaderno, fotocopia de la liquidación de transacción de la operación F-850-81 de 9 de junio de 1981, correspondiente a la Rueda número 044, en la cual figura el tantas veces citado Augusto Rodríguez como "corredor comprador" del azúcar en cuestión, por un valor de $ 479.062.35.

A folio 316 del cuaderno principal, fotocopia de la carta fechada el 15 de agosto de 1981, firmada por el señor Segundo L. Ardila como Gerente de la Federación Nacional Panelera Ltda., dirigida a la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A., cuyo texto es el siguiente: "Respecto a la reclamación que hicimos ante ustedes, el día 4 de agosto pasado por la demora en la entrega del azúcar negociada en la Rueda 044, operación F-850 de junio 9 del año en curso, les informamos que recibimos la totalidad del producto y por encontrar satisfactorias por justificadas las explicaciones dadas por el corredor, y habiendo sido indemnizadas, retiramos totalmente nuestra reclamación".

A folio 317 del mismo cuaderno, fotocopia de la carta fechada el 19 del mismo mes dirigida por el citado Gerente a la Bolsa Nacional Agropecuaria S .A., cuyo contenido es el siguiente: "A pesar de que el 15 de los corrientes, pasamos a ustedes una comunicación retirando nuestra reclamación sobre el reconocimiento de una indemnización por la demora en la entrega de azúcar de la operación F-850, de junio 9 del año en curso, debido a las amplias y justas razones que nos dio el corredor de grave calamidad familiar y demostrando un error contable de computación, además porque ya recibimos la totalidad del producto, les informamos que recibimos la suma de $ 14.371.87, que nosotros liquidamos sobre $ 479.062.35, valor de la operación".

Hay que deducir de los documentos que se acaban de citar, que en ningún momento han sido tachados de falsos por la parte contraria, que fue efectivamente el dependiente del demandante, señor Augusto Rodríguez Rojas, a quien correspondió el manejo de toda la operación relativa a la compra de las 25 toneladas de azúcar sulfitado por cuenta de la Federación Nacional Panelera Ltda. FENAPA en la Rueda realizada el día 9 de junio de 1981. Y que por consiguiente a dicho dependiente cabe imputar en forma exclusiva la responsabilidad disciplinaria por la entrega demorada del producto a su destinatario. Es verdad que de acuerdo con el inciso segundo del artículo 1291 del Código de Comercio el comisionista, "*bajo su responsabilidad* podrá emplear, en el desempeño de la comisión, dependientes en operaciones que, según la costumbre, se confieren a estos". Mas esta responsabilidad por el hecho ajeno es meramente patrimonial y no puede hacerse extensiva al campo de las sanciones. Pretender lo contrario sería tanto como sostener que al comisionista se le aplicaran las penas previstas en el Código Penal por los delitos que cometieran sus dependientes en el desempeño de sus funciones. Esta responsabilidad meramente patrimonial, de índole civil, emerge del principio de la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno consagrada en el artículo 2347 del Código Civil, según el cual "toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para efectos de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado". Que las sanciones disciplinarias se aplican exclusivamente a los dependientes, cuando sean estos los autores de las faltas correspondientes, lo dice claramente el artículo 13 del Reglamento General de Operaciones y Garantías de la Bolsa Nacional Agropecuaria, al prescribir en su parte final: "Son aplicables a los dependientes las mismas prohibiciones previstas por la ley y el reglamento para los comisionistas".

Si bien las consideraciones que preceden serían más que suficientes para concluir que los cargos formulados por la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A., a su corredor Armando Rodríguez Rojas carecen de todo fundamento y que por lo mismo al aplicar las sanciones impugnadas la citada empresa comercial del Estado incurrió en violación de las normas que gobiernan la materia, lo que a la postre conduce a la nulidad de los actos acusados, no puede la Sala pasar por alto otras graves anomalías en que se incurrió en la tramitación del proceso disciplinario y que se traducen obviamente en desconocimiento del derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de nuestra Carta fundamental, norma justamente invocada por el actor. Una de ellas es la omisión, tanto de parte del Comité de Vigilancia como de la Junta Directiva de la Bolsa, de toda alusión al mérito probatorio al mensaje de "FENAPA" en el que retiraba toda reclamación respecto al retardo en que se incurrió en la transacción número F-850, por considerar válidas y convincentes las explicaciones dadas por el comisionista. Dicha declaración, emanada de la parte directamente perjudicada, constituía al menos un indicio serio de carencia de culpabilidad en el corredor, que por lo mismo imponía el estudio de los motivos aducidos en los descargos (daño en el sistema contable de computación, calamidad doméstica, etc.), estudio que brilla por su ausencia en las motivaciones de los actos acusados. De

esta y de otras fallas da cuenta la Resolución número 0397 de 26 de enero de 1982 por lo cual la Superintendencia Bancaria hubo de aplicar sanciones a uno de los miembros de la Junta Directiva de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A. (ver fls. 410 a 415 del cuaderno principal).

A título de restablecimiento del derecho pide el actor el reintegro a sus actividades como comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A. Dado que los actos acusados impusieron en definitiva la exclusión del corredor, la nulidad que se declarará trae aparejado obviamente el reintegro impetrado y así se decidirá. Que la sanción impuesta ha irrogado un manifiesto perjuicio al corredor, es un hecho cuya evidencia no puede ponerse en duda. Se trata aquí de un comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A., que por su actividad profesional ha devengado ciertas comisiones u honorarios, de las que ha sido privado por obra de los actos acusados, desde el momento mismo de su exclusión. Una adecuada restitución del derecho impondría entonces una condena en perjuicios en contra de la entidad autora de los actos demandados, tanto por daño emergente como por lucro cesante. Y como antes se anotó, pide al respecto el demandante una condena *in génere*, dada "la dificultad actual de determinar la cuantía precisa de la indemnización solicitada", para los efectos previstos en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil. Si bien obra en autos bastante material probatorio respecto de los perjuicios sufridos por el corredor sancionado, ha de tenerse en cuenta que el presente expediente fue totalmente destruido a raíz de los trágicos sucesos de la toma violenta del Palacio de Justicia, y no fue posible recuperar la totalidad de las piezas procesales en las diligencias de reconstrucción. Por lo anterior hay que concluir que en el caso presente se carece de fundamentos fácticos que permitan la cuantificación de unos perjuicios con miras a una indemnización y, por tal razón, esta petición será denegada.

Por último, advierte la Sala que, si bien el señor Fiscal pidió fallo favorable a la pretensión incoada, su concepto en nada coincide con las motivaciones del presente fallo, ni sus razones son atendibles, según antes se anotó y de ahí que no las acoja.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y en desacuerdo con él,

Falla:

Primero. Decláranse nulos los actos administrativos contenidos en el Acta número 016 de 31 de agosto de 1981 y en el Acta número 047 de 8 de octubre del mismo año, originarios del Comité de Vigilancia y de la Junta Directiva de la Bolsa Nacional Agropecuaria S. A., respectivamente, por los cuales, en su orden, se impusieron al señor Armando Rodríguez Rojas, sanción de suspensión de un año y de exclusión de sus actividades como comisionista de la misma entidad.

Segundo. Ordénase el reintegro del señor Armando Rodríguez Rojas al ejercicio de sus actividades como comisionista de la citada entidad.

Tercero. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada en Sala celebrada el día 11 de marzo de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez, Ausente con excusa.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SEGURO SOCIAL.— Obligatoriedad.

Implica que ni afiliados, llámense PATRONOS O TRABAJADORES, ni el ente asegurador (I.S.S.), unilateralmente o de consuno pueden oponerse a la inscripción.

DECRETASE LA NULIDAD de la Resolución número 5042 de 15 de noviembre de 1982, proferida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 1783. Autoridades nacionales. Actor: Silvestre Pardo Santamaría.

Silvestre Pardo Santamaría, en ejercicio de la acción de nulidad, presentó demanda para que se declare la nulidad de la Resolución número 5042 de 15 de noviembre de 1982, expedida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales, mediante la cual se resolvió "dejar sin efecto indefinidamente la Resolución número 3951 del 1º de septiembre de 1982 por medio de la cual se fijó la fecha de llamamiento a inscripción al régimen de los Seguros Sociales Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte a todos los patronos y trabajadores que desarrollen actividades relacionadas con el transporte marítimo".

Se expusieron estos hechos:

"1. De conformidad con el Decreto extraordinario 148 de 1976, artículo 1º, inciso 3º, los servicios concernientes a los Seguros Sociales deben ser organizados por el Estado y son servicios públicos. Además del artículo 3º del Decreto 1650 de 1977 reitera tal carácter y preceptúa que dichos servicios son de utilidad pública e interés social".

"2. El artículo 2º del Decreto-ley 148 de 1976 señala que están sujetos al *Seguro Social Obligatorio,* en los términos de dicho Decreto, los trabajadores de las empresas industriales y comerciales del Estado".

"3. Con arreglo al artículo 1º del Decreto 3041 de 1966 (aprobatorio del Reglamento General de los riesgos de invalidez, vejez y muerte), son sujetos del *Seguro Social Obligatorio* los trabajadores de empresas oficiales".

"4. La Flota Mercante Grancolombiana es una empresa industrial y comercial del Estado".

"5. El artículo 5º del Decreto 433 de 1971 y el artículo 3º del Decreto 3041 de 1966 establecen quiénes quedan excluidos del Seguro Social Obligatorio y de los riesgos de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, sin que en dichas excepciones se encuentren relacionados los patronos y trabajadores que desarrollen actividades relativas al transporte marítimo".

"6. En cumplimiento de las disposiciones de carácter legal y reglamentario sobre el Seguro Social Obligatorio y los riesgos de invalidez, vejez y muerte, el Director General del Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución número 3951 de septiembre 1º de 1982 ordenó llamar a Registro e Inscripción, a partir del 1º de octubre de 1982, en todo el territorio del país, al régimen de Seguros Sociales Obligatorios de invalidez, vejez y muerte a todos los patronos y trabajadores que desarrollen actividades relacionadas con el transporte marítimo. Se dispuso así mismo por el Director General que tales registros e inscripción debían hacerse de acuerdo con los requisitos previstos en los reglamentos vigentes sobre la materia y en los formularios que para el efecto suministrare el Instituto de Seguros Sociales".

"7. Mediante Resolución número 4658 de octubre 18 de 1982, el Director General del Instituto de Seguros Sociales resolvió aplazar hasta el 1º de enero de 1983 la obligatoriedad del llamamiento e inscripción contemplada en la Resolución número 3951 de septiembre 1º de 1982".

"8. Por medio de la Resolución acusada destinguida con el número 5042 de noviembre 15 de 1982, el Director General del Instituto de Seguros Sociales, resolvió 'dejar sin efecto indefinidamente la Resolución número 3951 de septiembre 1º de 1982 por medio de la cual se fijó la fecha de llamamiento a inscripción al régimen de los Seguros Sociales Obligatorios de invalidez, vejez y muerte a todos los patronos y trabajadores que desarrollen actividades relacionadas con el transporte marítimo' ".

"9. La Resolución impugnada, expedida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales es violatoria de disposiciones legales y de Decretos del Gobierno nacional y fue expedida con abuso y desviación de las atribuciones propias del funcionario que la profirió".

Las disposiciones violadas y el concepto de la violación se expresaron así:

"La Resolución acusada violó las disposiciones constitucionales y legales que se indican a continuación: Artículos 2º, 17, 30 y 32 de la Constitución Nacional; los artículos 1º y 2º del Decreto extraordinario 148 de 1976; el artículo 1º del Decreto 3041 de 1966 y el artículo 3º del Decreto extraordinario 1650 de 1977".

"En efecto, de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Nacional los poderes públicos sólo pueden ejercerse en la forma como la misma Carta fundamental establece; y dentro del contexto de disposiciones por ella establecido existe una escala normativa según la cual las autoridades administrativas en sus decisiones no pueden contrariar lo establecido en las leyes, lo que exceda de esos precisos

límites es abusivo porque va más allá de los poderes de que están investidas y ese uso de poder excesivo tiene sus consecuencias jurídicas dentro de un estado de derecho consistente en que el acto rebelde con la normatividad superior debe ser anulado y el derecho restablecido. En ello reside una de las garantías más patentes de la seguridad de los administrados, ínsitas en nuestro ordenamiento positivo. Así mismo, el acto administrativo, impugnado al aplazar 'indefinidamente' el llamamiento a inscripción al régimen de Seguros Sociales Obligatorios de invalidez, vejez y muerte a todos los patronos y trabajadores que desarrollan actividades relacionadas con el transporte marítimo, desconoció la especial protección que constitucionalmente se otorga al trabajo humano y a sus manifestaciones, y precisamente una de ellas consiste en el derecho a la seguridad social, y más específicamente en nuestro medio el derecho de patronos y trabajadores dedicados a la referida actividad de inscribirse oportunamente al sistema de Seguros Sociales Obligatorios a cargo del Instituto de Seguros Sociales".

"El artículo 30 de la Carta fundamental fue infringido por cuanto con arreglo a las leyes vigentes en el país tienen derecho a incorporarse en el sistema de Seguros Sociales a cargo del Instituto de Seguros Sociales, los patronos y trabajadores que desarrollen actividades en el país, con excepción de aquellos que expresamente contemplen las leyes. Como quiera que los patronos y trabajadores que desarrollen actividades relacionadas con el transporte marítimo no se hallan explícitamente eximidos de la cobertura, es deber del Instituto de Seguros Sociales, a través de su funcionario competente, proceder al llamamiento e inscripción de quienes les asiste tal derecho, como efectivamente ya se había hecho con antelación mediante Resoluciones números 3951 de septiembre 1º de 1982 y 4658 de octubre 18 del mismo año, que fueron revocadas tácitamente por el Director del Instituto de Seguros Sociales, en forma directa, al 'dejarlas sin efecto indefinidamente'. Lo anterior equivale a negar, o por lo menos, aplazar 'indefinidamente' el derecho de los mencionados patronos y trabajadores al llamamiento a inscripción al citado régimen".

"El artículo 32 de la Constitución fue infringido por el acto censurado por cuanto de conformidad con dicha disposición el Estado garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, lo que consulta uno de los principios de la seguridad social como lo es la solidaridad en la participación de patronos y trabajadores en el régimen de Seguros Sociales Obligatorios a cargo del Estado; participación que les es vedada al sector del transporte marítimo por la Resolución acusada debido a la abstención indefinida de la inscripción, en desmedro del bien común y de la solidaridad social".

"En igual forma, se viola el texto fundamental en el artículo precitado por desconocerse el deber de intervención en un servicio público como es el los Seguros Sociales organizados por el Estado, respecto de patronos y trabajadores implicados en el transporte marítimo, ya que el acto transgresor determina aplazar indefinidamente el llamamiento a inscripción, postergando 'indefinidamente' su obligación de intervención".

"De otra parte, la Resolución número 5042 de 1982, expedida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales, violó el inciso 3º del artículo 1º del Decreto-ley 148 de 1976 y artículo 3º del Decreto 1650 de 1977 porque los Seguros Sociales de conformidad con dichas disposiciones deben ser organizados por el Estado; como desarrollo de lo anterior es lógico que el Estado disponga de un ente gestor que brinde la protección social que determinan las leyes, sin que a las autoridades administrativas les sea dable hacer exclusiones o postergaciones sin límite de tiempo de beneficios establecidos en leyes y reglamentos. Además, habida consideración del carácter de servicio público que discierne la ley a los Seguros Sociales, el llamamiento a inscripción de beneficiarios del sistema administrado por el Instituto de Seguros Sociales, no puede quedar diferido indefinidamente por mandato del Director del organismo, pues ello pugna con la noción, la esencia y las connotaciones prácticas del 'servicio público' ".

"Efectivamente, teniendo en cuenta que se trata de necesidades esenciales de beneficiarios que señala la ley, como son los patronos y empleados del sector del transporte marítimo, no puede condicionarse por siempre tal derecho a una simple resolución administrativa de un Director General, otorgándosele tanta relievancia jurídica hasta el extremo de asignarse el poder de dilatar sin limitación temporal alguna los derechos legalmente fijados para quienes deben tener acceso a un servicio público encomendado a determinado ente administrativo".

Después de citar a un tratadista, prosigue el demandante:

"Por similares razonamientos el acto acusado transgredió el artículo 2º del Decreto extraordinario 148 de 1976 y el artículo 1º del Decreto 3041 de 1966, en cuanto ellos erigen a la categoría de obligatorio para los patronos y trabajadores a quienes de conformidad con la ley y los reglamentos están incluidos en su campo de aplicación en el sistema de los Seguros Sociales a cargo del Instituto de Seguros Sociales. La primera norma invocada apunta al sistema general y la segunda predica la obligatoriedad del campo de aplicación respecto de los riesgos de invalidez, vejez y muerte de los trabajadores expresamente mencionados en el referido precepto dentro de los cuales obviamente están incluidos los que prestan sus servicios a empresas particulares y oficiales dedicadas a actividades relacionadas con el transporte marítimo".

"Esa obligatoriedad comporta que tanto patronos, como trabajadores, como el ente gestor del Seguro Social tengan la obligación de realizar las actuaciones conducentes a la operancia práctica del sistema, dentro de lo cual uno de los primeros pasos es el llamamiento a la inscripción y el procedimiento del registro. Dicho en otros términos, la obligatoriedad del Seguro Social, implica que ni afiliados, llámense patronos o trabajadores, ni el ente asegurador (I. de S. S.), unilateralmente o de consuno pueden oponerse a la inscripción ya bien sea en forma expresa o posponiéndola 'indefinidamente', pues para la eficacia práctica de la seguridad social, ésta no puede quedar condicionada ni siquiera a los avenimientos a que lleguen los interesados, obligados ni mucho menos a reglamentaciones unilaterales de carácter subalterno que dispongan el aplazamiento indefinido de

inscripciones desquiciando las bases en que se sustenta tanto la solidaridad social como la obligatoriedad de los Seguros Sociales legalmente prohijada y claramente conculcada por el acto administrativo impugnado".

Vuelve el demandante a invocar el pensamiento de varios doctrinantes del tema de la seguridad social y prosigue:

"Todo lo anteriormente expuesto conduce a colegir que el llamamiento a inscripción de patronos y trabajadores que desarrollen actividades atinentes al transporte marítimo no es una facultad discrecional de la administración que pueda ejercerse en cualquier tiempo o aplazarse perpetuamente, sin lindero temporal alguno. Si bien podría llegarse a aceptar la delegación por mandato legal de la atribución de la administración de señalar la fecha del llamamiento a la inscripción, es obvio que atendiendo el carácter de obligatoriedad para el Instituto de Seguros Sociales de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, asumidos en las regiones señaladas por los reglamentos vigentes respecto de trabajadores no exceptuados expresamente, no puede concluirse válidamente que la iniciación de la obligación comience, por voluntad del Director General, cuando todos los sujetos de la relación lleguen a un acuerdo, porque sería suficiente la oposición de uno de ellos para enervar los efectos del precepto superior. Condicionar la obligatoriedad de la inscripción, como lo hace la Resolución acusada, a la precitada camisa de fuerza de la 'concertación', es atentar contra la finalidad de las normas que se estiman infringidas, con base en una motivación no prevista en preceptos legales o reglamentarios superiores, configurándose por lo mismo una falsa motivación que, consecuencialmente, tipifica una desviación y abuso de poder que hace devenir en ilegal el acto administrativo atacado mediante el ejercicio del contencioso popular de anulación".

"Desde otro punto de vista, también se violaron por la pluricitada Resolución 5042 del Director General del Instituto de Seguros Sociales, los artículos 21 y 24 del Decreto 2733 de 1959, como se expone a continuación: Las Resoluciones 3951 de septiembre 1º de 1982 y 4658 de octubre 18 de 1982, en cumplimiento de disposiciones de superior jerarquía fijaron fecha de llamamiento a inscripción para las personas encasilladas en el sector del transporte marítimo; en consecuencia, esos actos administrativos expedidos por el Director General sólo podían revocarse directamente por la administración en los eventos y con el lleno de los requisitos previstos en los artículos 21 ó 24 del Decreto 2733 de 1959, más así no se hizo por la Resolución impugnada la cual dispuso 'dejar sin efectos indefinidamente' la Resolución 3951, terminología esta si bien no ajustada cabalmente a la técnica jurídica, es indudable que 'dejar sin efectos' el llamamiento a inscripción es disponer que no se efectúe ni se cumpla ese llamamiento, y si a ello se agrega el vocablo 'indefinidamente' es menester entender que se trata de un aplazamiento sin definición temporal, no obstante que con antelación el mismo funcionario sí había fijado una definición en cuanto al tiempo. En términos más concretos y sencillos, el acto acusado configura jurídicamente una revocatoria directa que contraría en primer lugar lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 2733, por cuanto los actos administrativos anteriores que señalaban la fecha de

llamamiento a inscripción ni eran manifiestamente opuestos a la Constitución o la ley, ni estaban disconformes con el interés público o social, ni atentaban contra él, ni causaban agravio injustificado a una persona".

"De otra parte, al crear las Resoluciones revocadas situaciones jurídicas, no podían cercenarse sus efectos sin mediar la autorización o consentimiento expreso y escrito de los titulares de los derechos respectivos, circunstancia esta pretermitida por el acto transgresor, y por ello violatoria del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959".

"Finalmente, se violó por el acto acusado los artículos 1º y 5º del Decreto 1993 de 1967, expedido por el Presidente de la República en uso de facultades que le confieren el numeral 5º del artículo 9º de la Ley 90 de 1946, el artículo 5º del Decreto-ley 1695 de 1960 y el Decreto 183 de 1964. En efecto, el artículo 1º del Decreto 1993 ordenó la inscripción en el Seguro Social Obligatorio para los riesgos de invalidez, vejez y muerte para todos los patronos y trabajadores que se dediquen a actividades relacionadas con el transporte marítimo; y el artículo 5º *ibídem* dispuso que el Director General del Instituto de Seguros Sociales, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1º, debía señalar las fechas de iniciación de la inscripción".

"En obedecimiento de lo anterior el Director General señaló, mediante Resolución 3951 de septiembre 1º de 1982, el 1º de octubre de 1982 como fecha de iniciación de la inscripción; más por Resolución 4658 del 18 del mismo mes y año se propuso el comienzo de la inscripción hasta el 1º de enero de 1983. La Resolución acusada desconociendo manifiestamente el alcance del Decreto últimamente citado que ordenó la inscripción de dichos patronos y trabajadores, postergó de manera indefinida 'el llamamiento a inscripción' que ya había sido ordenado por el Decreto mencionado que aprobó el Acuerdo 257 de 1967 'por el cual se llama a inscripción en el Seguro Social Obligatorio de enfermedad no profesional y maternidad; accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; invalidez, vejez y muerte, a las empresas y trabajadores de algunas actividades', según las propias voces del Decreto 1993. Por manera que basta confrontar el texto del Decreto (arts. 1º y 5º) con el de la Resolución para colegir la ostensible rebeldía de la última frente al precepto de mayor jerarquía al que modifica ilegalmente, así como lo hizo con Resoluciones que sí le habían dado cumplimiento a las normas legales y reglamentarias aplicables, revocándolas directamente sin estar autorizado para ello, privando a patronos y trabajadores del sector marítimo, indefinidamente, del derecho a inscripción, con base en motivos que carecen igualmente de aceptación legal".

Después de tramitado, el proceso se destruyó en los hechos de los días 6 y 7 de noviembre de 1985, por lo cual la parte demandante pidió su reconstrucción. Llevada a cabo, se procede a resolver la petición de la demanda, previas las siguientes,

Consideraciones:

El Acuerdo número 257 de 1967 expedido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, "por el cual se llama a inscripción

en el Seguro Social Obligatorio de enfermedad no profesional y maternidad; accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; invalidez, vejez y muerte a las empresas y trabajadores de algunas actividades", aprobado por el Decreto 1993 del mismo año, dispuso en su artículo 1º ordenar la inscripción en el Seguro Social Obligatorio, de los riesgos mencionados, de los patronos y trabajadores, entre otros, de las empresas y agencias de transporte marítimo.

A su vez el inciso 1º del artículo 5º *ibídem* dispuso:

"La inscripción de patronos y trabajadores se iniciará en las fechas que determine, por Resolución, la Dirección General del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales".

En cumplimiento de la disposición anteriormente transcrita, el Director del Instituto de Seguros Sociales, mediante la Resolución 3951 de 1º de septiembre de 1982, considerando "...Que de acuerdo a la actual estructura administrativa del Instituto de Seguros Sociales se considera oportuno y conveniente proceder a llamar a inscripción, en todo el territorio del país, a los patronos y trabajadores dedicados al transporte marítimo en los riesgos de invalidez, vejez y muerte (IVM)", resolvió llamar a registro e inscripción, a partir del 1º de octubre de 1982, a dichos patronos y trabajadores en los riesgos que se acaban de mencionar.

Posteriormente, por medio de la Resolución 4402 de 28 de septiembre de ese año, se aplazó la vigencia de la Resolución 3951 aludida y se dispuso que dicho llamamiento se llevara a cabo a partir del 1º de noviembre del mismo año. Y por la Resolución 4658 de 15 de octubre siguiente se aplazó hasta el 1º de enero de 1983 (fls. 36 y 37).

El acto acusado que lo es la Resolución número 5042 de 15 de noviembre de 1982, entre los considerandos, trae los siguientes:

"Que el artículo 5º del Acuerdo número 257 de 1967, aprobado por Decreto 1993 de 1967 facultó al Director General del Instituto para que, de conformidad con las circunstancias operativas y administrativas del mismo, fijara la fecha a partir de la cual debía llamarse a registro e inscripción en los diversos riesgos, al personal de empresas y agencias de transporte marítimo".

"Que, con fundamento en lo anterior se expidió la Resolución número 3951 de 1º de septiembre de 1982, por medio de la cual se fijó la fecha de llamamiento a inscripción y registro al régimen de los Seguros Sociales Obligatorios de invalidez, vejez y muerte (IVM), únicamente a todos los patronos y trabajadores que desarrollen actividades relacionadas con el transporte marítimo".

"Que tanto la Junta Administradora del Instituto como el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios conoció de la situación planteada y recomendó a la Dirección General no hacer uso actualmente de la facultad concedida por el referido artículo 5º del Acuerdo 257 de 1967 hasta tanto no se cumpla una etapa de concertación entre el Gobierno, los patronos y trabajadores".

De lo anterior se desprende que basta hacer una simple confrontación entre el Decreto 1993 de 1967 proferido por el Presidente

de la República por medio del cual se aprobó el Acuerdo número 257 del mismo año, para concluir que el artículo 5º del mismo, a que se refiere la Resolución enjuiciada, en ninguna parte dice que se facultó al Director del Instituto de Seguros Sociales para que *"de conformidad con las circunstancias operativas y administrativas"* del mismo organismo, fijara la fecha a partir de la cual debía llamarse a registro e inscripción en los diversos riesgos, al personal de empresas y agencias de transporte marítimo (Subraya la Sala).

A lo anterior debe agregarse que no aparece demostrado que el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales hubiera dictado otro acuerdo con la correspondiente aprobación del Gobierno nacional, en orden a modificar o a dejar sin efectos el número 1993 de 1967, ya examinado, como para que pudiera afirmarse, en sana lógica, que el Gerente de dicho organismo podía suspender indefinidamente la Resolución número 3951 de 1º de septiembre de 1982 por medio de la cual se fijó la fecha de llamamiento a inscripción a todos los patronos y trabajadores que desarrollen actividades relacionadas con el transporte marítimo. Además, una vez que el Director del Instituto de Seguros Sociales profirió la correspondiente Resolución por medio de la cual culminó el proceso de llamamiento a inscripción, que se cumpliría incondicionalmente de la sola determinación de la fecha a partir de la cual debía tener efectos, ya no podía, dicho funcionario, con base en una simple recomendación de la Junta del Consejo Directivo de los Seguros, desconocer lo que se había ordenado en el Acuerdo, aprobado por el Gobierno nacional que aún estaba vigente porque no había sido materia de modificación alguna ni se había reemplazado por otro y por lo tanto no había desaparecido del campo jurídico como para que pudiera desatenderse lo que en él se había ordenado.

Así las cosas, no le era permitido al Director del referido Instituto, al expedir la Resolución demandada, condicionarla en sus considerandos a requisitos que el Acuerdo número 1993 no contempla, tanto más si se tiene en cuenta que las autoridades de la República sólo pueden hacer lo que por medio de normas expresas les está atribuido y que los Seguros Sociales son obligatorios, de utilidad pública e interés social y constituyen un servicio común orientado y dirigido por el Estado como claramente lo establece el artículo 3º del Decreto con fuerza de Ley número 1650 de 1977. De ahí que lo expresado por el demandante a folio 5 de la demanda sea de recibo al sostener que la obligatoriedad del régimen de los Seguros Sociales, comporta que tanto patronos como trabajadores como el ente gestor del Seguro Social tengan la obligación de realizar las actuaciones conducentes a la operancia práctica del sistema, dentro de lo cual uno de los primeros pasos es el llamamiento a la inscripción y el procedimiento del registro. Dicho en otros términos, la obligatoriedad del Seguro Social, implica que ni afiliados, llámense patronos o trabajadores, ni el ente asegurador (I. de S. S.), unilateralmente o de consuno pueden oponerse a la inscripción ya bien sea en forma expresa o posponiéndola "indefinidamente", pues para la eficacia práctica de la seguridad social, estas no pueden quedar condicionadas ni siquiera a los avenimientos a que

lleguen los interesados, obligados ni mucho menos a reglamentaciones unilaterales de carácter subalterno que dispongan el aplazamiento indefinido de inscripción..."

No cabía, pues, en el acto acusado acudir a concertación alguna, toda vez que lo contrario desnaturalizaría el régimen de los Seguros Sociales Obligatorios que depende para su eficaz realización de la inscripción tal como haya sido ordenada.

Se anulará en consecuencia, el acto acusado.

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

Falla:

Declárase que es nula la Resolución número 5042 del 15 de noviembre de 1982, proferida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales.

Cópiese, notifíquese y comuníquese.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 4 de marzo de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO.— Concepto. ACUERDO DE LA CASA DE NARIÑO. Naturaleza de este acto.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., cuatro de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Referencia: Expediente número 862. Actor: Víctor Velásquez Reyes.

Demanda:

El señor Víctor Velásquez Reyes, en su propio nombre y en acción popular solicita:

a) La anulación del "Acuerdo de la Casa de Nariño" que con fecha 20 de febrero de 1988 suscribió el Presidente de la República junto con el Expresidente doctor Misael Pastrana Borrero;

b) La anulación del documento de 23 de febrero de 1988 "por el cual el Presidente de la República designa y convoca a la comisión preparatoria de reajuste institucional"; y

c) Que antes de la admisión de la demanda, el Consejo decrete la suspensión provisional de los actos acusados, por reputar que violan ostensiblemente diversos artículos de la Constitución Política, entre ellos el 218, además del artículo 13 del Plebiscito de 1º de diciembre de 1957.

Aun cuando la demanda adolece de algunas fallas de carácter puramente formal, el Despacho, haciendo uso de su facultad para interpretarla, la estudiará, y resolverá inicialmente sobre su admisibilidad, mucho más teniendo en cuenta que se trata del ejercicio de una acción ciudadana que bien puede entenderse cumplido por persona no versada en la ciencia procesal, por lo menos con la misma propiedad que ha de esperarse de los abogados que comparecen ante la jurisdicción, generalmente en representación de los gobernados.

Los actos acusados:

1. El llamado "Acuerdo de la Casa de Nariño" es del siguiente tenor:

"Bogotá D. E., 20 de febrero de 1988.

"Conscientes del hondo clamor popular en favor de las reformas institucionales que el país necesita con urgencia para hacer frente, con mayor eficacia, a los gravísimos problemas sociales y políticos que actualmente lo afligen, hemos convenido en convocar al pueblo

colombiano para que, por medio de un referéndum, exprese su voluntad sobre la Reforma Constitucional que se elaborará en conformidad con el siguiente procedimiento, con el cual nos comprometemos:

"1º En la semana de 22 de febrero se creará una Comisión Preparatoria del Proceso de Reajuste Institucional que por este Acuerdo se pone en marcha, la cual estará integrada así:

"Dos Ministros, cinco miembros de la Dirección Nacional Liberal, cinco miembros de la Dirección Nacional del Partido Social Conservador, el Director del Nuevo Liberalismo y un miembro de la Dirección de la Unión Patriótica.

"La Comisión propondrá las materias objeto de reformas de las que habrá de ocuparse una Comisión de Reajuste Institucional a la que más adelante se alude y elaborará los estudios preliminares que juzgue pertinentes.

"2º El Gobierno convocará al Congreso Nacional a sesiones extraordinarias a partir del cuatro de abril y por el término de dicho mes, para:

"a) Elegir los miembros de la Comisión de Reajuste Institucional;

"b) Estudiar y aprobar la convocatoria al pueblo colombiano a un Referéndum para el 9 de octubre de 1988, al cual se someterá el resultado del trabajo de la Comisión de Reajuste Institucional. Los partidos Liberal y Social Conservador se comprometen a votarla afirmativamente.

"Registramos complacidos el apoyo del Nuevo Liberalismo y de la Unión Patriótica a esta declaración, así como el que ha sido expresado por numerosas fuerzas sociales tanto a la necesidad de la reforma constitucional como a la realización del Referéndum.

"3º La Comisión de Reajuste Institucional estará integrada por 50 miembros elegidos por el Congreso de ternas presentadas por el Presidente de la República, elaboradas de listas que le presenten los partidos y que incluirán personas representativas de los distintos estamentos sociales, de las diversas actividades de la comunidad y de las instituciones.

"El Senado y la Cámara de Representantes elegirán, cada uno, 25 miembros en proporción a la votación que obtengan las listas de los partidos o movimientos políticos para las Asambleas Departamentales en las elecciones del 13 de marzo de 1988.

"4º La Comisión de Reajuste Institucional se instalará el 2 de mayo de 1988 y deberá entregar a más tardar el 16 de septiembre de 1988 el Proyecto de Reforma Constitucional que se someterá a la decisión del pueblo colombiano en el Referéndum que tendrán lugar el 9 de octubre de 1988".

2. El documento de 23 de febrero de 1988, dice:

"Presidencia de la República, Bogotá, D. E., 23 de febrero de 1988, Doctor Rodrigo Marín Bernal, Miembro de la Dirección Nacional Partido Social Conservador, Ciudad.

"En virtud del Acuerdo de la Casa de Nariño, suscrito el 20 de febrero de 1988, se creó un procedimiento para convocar al pueblo colombiano para que exprese, por la vía de un Referéndum, su voluntad sobre una reforma constitucional.

"Este procedimiento consiste en los siguientes pasos:

"1º El trabajo de una Comisión Preparatoria del proceso de Reajuste Institucional, integrada por doce miembros, que elaborará el temario y se encargará de los estudios preliminares pertinentes.

"2º Una Comisión de Reajuste Institucional, designada por el Congreso, que preparará el texto de la reforma que el pueblo soberano adoptará o rechazará el 9 de octubre del presente año. Sus trabajos se iniciarán el 2 de mayo y culminarán, por tarde, el 16 de septiembre de 1988.

"Las elecciones de 13 de marzo determinarán la proporción en la cual quedarán representados los partidos o movimientos políticos con personeros de los distintos estamentos sociales, de las diversas actividades de la comunidad y, también de las instituciones.

"Para cumplir el compromiso de poner en marcha estos procedimientos y luego de las consultas correspondientes, me he permitido designar la Comisión Preparatoria, así:

"Ministro de Gobierno, César Gaviria Trujillo, quien la presidirá.

"Ministro de Trabajo, Diego Younes Moreno.

"Miembros de la Dirección Nacional Liberal:

"Alberto Santofimio Botero,

"Eduardo Mestre Sarmiento,

"Hernando Durán Dussán,

"Ernesto Samper Pizano,

"Miguel Pinedo Vidal.

"Miembros de la Dirección Nacional del Partido Social Conservador:

"Carlos Holguín Sardi,

"Rodrigo Lloreda Caicedo,

"Rodrigo Marín Bernal,

"Alvaro Leyva Durán,

"Gabriel Melo Guevara.

"Director del Nuevo Liberalismo:

"Luis Carlos Galán Sarmiento.

"Miembro de la Unión Patriótica:

"El dirigente que ella señale.

"La primera reunión tendrá lugar el próximo jueves 25 de febrero, a las doce del día en el Salón Protocolario de la Casa de Nariño.

"Reciba un atento saludo".

Aunque los actos anteriores no contienen las firmas de quienes los suscribieron, el Despacho reputa las copias anexadas como hábiles, en razón de haber sido expedidas por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, según aparece del sello colocado y de la firma puestos en cada uno de los folios contentivos de los mismos, para dar respuesta al peticionario (actor en el proceso), quien las solicitó en los siguientes términos: "Por ser procedente y atendiendo al derecho de petición le ruego que, a la mayor brevedad posible, se sirva ordenar a mi costa que, se expidan copias auténticas del Acuerdo de la Casa de Nariño, firmado entre el Presidente Barco Vargas y el doctor Misael Pastrana Borrero.

"Ruego también (sic) del documento contentivo de la designación de la Comisión Preparatoria de Reajuste Institucional de fecha 23 de febrero del presente año".

La solicitud así formulada al Secretario General de la Presidencia, fue satisfecha mediante la expedición de las copias como aparece de autos y que el Despacho considera conformes con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

Naturaleza del Acuerdo de la Casa de Nariño:

La lectura y atenta observación del Acuerdo materia de este proceso y su confrontación con normas precisas de derecho positivo, permiten concluir que allí hay un acto administrativo, objeto, por consiguiente, de control de legalidad o de constitucionalidad por parte de la jurisdicción en lo contencioso administrativo. En efecto: El artículo 83 del Código de la materia define el acto administrativo, sujeto al control jurisdiccional, como la conducta o abstención capaz de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia. Y agrega: "Las llamadas 'operaciones administrativas' y 'vías de hecho' se considerarán, en adelante y para todos los efectos, actos administrativos". Como si no fuera suficiente lo anterior, el Código comprende de manera expresa, entre los actos administrativos sometidos al control jurisdiccional, los denominados "políticos" o "de gobierno", y los conceptos y circulares que la Administración quiera aplicar de modo general, así como algunos actos de certificación y registro.

La definición del acto administrativo consignada en el texto legal ha sido objeto de dura crítica por alguna doctrina nacional, que la considera falta de técnica, innecesaria, insuficiente e inútil. Sin embargo, al decir de otros, esa definición, al hacer hincapié en tres factores esenciales y principales: Una declaración, la producción de efectos jurídicos y el juego de la voluntad u otras expresiones intelectuales, precisa en derecho positivo colombiano la noción de acto administrativo y evita, hasta cierto punto, discusiones y críticas sobre el tema, facilitando las relaciones autoridad-gobernado.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que ante la disposición mencionada, si un acto expedido por una autoridad adminitrativa, y en algunos casos expedido por otras autoridades y hasta por particulares (criterio material), para una finalidad administrativa, contiene los elementos o factores del artículo 83 del Código, ese acto será

administrativo. Es posible que teóricamente existan otros criterios de identificación, pero en el derecho colombiano, son los mencionados los que resultan necesarios y bastantes para entender que existe el acto administrativo.

Otra cosa es que ese acto adolezca de defectos que conduzcan a su nulidad, defectos que estructuran causales de anulación y que el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo precisa en las siguientes: Infracción de normas a las cuales debe estar sujeto, expedición por funcionarios u organismos incompetentes, forma irregular, falsa motivación, o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profiera. La existencia de estos vicios o causales de nulidad, no le quitan al acto su carácter de administrativo y por ello es posible su control por parte de la jurisdicción especial.

Ahora bien: El denominado "Acuerdo de la Casa de Nariño" contiene la expresión de una conducta del Presidente de la República, conducta asumida por él en su condición de Suprema Autoridad Administrativa y de Jefe del Estado, tan capaz de producir efectos jurídicos, que los está produciendo (como adelante se verá), y en cuya formulación y realización influyó directa e inmediatamente la voluntad del primer mandatario de la República. Así las cosas, este acto administrativo no deja de serlo por el hecho de llevar la firma de un ciudadano sin investidura oficial, porque lo que le confiere el carácter anotado sigue estando allí presente y ninguno de los atributos o factores para que lo sea, desaparece por el hecho de la inclusión de la voluntad particular, como si fuera un contrato, o como si el cumplimiento de lo consignado en él estuviera necesariamente condicionado a la voluntad del firmante particular.

Y cabe aquí una anotación adicional: Si el acto no es administrativo, de qué naturaleza puede ser? La manifestación de voluntad del Presidente de la República como tal, necesariamente tiene que ser enmarcable en alguna categoría jurídica, porque se ha expresado precisamente como la voluntad de la máxima autoridad administrativa y como la del Jefe del Estado, que no otra cosa se desprende del texto materia de esta providencia. Se ha pretendido decir que en el Acuerdo de la Casa de Nariño, los firmantes obraron como representantes o jefes de partidos políticos capaces de comprometer a algunos de ellos, porque en el Acuerdo expresan que los partidos Liberal y Social Conservador se comprometen a votar afirmativamente, en el Congreso, la convocatoria del pueblo colombiano a un referéndum.

No parece que este compromiso pueda ser vinculante, en primer lugar, porque de conformidad con la Ley 58 de 1985, los partidos inscribirán ante la Corte Electoral (hoy Consejo Nacional Electoral) los nombres de las personas que, de acuerdo con sus estatutos, hayan sido elegidos o designados para dirigirlos y para integrar sus órganos de gobierno y de administración (art. 5º). Y agrega: "Para todos los efectos a que hubiere lugar, la Corte Electoral sólo reconocerá como autoridades de los partidos a las personas debidamente inscritas ante ella". En segundo lugar, porque siendo el voto individual, ninguno de los individuos de una y otra cámara, como representantes de la Nación

entera (al tenor del art. 105 de la Constitución Política) puede resultar comprometido de antemano y por otro, a nombre de un partido político cuya representación legal no lleva. Y no aparece por parte alguna que el Presidente de la República y el Expresidente Misael Pastrana Borrero ostenten la personería de los partidos Liberal y Social Conservador. Si el Congreso Nacional en su sabiduría resolvió disponer la organización y funcionamiento de los partidos políticos, incluyendo normas como la citada, a ella deben someterse por igual, partidos, funcionarios, organismos y gobernados. Esa es la virtud de la ley: Ser general y obligatoria mientras no resulte derogada o declarada contraria al ordenamiento jurídico.

Ahora bien: Ninguno de los compromisos suscritos en el Acuerdo de la Casa de Nariño incluye como tal a persona distinta del Presidente de la República, si por compromiso se entiende, como allí se dice, el desarrollo de un procedimiento que debe concluir con un referéndum, procedimiento que sólo puede impulsar el Presidente a través de actos jurídicos y de gobierno y que, en consencuencia, desplaza totalmente hacia él la especie de obligación suscrita, sin que exista por parte del Expresidente Pastrana Borrero la posibilidad de un comportamiento similar y ni siquiera, según se vio, la capacidad de comprometer a los miembros de un partido en una conducta legislativa o administrativa determinada.

Sólo el Presidente de la República pudo comprometerse en la creación de una Comisión Preparatoria del Proceso de Reajuste Institucional, y por eso él la creó, como aparece del documento de 23 de febrero del presente año dirigido a uno de los miembros de la Dirección Nacional (sic) del Partido Social Conservador. Sólo el Gobierno está en capacidad de convocar al Congreso Nacional a sesiones extraordinarias para que se ocupe durante el tiempo que sólo el Gobierno señale, de las materias que sólo el Gobierno puede incluir en la agenda legislativa. Sólo el Gobierno (o el Presidente como dice mal el texto del Acuerdo), puede integrar las ternas de entre las cuales las Cámaras Legislativas escogerán los cincuenta miembros que integren la Comisión de Reajuste Institucional. Y, como se anotó, ni el Gobierno, ni el Presidente, ni persona alguna puede válidamente comprometer a los miembros del Congreso de la República para que, como integrantes de un partido político, voten un proyecto de ley o de resolución en determinado sentido.

Gran parte de los compromisos adquiridos por el Presidente, se dirige de manera directa a la conformación de conductas jurídicas que también se hallarían bajo la órbita de control por parte de la jurisdicción en lo contencioso administrativo, por aplicación de lo dispuesto en la ley y en el artículo 216 de la Constitución Política y según el cual, corresponde a esta jurisdicción conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 76 numerales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la misma Carta Fundamental.

Por todo lo anterior se ha dicho en párrafos precedentes que el denominado Acuerdo de la Casa de Nariño es una conducta que constituye un acto administrativo y que esta naturaleza no se pierde por

hallarse suscrito también por un particular que ningún compromiso constitucional o legal pudo adquirir, frente a los asumidos por el primer mandatario.

El Acuerdo de la Casa de Nariño, como acto administrativo, asume el carácter de preparatorio, en contraposición al acto administrativo de carácter definitivo. Es preparatorio y fundamento de todos los actos jurídicos de que allí se trata, y es el que precisamente ha comenzado a desencadenarlos en virtud de su cumplimiento preciso por el Presidente de la República. Por ello en la nota dirigida el 23 de febrero anterior al doctor Rodrigo Marín Bernal dice: "Para cumplir el compromiso de poner en marcha estos procedimientos y luego de las consultas correspondientes, me he permitido designar la Comisión Preparatoria, así: ..." Después seguirían los demás actos consignados en el procedimiento: Convocatoria al Congreso a sesiones extraordinarias con inclusión en el temario, de los dos puntos consignados en el Acuerdo; elaboración de las ternas con destino a la elección de miembros de la Comisión de Reajuste Institucional; y según lo determine el Congreso, convocatoria al referéndum. Todos estos actos forman parte de un procedimiento diseñado meticulosamente en el Acuerdo que lo genera y al cual se está sometiendo el Presidente de la República, precisamente porque a ello lo conduce tal compromiso. De cumplirse en su totalidad el procedimiento, el referéndum del 9 de octubre de 1988, el proyecto de reforma constitucional elaborado por la Comisión de Reajuste Institucional que se reuniría el 2 de mayo, el estudio y la aprobación de la convocatoria por el Congreso Nacional, la elección de los miembros de la Comisión de Reajuste Institucional, la elaboración de las ternas por parte del Gobierno, y la designación de la Comisión Preparatoria (parte del procedimiento ya cumplida), serían consecuencia, aplicación y desarrollo necesarios del Acuerdo de la Casa de Nariño. Por todo ello, es un acto administrativo preparatorio.

Naturaleza de la comunicación de febrero 23 de 1988:

El acto por el cual el Presidente de la República haya designado la Comisión Preparatoria del Proceso de Reajuste Institucional, a que se refiere la nota de 23 de febrero del presente año, también acusada por la demanda, generaría competencia para que sobre él se pronuncie la Sala Contencioso Electoral o la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa, al tenor de lo dispuesto por el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y las Leyes 96 de 1985 y 14 de 1988. La Sección Primera del Consejo de Estado, carece de competencia, en consecuencia, para ocuparse de tal presunto acto administrativo que, por otra parte, no aparece en el expediente, toda vez que la nota u oficio materia de la acusación se limita a decir que la mencionada Comisión Preparatoria fue integrada y apenas es una comunicación para señalar que el acto de nombramiento fue proferido.

Inadmisión de la demanda:

Si bien el actor solicita que antes de la admisión de la demanda el Despacho resuelva sobre la solicitud de suspensión provisional en

prevención, la demanda no será admitida, por dos razones: Porque siendo el Acuerdo de la Casa de Nariño un acto administrativo preparatorio y no definitivo, no puede ser materia de la acción ordinaria de nulidad, como se verá adelante al examinar la petición de suspensión provisional en prevención; y porque no siendo competencia del Despacho el enjuiciamiento de la nota de febrero 23 del presente año, ni el acto administrativo a que alude, ninguna providencia podrá dictarse en relación con los mismos.

Suspensión provisional en prevención:

El artículo 153 del Código Contencioso Administrativo prescribe: "La suspensión provisional procederá también:

"1. Contra actos preparatorios o de trámite cuando se dirijan a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso.

"2. Contra los actos de ejecución cuando el definitivo no haya sido notificado legalmente, cuando los recursos interpuestos contra él no han sido resueltos ni siquiera en forma presunta o cuando las autoridades han impedido que se recurra. En este caso el proceso y la suspensión terminarán cuando se cumpla con los requisitos omitidos.

"La suspensión impedirá completar o ejecutar los actos definitivos".

El examen de los antecedentes de este artículo permite observar cómo inicialmente la figura de la suspensión en prevención fue propuesta sólo en favor de quien acreditara interés particular en ella y no simplemente en el mantenimiento del orden jurídico. Sin embargo, durante las discusiones que antecedieron a la expedición del Código, la figura fue haciéndose extensiva a las dos situaciones, hasta quedar en los términos transcritos (Véase: "Antecedentes del Código Contencioso Administrativo", Colección Bibliográfica - Banco de la República, 1985, páginas 93, 648, 787, 851, 882, 1148 y 1177). Lo anterior resulta corroborado por la armonización entre la parte final del numeral 1 preinserto y el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo que establece la improcedencia de recursos contra los actos de carácter general, de trámite, preparatorios o de ejecución, excepto en los casos previstos en norma expresa.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, como puede apreciarse en providencias de agosto 13 de 1987 de la Sección Tercera (expediente número 4986, Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo), y marzo 23 de 1988 de la Sección Primera (expediente número 830, Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado, considera la suspensión provisional en prevención como procedimiento independiente y autónomo que, en consecuencia, no se subordina a demanda principal alguna porque no es accesoria de ella, y sólo busca impedir la producción de un acto definitivo ilegal o inconstitucional, no susceptible de recursos; o la ejecución prematura de alguno que tenga el carácter de definitivo. En la sentencia primeramente citada, dijo la Sección Tercera:

"La suspensión en prevención (art. 153 del C. C. A.) constituye un incidente autónomo, no accesorio de una acción de impugnación de un acto administrativo. Porque el definitivo, una vez expedido (hipótesis del numeral 1), estará sometido a los controles ordinarios (gubernativo y jurisdiccional); y en este último, a las reglas de la suspensión contempladas en el artículo 152 del Código Administrativo; y porque en el evento de su numeral 2, la acción que se instaura contra el definitivo que se quiere ejecutar, gobernará los efectos ejecutorios del mismo y enervará la decisión del incidente preventivo". Las anteriores son las razones que permiten también hacer, como se hará, el examen de la solicitud de suspensión aun cuando se inadmita la demanda.

Antes se expresó y explicó cómo el denominado Acuerdo de la Casa de Nariño es un acto administrativo de carácter preparatorio. Conforme a su texto, el mismo establece un procedimiento dirigido única y exclusivamente a la celebración de un referéndum, a través del cual el pueblo colombiano exprese su voluntad y decida sobre el proyecto de reforma constitucional que se le someterá. Ese referéndum es inconstitucional. La Carta Fundamental únicamente puede ser reformada de la manera como ella misma, de modo preciso, determina en su canon 218, en armonía con el artículo 13 del plebiscito de 1957. Sobre esto no abriga duda el Despacho y para llegar a esta conclusión tajante no precisa siquiera ensayar otro razonamiento, como quiera que la Ley de leyes es terminante al respecto: "La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, sólo podrá ser reformada por un Acto legislativo...", empieza expresando el precepto 218: "En adelante, las reformas constitucionales sólo podrán hacerse por el Congreso en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución", determina el artículo 13 del plebiscito de 1º de diciembre de 1957. No cabe, pues, traer argumento alguno acerca de la forma que pudiera usarse válidamente para producir reformas a la Superley por procedimiento diverso al que traza el citado artículo 218, así fuere alegando las situaciones gravísimas por las que atraviesa dolorosamente la Patria, pues el *desiderátum* es: O se acata o no se acata el Estado de Derecho en nombre del cual se desempeñan las funciones públicas y cuyos postulados se protesta defender desde el instante mismo en que se accede a ellas.

El referéndum, como acto definitivo inconstitucional, no sería susceptible de ningún recurso, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia: "Cuando la Nación, en ejercicio de su poder soberano e inalienable, decide pronunciarse sobre el estatuto constitucional que habrá de regir sus destinos, no está ni puede estar sometida a la normatividad jurídica que antecede a su decisión. El acto constituyente primario es, en tal sentido, la expresión de la máxima voluntad política, cuyo ámbito de acción por su misma naturaleza, escapa a cualquier delimitación establecida por el orden jurídico anterior y, por ende, se sustrae también a todo tipo de juicio que pretenda compararlo con los preceptos de ese orden" (sentencia número 54, Sala Plena, junio 9 de 1987, expediente 1566).

Conviene agregar lo siguiente: El Gobierno puede, válidamente, integrar comisiones de estudio; puede constitucionalmente convocar

al Congreso a sesiones extraordinarias para que se ocupe de los negocios que aquél someta a su consideración y durante el tiempo que el mismo Gobierno señale; puede, para determinadas finalidades y labores, enviar ternas de candidatos; puede en fin, presentar proyectos de ley; pero todo ello dentro de su órbita constitucional. Mas no le es posible jurídicamente realizar todas esas conductas con fines no contemplados en la Carta, es decir, violando sus disposiciones, porque en ese caso su comportamiento a través de los actos administrativos que tales fines inconstitucionales persigan, deberá ser anulado o suspendido por la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Por ello habrá de procederse a suspender en prevención el Acuerdo de la Casa de Nariño.

Considera firmemente el Despacho que todo lo aquí consignado encuentra fundamento en las disposiciones constitucionales y legales que diseñan, bien o mal, nuestro Estado de Derecho, y por ello es bueno hacer notar cierta costumbre más o menos reciente y generalizada de achacar a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, una especie de culpa cuando algunos comportamientos administrativos o legislativos tienen que evitarse, suspenderse o retirarse del mundo del derecho positivo, precisamente en aplicación de normas expedidas por las ramas del Poder, bien sea en el ejercicio de la función constituyente o en el de la legislativa. Los Jueces no tienen camino distinto a decir en concreto el derecho que el cuerpo político de la República, de manera directa o por medio del ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno, constante o periódicamente formula con el ánimo de resolver los conflictos o encauzar el comportamiento de la comunidad. A él corresponde auscultar oportunamente el sentir y el anhelo de la Nación con el fin de darle a estas leyes sabias e inspiradas siempre en los más altos propósitos y en el más puro patriotismo; y a él corresponde estar atento a los cambios vertiginosos del mundo contemporáneo para no quedar a la zaga de los hechos sociales, económicos y culturales que hacen necesarias las transformaciones jurídicas y los cambios pertinentes, pero sin provocar traumatismos en el ordenamiento que él mismo ha señalado como básico y fundamental. Al cuerpo político toca formular el derecho; a los Jueces, simplemente aplicarlo.

Por lo expuesto, el Despacho *resuelve:*

Primero. Inadmitir la demanda contra el "Acuerdo de la Casa de Nariño".

Segundo. Declararse inhibido para conocer del Oficio de 23 de febrero de 1988 dirigido por el Presidente de la República al doctor Rodrigo Marín Bernal, Miembro de la Dirección Nacional (sic) del Partido Social Conservador.

Tercero. Suspender provisionalmente en prevención el "Acuerdo de la Casa de Nariño" a que se refiere el punto primero antecedente.

Cuarto. Tener al señor Víctor Velásquez Reyes como parte demandante.

Quinto. Tener a la Nación colombiana, representada por el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, como parte demandada.

Sexto. Comunicar lo resuelto en esta providencia al Gobierno nacional por intermedio del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República para que se abstenga de cumplir el procedimiento previsto en el "Acuerdo de la Casa de Nariño".

Séptimo. Prevenir al Gobierno sobre la prohibición de reproducir en forma alguna el acto suspendido provisionalmente en prevención, de conformidad con lo estatuido en el artículo 58 del Código Contencioso Administrativo.

Octavo. Notificar personalmente este auto al señor Fiscal Primero del Consejo de Estado y al Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PENSION DE JUBILACION.—

Reliquidación por reintegro al servicio de empleados de la Contraloría General de la Nación, pero sólo hasta antes de regir el Decreto 929 de 1976, que la prohibió expresamente.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., cuatro de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 289. Autoridades Nacionales. Actor: Pedro Luis Pineda Zuluaga.

El señor Pedro Luis Pineda Zuluaga, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción contemplada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, solicitó al Consejo de Estado hacer en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"Primera. Que se declare la nulidad de las Resoluciones números 8968 de 12 de noviembre de 1980, 02631 de 3 de abril de 1981 y 2609 de 9 de septiembre de 1982, expedidas por la Caja Nacional de Previsión Social, por medio de las cuales se le niega al actor la reliquidación de su pensión de jubilación por reincorporación al servicio.

"Segunda. Que como consecuencia de la petición que ancede, se declare la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Pedro Luis Pineda Zuluaga, por la Caja Nacional de Previsión Social.

"Tercera. Que así mismo, se disponga el pago de la diferencia entre la mesada pensional recibida por el actor desde el 1º de junio de 1979 y la que realmente le corresponde al reliquidar su pensión de jubilación, esto es, el equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados por Pedro Luis Pineda Zuluaga, durante los tres (3) últimos años de servicio prestados a la Contraloría General de la República y reajustada conforme a la Ley 4ª de 1976 y su Decreto reglamentario 732 del mismo año.

"Cuarta. Petición subsidiaria: Que se declare que en el presente caso se ha operado el fenómeno jurídico del silencio administrativo por el no pronunciamiento por parte de la Caja Nacional de Previsión Social en relación con la reclamación presentada por el actor y tendiente a obtener el reajuste de su pensión de jubilación reconocida por medio de las Resoluciones números 6635 de 2 de noviembre de 1967 y 3446 de 6 de julio de 1970, emanadas de esa entidad de Previsión Social.

"Quinta. Petición subsidiaria: Que como consecuencia de lo anterior se declare el reajuste del monto de la pensión de jubilación del demandante de conformidad con lo establecido en los Decretos 446 de 1971, 435 de 1973, 1221 de 1975, Ley 4ª de 1976 y su Decreto reglamentario 732 del mismo año, con efectividad al 1º de junio de 1979, ordenándose el pago de la diferencia entre lo recibido y lo que le corresponde.

"Sexta. Que a las anteriores peticiones se les dé cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

La acción se fundamentó en los siguientes

Hechos:

"1º Mediante Resolución número 6635 de 1967 de la Caja Nacional de Previsión Social reconoció al señor Pedro Luis Pineda Zuluaga, una pensión mensual de jubilación por un valor de $ 3.272.08, siempre y cuando se demostrara su retiro definitivo del servicio oficial.

"2º Debido a que el retiro del servicio oficial se efectuó el 1º de enero de 1968, la Caja Nacional de Previsión Social reliquidó la pensión de jubilación del señor Pedro Luis Pineda Zuluaga, según Resolución número 3446 de 1970, fijando como mesada pensional la suma de $ 3.412.50, valor que fue devengado por él mismo desde el 1º de enero de 1969 hasta el 22 de abril de 1971.

"3º El 3 de abril de 1971, *por necesidades del servicio* fuí llamado a la Contraloría General de la República para desempeñar el cargo de Auditor General ante el Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

"4º Al posesionarse del mismo (23 de abril de 1971) el señor Pedro Luis Pineda Zuluaga envió sendas comunicaciones al Director y al Pagador de la Caja Nacional de Previsión Social, solicitándole su exclusión de la nómina de pensionados, como efectivamente se realizó.

"5º Permaneció vinculado al servicio oficial desde la fecha indicada hasta el 31 de mayo de 1979, es decir, durante ocho años, ocho meses y ocho días.

"6º Durante el desempeño de las labores por el demandante en la Contraloría se le efectuaron los descuentos de afiliación, sobretasas y 5% mensual a favor de la Caja Nacional de Previsión Social.

"7º La Caja Nacional de Previsión Social, aceptó el hecho de que el demandante fue empleado de la Contraloría, en la Resolución número 4032 de 1980, por medio de la cual esa entidad de Previsión le reconoció la cesantía definitiva por ese período de tiempo.

"8º Una vez retirado del servicio oficial, el demandante manifestó dicho hecho, a fin de que se le incluyera en la nómina para el pago de su mesada pensional, como ocurrió desde el 1º de junio de 1979.

"9º Mediante memorial de 22 de enero de 1980, el actor solicitó a la Caja Nacional de Previsión Social la reliquidación de su pensión de jubilación por reincorporación al servicio.

"10. El 14 de noviembre de 1980, según Resolución número 8968 de 1980, la Caja Nacional de Previsión Social negó dicha petición fundamentándola en la prohibición establecida en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y por lo tanto no procedería a revisar la pensión de mi mandante.

"11. El 26 de noviembre de 1980, dentro del término legal, el actor interpuso los recursos de reposición y apelación contra la citada providencia, en el respectivo memorial solicitó la reliquidación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 171 de 1961, vigente, y en *subsidio* solicitó el *reajuste de su pensión de jubilación* al tenor de lo normado en los Decretos 446 de 1971, 435 de 1973, y 1221 de 1975, Ley 4ª de 1976, y su Decreto reglamentario 732 del mismo año, el cual debía ser a partir del 1º de junio de 1979.

"12. Mediante Resolución número 2631 de 3 de abril de 1981, la Caja Nacional resuelve el recurso negando la reposición interpuesta, para lo cual se fundamenta en el artículo 13 del Decreto 929 de 1976, norma especial de la Contraloría General de la República y manifiesta la sanción es la negativa a revisar o reliquidar la pensión.

"13. La Resolución número 2609 de 9 de septiembre de 1982, negó a la apelación solicitada por el demandante, haciendo relación a lo preceptuado en el artículo 1º de la Ley 42 de 1923.

"14. En las Resoluciones citadas hubo un pronunciamiento por parte de la Caja Nacional de Previsión Social en relación con *la reclamación tendiente a obtener el reajuste de la pensión de jubilación del actor* al tenor de las normas legales que lo consagran (sic) (citadas), por lo tanto se ha operado el fenómeno jurídico del silencio administrativo previsto en el parágrafo del artículo 18 del Decreto 2733 de 1959, encontrándose por consiguiente agotada la vía gubernativa que lo faculta para ejercer la presente acción contencioso administrativa.

"15. Mi mandante en la actualidad devenga una pensión de jubilación igual al salario mínimo legal más alto, desconociendo las normas legales que regulan lo concerniente a los reajustes pensionales de oficio y como lo solicitó el demandante sin obtener respuesta de esa entidad de Previsión".

Como disposiciones violadas se indicaron las siguientes: Artículos 2º, 16, 17, 26, 30, 55, 59 y 62 de la Constitución Nacional; Ley 77 de 1959; Ley 153 de 1887; artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 171 de 1961; artículos 1º y 163 del Decreto 2400 de 1968; Decretos 446 de 1971, 435 de 1973, 1221 de 1975, Ley 4ª de 1976 y Decreto reglamentario 732 del mismo año.

El concepto de la violación hace hincapié en demostrar que la Contraloría General de la República no forma parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público y por tanto la prohibición de reintegro al servicio de que trata el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 no le era aplicable al actor como lo pretendió la Caja Nacional de Previsión.

Se argumenta que cuando el demandante, pensionado por la Caja, fue reintegrado al servicio en el año de 1971, no había una norma que lo prohibiera, y por el contrario, regía la Ley 171 de 1961 que con-

templaba revisión de la pensión por volver a desempeñar un cargo público durante determinado tiempo. Que cuando se expidió el Decreto 929 de 1976, en cuyo artículo 13 se prohíbe también al pensionado el reintegro al servicio de la Contraloría, el actor llevaba ya 5 años en la entidad.

En cuanto a las peticiones subsidiarias, se queja de que la Caja no haya justificado la razón por la cual no ha considerado la solicitud de reajuste pensional hecha con base en los Decretos 435 de 1971, 446 de 1973, 1225 de 1975 y Ley 4ª de 1976, cuando esos reajustes deben hacerse de oficio.

Solicitada la reconstrucción del proceso de conformidad con el Decreto 3825 de 1985, fue decretada.

Reconstruido el expediente el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado rindió concepto favorable a las súplicas principales de la demanda.

Dice así en lo pertinente el concepto Fiscal:

"4º Es claro, entonces, para esta Fiscalía, que el régimen de reincorporación al servicio oficial de los pensionados por servicios a entidades públicas aplicable a la Contraloría General de la República fue el establecido en el artículo 4º de la Ley 171 de 29 de diciembre de 1961, desde la vigencia de ésta hasta la expedición del Decreto-ley 929 de 11 de mayo de 1976 que estatuyó de manera especial para aquella, estableciendo la prohibición al pensionado de reincorporarse al servicio y los casos de excepción.

"Ahora bien, como el actor se reincorporó al servicio de la Contraloría el día 23 de abril de 1971 (fl. 171), es decir, bajo la vigencia de la Ley 171 de 1961 que en su artículo 4º consagró la regla general de reincorporación al servicio de los pensionados por servicios a entidades públicas, en cualquier cargo oficial, y el derecho a la revisión de la pensión a partir de la fecha del nuevo retiro sobre la base del sueldo de los tres últimos años de servicios y por permanencia en el cargo, por tres años o más, continuos o discontinuos (la necesidad del servicio no es elemento integrante del derecho) y el retiro de aquél tuvo lugar el día 1º de junio de 1979 (fl. 171), cuando entró en vigencia el Decreto-ley 929 de 1976 ya habían transcurrido más de tres años de servicios continuos desde la reincorporación y, por ende, el derecho a la reliquidación de la pensión se había consumado, sin que la circunstancia de que por haberse producido el retiro dentro de la vigencia de este Decreto le causara deterioro, puesto que tal acontecimiento es determinante, en las condiciones reseñadas, únicamente del salario base de reliquidación.

"5º El análisis que precede pone en evidencia la transgresión o violación, entre otras, de las siguientes normas: Artículo 4º de la Ley 171 de 1961 y por medio de ésta el artículo 17 de la Constitución Nacional, artículo 26 inciso segundo de la Constitución Nacional que consagra la única excepción a la no retroactividad de la ley, artículo 30 que garantiza los derecho adquiridos con justo título, todas ellas

indicadas por el demandante, cuyo concepto de violación —en términos generales— comparte esta Agencia del Ministerio Público. Los Decretos 446 de 1971, 435 de 1973, 1221 de 1975, Ley 4ª de 1976. Decreto reglamentario 732 del mismo año no fueron examinados por cuanto se indicaron sin especificar los textos agraviados. De todas maneras la transgresión o violación aludida conduce a la nulidad de los actos cuya validez se cuestionó y a la prosperidad de los consecuenciales pedimentos que de modo principal se formularon en el libelo de demanda".

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir, mediante las siguientes

Consideraciones:

Las peticiones principales del libelo se refieren a la nulidad de las resoluciones mediante las cuales la Caja Nacional de Previsión negó al actor la reliquidación de su pensión de jubilación por reincorporación al servicio, y al consiguiente restablecimiento del derecho, es decir, la reliquidación de la pensión de que viene disfrutando, en suma equivalente al 75% del promedio de los salarios por él devengados durante los tres últimos años de servicio, prestados a la Contraloría General de la República, reajustada conforme a la Ley 4ª de 1976 y su Decreto reglamentario 732 del mismo año para que se le pague la diferencia entre la mesada pensional recibida y la que legalmente le corresponda, desde el 1º de junio de 1979.

La Caja negó la reliquidación argumentando que de conformidad con los artículos 29 del Decreto 2400 de 1968 y 77 del Decreto 1848 de 1969, el actor, en su condición de pensionado, no podía reincorporarse al servicio, salvo en los cargos expresamente permitidos por la ley, entre los cuales no está el desempeñado por él en la Contraloría.

Como el señor Pineda Zuluaga argumentara con ocasión de los recursos, que la Contraloría General de la República no pertenece a la Rama Ejecutiva del Poder Público y que el estatuto que le es propio, en el cual también se prohíbe el reintegro de los pensionados al servicio, sólo fue expedido en el año de 1976, es decir, con posterioridad a su reintegro, la Caja respondió que se trataba simplemente de aplicación inmediata de la ley.

La Sala está de acuerdo con el concepto del señor Fiscal en cuanto estima que la reincorporación del señor Pineda Zuluaga al servicio de la Contraloría General de la República era legalmente posible.

En efecto, ha sostenido siempre la jurisprudencia, que el Decreto 2400 de 1968 y concretamente su artículo 29 que prohíbe el reintegro de los pensionados al servicio y señala las excepciones a este principio, es aplicable únicamente a la Rama Ejecutiva del Poder Público a nivel nacional.

En verdad la Contraloría General de la República no se encuentra comprendida dentro de la Rama Ejecutiva; es un organismo fiscalizador y por tanto debe ser independiente de ella.

Por esa razón ha tenido siempre estatuto propio que gobierna su personal, y en ese estatuto, sólo hasta el año de 1976, con el Decreto 929, se introdujo también la prohibición a los pensionados, de reintegrarse al servicio.

Como el reintegro del actor, pensionado por la Caja Nacional de Previsión, se produjo en un cargo de la Contraloría General de la República y en el año de 1971, cuando no existía norma que lo prohibiera, su situación pensional debe regirse, en cuanto a reajuste, por la Ley 171 de 1961, como lo advierte acertadamente el señor Fiscal.

Según el artículo 4º de dicha ley, cabe la revisión de una pensión de jubilación, cuando el beneficiario se reintegre al servicio por tres años o más, tomando como base el promedio de lo devengado en los tres últimos años de servicio.

El actor ha demostrado su permanencia en el servicio por más de tres años, es decir, durante el tiempo comprendido entre el 23 de abril de 1971 y el 31 de mayo de 1979.

No estando entonces comprendido dentro de la prohibición de volver al servicio, adquirió el derecho a la revisión de su pensión, puesto que transcurrieron más de tres años antes de que entrara a regir el Decreto 929 de 1976, que la consagró.

De ahí en adelante, por ser la ley de aplicación inmediata, dejó de ser legal su permanencia en el servicio. En consecuencia, el tiempo y salario que legítimamente se puede tener en cuenta para la reliquidación o revisión de la pensión, será el comprendido entre el 11 de mayo de 1973 y el 11 de mayo de 1976, fecha de vigencia del citado estatuto.

Observa la Sala, que por Resolución número 00579 de 1º de marzo de 1983 (fls. 243 a 249), la Caja Nacional de Previsión aplicó reajustes legales a la pensión del demandante; tendría éste que escogr la solución que le sea más favorable, es decir, la pensión reajustada según la mencionada resolución, o la revisión de la pensión de acuerdo al promedio de lo devengado entre 1973 y 1976, más los reajustes legales de ahí en adelante.

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

Falla:

1º Declárase la nulidad de las Resoluciones números 8968 de 12 de noviembre de 1980 y 2631 de 3 de abril de 1981, expedida por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión, y la número 2609 de 9 de septiembre de 1982, mediante la cual el Director General confirmó las dos anteriores.

2º Ordénase a la Caja Nacional de Previsión reliquidar la pensión de jubilación del señor Pedro Luis Pineda Zuluaga, tomando como base para ello el promedio de la asignación devengada por él entre el 11 de mayo de 1973 y el 11 de mayo de 1976, y efectuar los reajustes de ley, de esa fecha en adelante.

3º La Caja Nacional de Previsión pagará la pensión así reliquidada a partir del 1º de junio de 1979, descontando de la suma que resulte, lo ya pagado por concepto de pensión de jubilación; pudiendo el actor optar por ésta o por la pensión reajustada conforme a la Resolución 00579 de 1º de marzo de 1983.

4º La Caja Nacional de Previsión deberá dar cumplimiento a esta sentencia, dentro del término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por Sala en sesión verificada el día dieciocho (18) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

MINAS.— CAPITAL EXTRANJERO. INVERSION.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., once de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 808. Actor: Alvaro Escobar Henríquez.

El ciudadano y abogado Alvaro Escobar Henríquez, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda de esta Corporación se declare la nulidad de la decisión contenida en la Comunicación número 10014/DIP/0948 de 6 de agosto de 1986 expedida por el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Planeación, por medio de la cual se aprobó una solicitud de inversión extranjera directa.

De otra parte solicita el demandante se decrete la suspensión provisional del acto impugnado.

El acto acusado:

El texto del acto demandado es del siguiente tenor literal:

"Me permito comunicarle que el Departamento Nacional de Planeación ha aprobado la solicitud de inversión extranjera directa presentada por el doctor Jorge Lara U., en los siguientes términos:

"1. Inversionista extranjero: Holderbank Financiere Glaris S. A., de Suiza.

"2. Empresa receptora: Cementos Boyacá S. A.

"3. Monto: US$ 681.952.

"4. Forma: Importación de divisas.

"5. Objeto: Aumento del capital social.

"6. La participación de los inversionistas nacionales en el capital pagado de la empresa receptora no podrá disminuir.

"7. La inversión deberá efectuarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha de esta aprobación y su registro ante la Oficina de Cambios deberá solicitarse dentro de los dos meses siguientes a su realización.

"El incumplimiento de cualquiera de los términos señalados en la presente autorización, la privará de sus efectos legales previa resolución motivada de este Departamento.

"..... .....

"Atentamente,

"César Vallejo Mejía

"Jefe del Departamento".

La suspensión provisional:

La solicitud de suspensión provisional se expone a folios 16 y 17 del escrito de demanda y se fundamenta en la violación ostensible de los artículos 107 y 151 del Decreto número 444 de 1967, en armonía con el artículo 2º de la Resolución número 17 de 1972 del CONPES y con el Decreto número 314 de 1975, para lo cual argumenta, así:

a) Según el artículo 107 del Decreto número 444 de 1967 "las inversiones de capital extranjero que se proyecte hacer en el país requerirán la aprobación del Departamento Administrativo Nacional de Planeación" y el artículo 151 del mismo Decreto dispone que las facultades contempladas en el artículo 107 para el Departamento Administrativo de Planeación se ejercerán cuando se trate de proyectos de inversión de capitales extranjeros en la exploración y explotación de minas, lo mismo que en el beneficio y transformación de minerales con la intervención del Ministro de Minas y Petróleos (hoy Minas y Energía), conforme a los reglamentos que dicte el Gobierno.

Planeación Nacional solamente puede aprobar inversiones extranjeras para el sector minero con la intervención del Ministro de Minas y Energía y sin ella carece de competencia para hacerlo;

b) El artículo 2º de la Resolución número 17 de 1972 del CONPES dispone con relación a la citada autorización que la intervención del Ministerio de Minas y Energía es previa y debe contenerse en concepto previo y favorable de éste;

c) La actividad cementera se cataloga como transformación de minerales según el Decreto 314 de 1975 y la empresa Cementos Boyacá que es la receptora de la inversión extranjera autorizada, según certificado de existencia y representación tiene como objeto social tal actividad, luego al aprobarse la inversión extranjera en ella sin contar con la intervención y el concepto previo del Ministro de Minas y Energía se violaron las normas atrás mencionadas.

Consideraciones:

I. La demanda reúne los requisitos exigidos por la ley para su admisibilidad y así habrá de proveerse.

II. Procede analizar la solicitud de suspensión provisional, lo que se hará en los siguientes términos:

1. En aplicación de los artículos 107 y 151, inciso primero del Decreto-ley número 444 de 22 de marzo de 1967, las inversiones de capital extranjero que se proyecte hacer en el país en la exploración y explotación de minas, en el beneficio y transformación de minerales requiere la aprobación del Departamento Administrativo Nacional de Planeación con la intervención del Ministro de Minas y Energía, la cual a tenor del artículo 2º de la Resolución número 17 de 19 de julio de 1972 se ejerce a través de la emisión de un concepto previo y favorable procedente de este Despacho.

2. El artículo 1º, literal d) del Decreto número 314 de 24 de febrero de 1975 define la expresión "transformación minera", así:

> "Es el conjunto de procesos físicos y químicos a que se someten los minerales o los concentrados de minerales, para la obtención de un primer producto susceptible de ser utilizado como insumo industrial o de ser destinado directamente al cosumo".

3. Según certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, con fecha 30 de noviembre de 1987, la sociedad "Cementos Boyacá S. A." tiene como objeto social "la explotación de fábricas de cementos artificiales, la fabricación, distribución y venta de cementos, la adquisición, producción, distribución y venta de toda clase de artículos, en los cuales el cemento como materia prima (sic), la adquisición y explotación de minas de cal, yeso, carbón, arcilla, piedra y demás necesarios para el cumplimiento de dicho objeto y la enajenación de los sobrantes de esa explotación" (fl. 5), es decir, actividades de transformación minera.

4. En Oficio de octubre 15 de 1987, radicado bajo el número 019092 dirigido por Cementos Boyacá S. A. al Ministerio de Minas y Energía, se preguntó a este último si la autorización del Departamento Administrativo Nacional de Planeación contenida en el Oficio número 10014/DIP/0948 de 6 de agosto de 1986 para la inversión extranjera directa de Holderbank en Cementos Boyacá S. A. contó con el concepto previo favorable del Ministerio de Minas y Energía (fl. 4), a lo cual en Oficio número 019942 de 29 de octubre de 1987, dicho Ministerio respondió en forma negativa, expresando textualmente que "...Para el caso concreto de su consulta, le informó que el Ministerio no ha emitido ningún concepto previo en relación con la autorización que usted cita en su consulta" (fl. 2).

5. De la simple lectura de los textos antes citados se colige que la autorización de inversión extranjera directa a que se contrae el acto administrativo contenido en el Oficio número 10014/DIP/0948 acusado requería como requisito previo a su emisión el concepto favorable del señor Ministro de Minas y Energía, el cual al no satisfacerse, tal como se acreditó, implica flagrante violación de las normas citadas como conculcadas, por lo cual procede, en aplicación del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, acceder al decreto de la suspensión provisional impetrada.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

I. Admítese la demanda y en consecuencia ordénase:

a) Notifíquese personalmente al señor Fiscal Primero ante esta Corporación;

b) Notifíquese personalmente al señor Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Planeación, con entrega de copia de la demanda y sus anexos;

c) Notifíquese personalmente al representante legal de la sociedad "Cementos Boyacá S. A.", con entrega de copia de la demanda y sus anexos;

d) Notifíquese personalmente al representante legal de la sociedad "Holderbank Financiere Glaris S. A.", con entrega de copia de la demanda y sus anexos;

e) Fíjese el negocio en lista por el término de diez (10) días para que la demandada y los intervinientes si los hubiere puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas;

f) Pídanse a la Secretaría General del Departamento Administrativo Nacional de Planeación los antecedentes administrativos del Oficio número 10014/DIP/0948 de 6 de agosto de 1986.

II. Decrétase la suspensión provisional de la decisión contenida en el Oficio número 10014/DIP/0948 de 6 de agosto de 1986 proferida por el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Planeación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DEMANDA.— Interpretación.

Los Jueces deben, preferencialmente, tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial e igualmente, que principio de esa interpretación es el que ella debe realizar sobre el conjunto en la demanda.

INSUBSISTENCIA. Artículo 26 del Decreto extraordinario 2400 de 1968.

La disposición en cita se está refiriendo a la facultad de omitir la motivación expresa en el cuerpo escrito del actor, no la motivación implícita.

GARANTIAS CONSTITUCIONALES. Artículo 26. Categorías o clases.

Ninguna de ellas se encuentra burlada pues la Resolución (la atacada) no establece ninguna sanción contra el empleado cuyo cargo se declara insubsistente ni le hace ninguna acusación concreta por un hecho determinado.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., doce de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Proceso número 764 (9384). Autoridades Nacionales. Actor: Luis Alejandro Páez Castellanos contra Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente ("INDERENA").

Se entra a decidir la apelación interpuesta por la parte actora contra la sentencia de veinticinco (25) de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983) dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, dentro de la acción de plena jurisdicción (art. 67, Ley 167 de 1941) o de restablecimiento del derecho (art. 85, Decreto-ley 01 de 1984) ejercida por el señor Luis Alejandro Páez Castellanos, a través de apoderado judicial, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución número 0371 de 12 de marzo de 1980, originaria de la Gerencia General del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente ("INDERENA"), y para que de esta suerte y como consecuencia de ello, se le reintegre al cargo de guardabosques que ocupaba y se le paguen todos los sueldos y

prestaciones dejadas de devengar con los aumentos respectivos propios del empleo del que fuera declarado insubsistente por aquel acto, y que se declare, igualmente, que para todos los efectos prestacionales, que no ha existido solución de continuidad en su desempeño oficial. El fallo del *a quo* denegó las peticiones del actor.

Mas, concomitantemente con ello, habrá de resolverse, en primer término, acerca de la excepción de inepta demanda que plantea la entidad frente a la cual se dirige el libelo (ver fl. 35) al exponer las siguientes consideraciones de orden legal:

> "Sin embargo, haciendo abstracción del hecho claramente establecido, sobre ausencia de pruebas que logren desvirtuar la legalidad del acto acusado, se hace imperativo, al observar la demanda, solicitar la excepción de inepta demanda.
>
> "Es claro el artículo 84 númeral 4 del Código Contencioso Administrativo al consagrar la obligatoriedad de plasmar en el escrito demandatorio la excepción de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación, éste último no como mero formalismo o mecánica de la demanda, siní (sic), como lo ha reiterado la abundante jurisprudencia al respecto, como presupuesto fundamental para resolver de fondo.
>
> "Dice en lo pertinente la jurisprudencia:
>
> " 'Toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa debe expresar, no sólo las disposiciones que se estiman violadas, sino también el concepto de la transgresión en que han incurrido el acto o los actos acusados, porque dentro del sistema contencioso los actos cuya nulidad se impetra, no pueden ser anulados por conceptos distintos a los invocados por el propio demandante. Este requisito no es, pues, intrascendente, sino una forma esencial para que la demanda pueda prosperar, porque sin él el Tribunal no puede pronunciarse sobre el fondo de la *litis*'.
>
> "Planteada así la situación y haciendo referencia al concepto de violación transcrito inicialmente, que no es otra cosa que la expresión de una fórmula general y no el análisis jurídico y detallado de la situación de hecho frente a las normas de derecho que cita el actor como quebrantadas, es necesario exponer a esa honorable Corporación, la alternativa de declarar la excepción de inepta demanda".

Por demás, quepa anotar que el expediente ha sido objeto de reconstrucción con base en el Decreto extraordinario 3825 de 1985, por haber desaparecido durante los trágicos sucesos del 6 y 7 de noviembre de dicho año, tal como se dispuso por auto de catorce de noviembre de mil novecientos ochenta y seis, situándose el proceso en el momento de dictación de sentencia de segunda instancia una vez se contestaran los oficios que se enumeraron en el memorial condigno (fls. 9 y 10; fl. 45); por esta circunstancia no hay conceptualización del Ministerio Público ante esta Sala acerca del proceso en sí. El que aparece a folios 43 y 44 atañe a la reconstrucción.

Antecedentes:

A) Según narra el demandante, Páez Castellanos entró a desempeñar la prestación de sus servicios personales, subordinados y remunerados al INDERENA, el 1º de diciembre de 1977, previos los trámites de nombramiento, aceptación y posesión, hasta cuando, a través del acto ahora acusado (Resolución número 0371 de 12 de marzo de 1980) se declaró insubsistente el nombramiento; en ese momento devengaba un sueldo o asignación mensual de $ 5.500.00. Sostiene además que durante todo el tiempo de su desempeño observó excelente conducta, eficiencia y responsabilidad y afirma que si bien el INDERENA tomó formalmente la determinación de declarar la insubsistencia, en realidad lo destituyó sin permitírsele ejercer el derecho de defensa y el del debido proceso. Por ende, el acto acusado es violatorio, concluye, de los artículos 16, 17, 20, 26, 62 de la Constitución, igual que de los artículos 11, 12, 26 y 61 del Decreto 2400 de 1968 y de los artículos 105 y 152 del Decreto 1950 de 1973, argumentando que la discrecionalidad no puede significar ni traducir arbitrariedad, ya que por el principio de legalidad y por la finalidad de la actuación administrativa, ésta tiene como referencia "el buen servicio y la Constitución y la ley". Y termina diciendo que al señor Páez Castellanos se le sancionó con destitución, sin que se permitiera el ejercicio de los derechos de defensa y del debido proceso. Precisamente, como se ha visto arriba, la parquedad del "concepto de la violación" ha dado pie a la parte demandada para plantear la excepción de inepta demanda, la que será analizada en su lugar, luego de estudiar la argumentación refutatoria del actor (fls. 12 a 16);

B) El "INDERENA" sostuvo, en cuanto atañe a la cuestión de fondo y con el ánimo de redargüir la tesis central de la demanda, que "la declaratoria de insubsistencia no es una sanción administrativa" que sea remate de un proceso disciplinario donde se formulen cargos, se oíga en descargos al inculpado y donde se tome en cuenta el criterio de la "comisión de personal", sino que es "la mera utilización de una facultad que posee el Gobierno en tratándose de funcionarios vinculados a la administración mediante nombramiento ordinario o provisional, como era la situación legal y reglamentaria del actor".

Bajo ese aspecto, pues, se apoya en el poder discrecional que fue el utilizado por INDERENA al declarar insubsistente el nombramiento de Páez Castellanos como guardabosques, sin que motivara la providencia y en pro de la "eficiencia de la prestación del servicio", por lo que no aparece la figura de desviación de poder que quiere ver la parte actora, ya que para esto sería menester "que apareciera claramente probado que la administración no dictó la Resolución acusada con fines de mejorar y hacer más eficaces las actividades del INDERENA".

Y comenta: "A no ser de las apreciaciones subjetivas que narra el apoderado del actor en la demanda, no se encuentra en este juicio ninguna circunstancia de hecho que pueda servirle a este Tribunal de fundamento para deducir que con el acto demandado la administración se aparte del móvil que inspiró la competencia de que hablamos".

Por último, transcribe una sentencia alusiva del tema pronunciada por el Tribunal cundinamarqués en asunto anterior en torno a la presunción de legalidad y de la necesidad de que el actor demuestre lo contrario, o sea que hubo desviación de poder al usar de la facultad discrecional de nombrar y remover servidores públicos que no tengan fuero de estabilidad relativa, y máxime cuando, por el contrario, hay demostración de que la gerencia general de la entidad demandada tomó la determinación de desvincular al señor Páez Castellanos por la insatisfactoria prestación de sus servicios;

C) En cuanto al fallo recurrido, es decir la sentencia de veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta y tres, sea pertinente transcribir los acápites motivadores de la denegación de las peticiones de la demanda. Dicen:

"...la distinguida Fiscal de la Corporación, al estudiar la cuestión sometida a juicio, que en realidad se refiere a temas ampliamente debatidos por la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado, en su concepto precalificatorio de este asunto se expresa en los términos que siguen:

"'...Se halla demostrado en autos que el actor estaba vinculado al Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables «INDERENA», desde el 1º de diciembre de 1977 hasta el 22 de marzo de 1980, fecha en la cual se profirió la Resolución número 0371, por medio de la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del actor en el cargo de «Guardabosques».

"'Igualmente se demostró procesalmente que el señor Páez Castellanos, no se hallaba escalafonado en carrera administrativa, ni estaba amprado (sic) por cualquier otro fuero especial, o sea que era un típico funcionario público de libre nombramiento y remoción, en relación con el cual la entidad nominadora estaba facultada legalmente para declarar la insubsistencia del nombramiento del actor, sin tener que motivar la providencia y presumiéndose legalmente las razones de buen servicio.

"'De acuerdo al razonamiento anterior la única causa por la cual podría anularse el acto acusado, habida cuenta de que en su forma y origen es perfectamente legal, sería si se hubiere infirmado la presunción de legalidad que lo cobija, en lo tocante a las razones del buen servicio, lo que no se logró en este proceso, ya que a folio 26 del expediente obra el informe suministrado por el Gerente General de la entidad demandada, doctor César Ocampo Palacio, en el cual se anota que existe un oficio suscrito el 15 de enero de 1980, por el Jefe de Proyecto Control y Vigilancia y dirigido al señor Eduardo Plata, Jefe de la División Control y Vigilancia, en donde se informe el incumplimiento de las actividades encomendadas al actor que esta fue la causa que se anotó en la hoja de vida, para justificar la declaratoria de insubsistencia del mismo'.

"El anterior razonamiento de la Fiscal colaboradora, por ser acertado, lo acoge como propio esta Sala, para fundamentar la decisión que aquí se adopte, habida cuenta de que, al no haberse demostrado en la actuación que el demandante fuera un emplea-

do de carrera que por ello gozara de un estatus jurídico de relativa permanencia en el ejercicio del cargo, era entonces un funcionario respecto del cual, conforme a las reglas del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, norma esta que desarrolla el principio constitucional conforme al cual el Gobierno tiene libertad, de acuerdo al régimen jurídico a que está sometido esta clase de servidores públicos, a declarar libremente su remoción cuando las necesidades del servicio así lo exijan.

"Lo anterior quiere decir que como la Administración no le hizo en el acto acusado cargos al accionante que hubieran determinado el adelantamiento en la instancia administrativa de un proceso disciplinario previo, es preciso concluir en que en este juicio no se desvirtuó la presunción de legalidad de la resolución acusada, por lo que, de acuerdo con lo probado, la decisión de desvincular al actor del servicio público, estaría justificada por motivos de interés general" (fls. 3 a 5 del cuaderno principal);

D) Como se ha visto en los párrafos introductorios de este proveído y en el apartado "A" de estos antecedentes, para oponerse a la excepción de inepta demanda propuesta por la entidad demandada, la parte actora sienta la premisa de que cuando un libelo ha sido admitido, el auto que tal cosa declara, una vez ejecutoriado, es ley del proceso, por lo que precluye la oportunidad de calificación formal de ésta y, tramitado el proceso, "sólo queda ya la confrontación sustancial de las pretensiones, entre el hecho y el derecho, sobre el fondo de la acción". Distingue luego entre las varias clases de excepciones que se admiten en lo contencioso-administrativo para concluir que todas ellas son de carácter sustancial, atacan la acción, no la demanda, las llamadas de "mérito" o "perentorias", referidas a la pretensiones a lo "sustancial" (art. 109 del C. C. A.). Es, por ende, exótica la excepción planteada por la parte demandada. Pasa luego a citar jurisprudencia en torno al "ritualismo" ante los aspectos sustanciales del derecho (fls. 13 a 16).

Para resolver, se considera:

I

1. La otrora denominada "acción de plena jurisdicción", hoy llamada de "restablecimiento del derecho", es un medio de demanda clasificable como "de impugnación" o "rescisorio", puesto que la *"causa petendi"* está integrada por la enunciación de quebranto de una o varias normas de carácter superior. La pretensión es, por ende, distinta a la que existe en las acciones catalogadas de *"declaración y condena"*, dado que en estas el *"petitum"* estará consagrado por hechos, omisiones o actos humanos o de cosas o de la naturaleza que se subsumen en una norma jurídica atributiva de derechos o creadora de obligaciones, como, por ejemplo, las descritas en los artículos 86 (acción de reparación directa y cumplimiento) y 87 (relativas a contratos) del Código Contencioso Administrativo vigente (Decreto-ley 01 de 1984).

En el caso *sub júdice*, la parte actora señaló como violadas normas de la Constitución de la República, amén de varios artículos del Decreto 2400 de 1968 y del Decreto 1950 de 1973, sin que indicara de manera precisa cuál es, en su criterio, el fundamento de tales transgresiones. Es por eso que la parte demandada estima que, al no llenar cabalmente uno de los requisitos exigidos para el curso normal del libelo suplicatorio (los fundamentos de derecho de las pretensiones, la explicación del concepto de la violación; art. 137-4 del C. C. A., vigente), la demanda es inepta y que, por tanto, el fallo ha de ser inhibitorio.

2. Una demanda es inepta cuando no reúne los requisitos legales para que ella pueda ser sentenciada de fondo, ora porque, por ejemplo, no dice en concreto qué pide, o cuándo omite los hechos en que se funda, o no expresa los fundamentos de derecho, o no precisa la cuantía cuando esto fuere necesario o no se determina de manera clara el objeto de la solicitación o cuando contiene una indebida acumulación de pretensiones.

Ahora bien, como en el procedimiento contencioso-administrativo no hay formulación incidental para las excepciones (art. 163 del C. C. A.), las excepciones pueden alegarse como motivos de nulidad, o como excepciones de fondo o como motivos para recurrir, de suerte que podrán proponerse en la contestación de la demanda, cuando sea pertinente o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos (arts. 164 y 144 *ibídem*).

3. La Sala aprecia en el caso *sub lite*, sin mayores esfuerzos, que a pesar de haber sido tan lacónica la demanda en sus fundamentos jurídicos, lo que quiso fue mostrar de un modo muy genérico, es cierto, lo que las disposiciones que cita regulan en lo que atañe a la relativa estabilidad de los empleados, a la desviación del poder cuando la discrecionalidad no cumple el respeto de ciertos derechos como los de defensa y del debido proceso o cuando se vale la Administración de su facultad de libre remoción para soslayar un disciplinario, etc., etc. En efecto, de la relación de hechos y de las pretensiones contenidas en la demanda se deduce sin lugar a dudas que son ellas (las de la Constitución, las de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973) las tenidas por el actor como transgredidas.

Esta conclusión de la Sala la coadyuva, por así decirlo, la sentencia objeto de la apelación, cuando analiza lo que en verdad se intuye de la demanda, dándole así una interpretación adecuada, puesto que los Jueces deben, preferencialmente, tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, e, igualmente, qué principio de esa interpretación es el que ella debe realizar sobre el conjunto de la demanda. El *a quo*, por consiguiente, hizo bien en ir al fondo de la cuestión debatida aunque a la postre deniégase las súplicas. Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia que "una demanda debe interpretarse siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho. No existe en nuestra legislación procedimental un sistema rígido o sacramental que obligue al demandante a señalar en determinada parte de la demanda o con fórmulas espe-

ciales su intención, sino que basta que ella aparezca claramente del libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda" (XLIV, pág. 627).

4. Derívase de todo lo expuesto que no hay lugar a inepta demanda en este asunto por omisión de "concepto de la violación" de las normas citadas como transgredidas por el acto acusado. Así habrá de resolverse.

II

1. Pasando ahora a la cuestión de fondo del asunto *sub júdice*, es útil recordar que el cargo esencial, por no decir que único, que la actora esgrime contra el INDERENA consiste en que el mencionado establecimiento público de la Administración, al declarar insubsistente de su empleo de guardabosques al señor Páez Castellanos, en verdad quiso destituirlo, mas sin permitírsele ejercer el "derecho constitucional de defensa y el debido proceso". Como quiera que el libelista no explica porqué cree que con esto se vulneren los artículos 16 (servicios públicos de las autoridades), 17 (obligación social del trabajo y de su protección por el Estado), 20 (responsabilidades de los particulares y de los funcionarios) de la Carta Política, la Sala habrá de estudiar la planteada transgresión desde el punto de vista de la disposición que trata de estas garantías, o sea, el artículo 26 de la Superley.

Tres son las garantías que la norma citada reconoce a las personas, a saber: a) Garantía de que nadie puede ser *castigado* si previamente no se ha prohibido el hecho y señalado la pena correspondiente a ese hecho prohibido; b) Garantía de que nadie podrá ser juzgado sino por Juez competente (en el sentido genérico o material del término) y que éste lo sea por la Constitución, la ley o el reglamento para conocer, tramitar y decidir respecto al caso, y c) Garantía de que nadie puede ser juzgado sino con plena observancia de las formas propias de cada juicio (C. de E., sentencia 26 de agosto 1983, ponente doctor Jacobo Pérez Escobar, proceso 4075; C. de E., sentencia 3 de febrero 1984, Ponente doctor Mario Enrique Pérez, proceso 4076).

De la lectura atenta y cuidadosa del acto acusado no puede inferirse que ninguna de esas tres garantías, entre las cuales se hallan la llamada "derecho de defensa" y la del "debido proceso", se encuentren burladas, pues la Resolución 0371 de 1980 no establece ninguna sanción contra el empleado cuyo cargo se declara insubsistente ni le hace ninguna acusación concreta por un hecho determinado. Además, resulta ser que el Gerente General del INDERANA es el funcionario competente para tomar una medida desvinculatoria como lo es la de la insubsistencia de los empleados a su servicio, si de contera es de libre nombramiento y remoción, puesto que el Decreto 2400 de 1968 y su reglamentario 1950 de 1973 de esta guisa lo establece, y que no está alegado ni probado que el señor Páez Castellanos estuviese vinculado a la carrera administrativa que le otorgase estabilidad relativa en el empleo.

2. Tres son los atributos principales que rodean, bajo la enunciación de presunciones *iuris tantum*, todo acto administrativo: La lega-

lidad, la legitimidad o validez; la motivación y la oportunidad. A ellos se une el denominado atributo secundario, la ejecutoriedad. Como en el caso *sub lite* y al tenor de la demanda se ataca el acto por la motivación que a su vez repercute en la legalidad del mismo, debido a que la causa que aparece en la hoja de vida que lleva la oficina de personal del INDERENA aparece un oficio calendado a 15 de enero de 1980 y suscrito por el Subgerente de Educación y Ordenamiento Ambiental, Jefe de la División de Control y Vigilancia, en el que manifiesta "el incumplimiento de las actividades encomendadas" al señor Páez Castellanos, ha de examinarse la trascendencia o repercusión que le da la ley a las anotaciones de dicha y si ellas tienen el significado de acusaciones que ameriten proceso disciplinario.

Enseña el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 que "el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del Servicio Civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida".

Se observa entonces que la disposición en cita se está refiriendo a la facultad de omitir la motivación expresa en el cuerpo escrito del acto, no la motivación implícita, pues sería un verdadero absurdo dotar a la discrecionalidad alcances arbitrarios que la ley no puede autorizar; tan es así que el artículo agrega: "Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de *las causas* que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida". Por lo tanto, si la autoridad nominadora hace uso de su facultad de discrecionalidad y declara insubsistente el nombramiento de un empleado que no pertenece a la carrera, buscando como apoyo una o varias causas para ello, esas causas o motivos no pueden tenerse como acusaciones que den lugar, forzosamente, a la apertura de proceso disciplinario. Si así no fuera, la facultad de discrecionalidad resultaría completamente eclipsada por un procedimiento obligatoriamente reglado, lo que destruiría por completo su esencia.

3. Si, como se ha visto, la motivación para desvincular al actor del servicio no es falsa o, por lo menos, ello no se ha demostrado en este proceso, la presunción de legitimidad, legalidad o validez que se atacó por aquella también permanece incólume, pues se impone concluir que la actividad administrativa del INDERENA, en cuanto concierne a lo que aquí se ha controvertido en la demanda fue emitida conforme al Derecho, o más concretamente, con el espíritu, la inteligencia y la letra de las normas constitucionales que según el libelo fueron transgredidas.

4. Habrá, por ende, que confirmar la sentencia que denegó las peticiones de la parte actora y que ha sido objeto de la alzada.

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

Falla:

Primero: No prospera la excepción de inepta demanda propuesta por la parte demandada.

Segundo: Confírmase la sentencia de veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta y tres dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, en este asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 11 de abril de 1988.

Aydée Anzola Linares, Ausente con excusa; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTIN CODAZZI.— Viáticos.

Supresión y modificación de los valores de estos.

SUSPENDESE PROVISIONALMENTE los efectos del Acuerdo número 12 de 24 de febrero de 1987, proferido por la Junta Directiva del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., trece de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Referencia: Expediente número 2812. Actor: Mario Enrique Páez Rivera.

Admítese la demanda presentada por Mario Enrique Páez Rivera en la cual solicita la nulidad del Acuerdo número 12 de la Junta Directiva del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Notifíquese, personalmente, al Agente del Ministerio Público y al Director del Instituto mencionado y por estado.

Fíjese en lista por el término de 10 días para los efectos del artículo 207,3 del Código Contencioso Administrativo.

Solicítense los antecedentes administrativos.

Para resolver sobre la suspensión provisional del Acuerdo número 12 del 24 de febrero de 1987, proferido por la Junta Directiva del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, se considera:

Tratándose de la acción de nulidad, como es la que ejerce el demandante, el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo establece que pueden suspenderse provisionalmente los efectos de un acto, 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.

Efectuada la sencilla comparación entre el Acuerdo 12 impugnado y el Decreto-ley 0156 de 1987, se advierte la ostensible violación de la norma superior, pues, como lo dice la demanda, en el acuerdo se suprimieron y modificaron los valores de los viáticos fijados en ese Decreto, lo cual no le era permitido al Instituto expedidor del acto acusado.

Sin más, debe prosperar la solicitud de suspensión provisional.

Por lo expuesto se dispone:

Suspéndese, provisionalmente, los efectos del Acuerdo número 12 del 24 de febrero de 1987, proferido por la Junta Directiva del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Cópiese y comuníquese.

Aydée Anzola Linares.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO DE CUMPLIMIENTO O EJECUCION DE LA DECISION SANCIONATORIA DISCIPLINARIA. Demandado éste por vicios o irregularidades en el procedimiento para la aplicación de esa sanción y en la decisión sancionatoria misma, ha debido también acusarse en la demanda, la decisión o fallo disciplinario para hacer valer las pretensiones demandadas.

La deficiencia en el libelo conduce a fallo inhibitorio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veinticinco de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Proyectó: *Doctor Antonio José Arciniegas A.,* Abogado asistente.

Referencia: Expediente número 306 (10860). Autoridades Nacionales. Actor: Octavio López.

Octavio López, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción (o de restablecimiento del derecho) en demanda presentanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 4 de junio de 1981, impetró las siguientes *declaraciones:*

"1º Que previo los trámites propios consagrados por el Título III, Capítulo IV, artículos 124 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, respetuosamente promueve ante esa honorable Corporación, acción de nulidad con alcances de plena jurisdicción, con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución número 0748 de febrero 4 de 1981, que acogió los fallos de primera y segunda instancias, emitidos por la Policía Nacional, por la cual se retira en forma absoluta a mi poderdante del cargo de Cabo Primero de la Policía Nacional, adscrito a la División de Información Policía Judicial y Estadística Criminal (DIPEC).

"2º Que se ordene a la Dirección General de la Policía Nacional el reintegro del señor Octavio López, con efectividad al 4 de febrero de 1981, al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, pero de funciones afines al antes anotado.

"3º Que se condena a la Nación —Policía Nacional—, a pagar a mi poderdante todos los sueldos, primas, bonificaciones, cesantías, vacaciones, prima de antigüedad, etc., que les correspondan, desde el 4 de febrero de 1981, hasta cuando sea efectivamente reintegrado al cargo de Cabo Primero de la Policía Nacional, adscrito alla (sic) Divi-

sión de Información Policía Judicial y Estadística Criminal (DIPEC) de la Policía Nacional, así como a reintegrar al señor Octavio López todas las sumas que demuestre haber pagado por concepto de servicios médicos, hospitalarios, farmacéuticos, odontológicos y de laboratorio.

"4º Que se declare igualmente que todo el tiempo que permanezca fuera del servicio el señor Octavio López por razón de la Resolución número 0748 de febrero 4 de 1981, acusada en este libelo, se tenga como efectivamente servido" (fls. 14 a 15 del cuaderno principal).

En la demanda se narran los siguientes *hechos* fundamentales de la acción, así:

"1º El señor Octavio López, estuvo vinculado a la Policía Nacional desde el 1º de septiembre de 1968, en calidad de agente, habiendo sido ascendido a Cabo Segundo en 1973 y a Cabo Primero en 1977.

"2º Desde la fecha de su posesión trabajó ininterrumpidamente al servicio de la Policía Nacional hasta el 4 de febrero de 1981, fecha en la cual fue separado del servicio en forma absoluta según Resolución Dipón número 0748 de 4 de febrero de 1981, que acogió los fallos de primera y segunda instancias, emitidos por la Dirección General de la Policía Nacional, dentro del Informativo Disciplinario-Administrativo.

"3º Dio origen a la Investigación Disciplinaria-Administrativa en referencia, las diligencias adelantadas por el Grupo de Contrainteligencia de de (sic) DIPEC, las que se traducen en que el día 1º de abril del año de 1980, fue muerto el agente Alirio Gómez Suárez, en circunstancias de una investigación y contactos que él tenía como fundamentos de su labor operativa. Mi poderdante, como Suboficial de la Policía Nacional, regresaba de la Sección de Transportes de realizar diligencias ordenadas por sus superiores inmediatos y cuando se encontró con el agente fallecido, quien le solicitó su colaboración, así lo hizo como era su deber, lo acompañó, pero desafortunadamente las consecuencias fueron lamentables para su compañero de la Institución.

"4º La investigación Disciplinaria-Administrativa, fue iniciada en forma inmediata por el funcionario competente, diligencias investigativas que sirvieron de base al acto administrativo emitido posteriormente por la Dirección General y que retiró en forma absoluta de la Institución Policía Nacional a mi patrocinado, señor Octavio López.

"5º El Informativo Disciplinario-Administrativo que dio origen a los actos administrativos y que culminaron con la expedición de la Resolución acusada, presenta vicios de nulidad en el sentido de que a través de todos los elementos que se tomaron como pruebas no existe la prueba fehaciente de que mi representado haya tenido responsabilidad alguna en los hechos que dieron origen a la providencia demandada.

"6º Mi poderdante, dentro de la oportunidad legal, interpuso los recursos de ley contra las investigaciones de primera y segunda instancias, los que no fueron estimados por la Dirección General de la Policía Nacional.

"7º Los actos administrativos que originaron el retiro absoluto de la Institución de mi patrocinado, se fundamentaron en el haber incurrido en 'faltas constitutivas de mala conducta', faltas que no fueron demostradas ni probadas.

"8º El señor Octavio López cumplió estrictamente sus deberes como Suboficial de la Policía Nacional y actuó siempre de buena fe durante todo el tiempo en que estuvo prestando sus efectivos servicios a la mencionada Institución y por tanto no incurrió en ninguna de las faltas que se le atribuyen en las investigaciones contenidas en la primera y segunda instancia. El procedimiento previo a la imposición de la máxima sanción disciplinaria adoleció de algunas irregularidades como se verá más adelante, y de los resultados objetivos de la investigación disciplinaria-administrativa, se desprende que la conducta de Octavio López en momento alguno no se apartó de la que debía observar y que los descargos presentados por el Exsuboficial demuestran y explican suficientemente su correcta actuación.

"9º El procedimiento gubernativo está agotado, por tanto se puede instaurar la presente acción" (fls. 13 y 14).

En la demanda se citan como disposiciones violadas por el acto administrativo acusado, los artículos 69, 125, a) y r) del Decreto 1835 de 1979, según el concepto de la violación que se redactó así:

"10. Decreto 1835 de 1979 (Reglamento de Disciplina y Honor para la Policía Nacional), por el cual se rige la conducta de los miembros de la Policía Nacional.

"El artículo 69 del mencionado Decreto expresa:

" 'Para la aplicación de los estímulos y sanciones deberá tenerse en cuenta:

" 'a) Los antecedentes del sujeto y su personalidad;

" 'b) Los móviles ostensibles determinantes de la acción;

" 'c) Las condiciones de tiempo, modo y lugar que rodearon el comportamiento del sujeto' (Subrayo).

"Las circunstancias expresadas en el artículo antes anotado, no se tuvieron en cuenta para la aplicación de la máxima sanción disciplinaria impuesta a mi poderdante.

"2º Artículos 125, literales a) y r) del Decreto 1835 de 1979:

"Artículo 125, literal a) que dice: 'a) Ejecutar actos contra la moral y las buenas costumbres'. La denominación genérica de las faltas no puede interpretarse erróneamente, porque los fallos son actos administrativos susceptibles de recursos que entran a dilucidar en pleno y estricto derecho. Puede acaso calificarse la conducta de mi poderdante como 'actos contra la moral y las buenas costumbres', si su conducta como puede evidenciarse de los informativos no atentó en momento alguno contra la moralidad y las buenas costumbres.

"Si se define la moral como los actos humanos desprovistos de mendacidad, perversidad, de amoralidad, deshonestidad, donde caben

estos epítetos dentro de la conducta observada por mi patrocinado el día de los hechos? Acaso se demostró y comprobó que se encontraba extorsionando y vulnerando los principios orientadores de la función y el servicio policial? Ahora bien, si definimos las buenas costumbres como el conjunto de normas sociales que constituyen la idiosincracia de un pueblo, comunidad o sociedad, dónde está el comportamiento ruín que desequilibró las bases de la estructura social o comunitaria? Dónde se encuentra la actitud pecaminosa que manchó las reglas prescritas de sociabilidad? O es que mi poderdante al colaborarle a un compañero agente en una captura, está contemplada esta conducta como falta contra la moral y las buenas costumbres?

"Artículo 125, literal r) que dice: 'r) Utilizar personal de la Policía Nacional para fines particulares'. Podrá concebirse en estricto rigor jurídico que mi poderdante al regresar de cumplir una orden superior, un compañero solicite el concurso de otro para ejecutar una acción policial, como es una captura, se estará empleando personal de la Policía para asuntos personales?

"3º De otro lado se violó la Ley al no motivarse la Resolución que separó en forma absoluta a mi mandante de la Policía Nacional, toda vez que en su texto no se hace el análisis completo ni aún somero de los hechos constitutivos de la falta cometida, ni aún se limita a hacer mención a los informes, cargos o descargos, mucho menos a estimar las circunstancias constitutivas de la presunta falta cometida por el señor Octavio López, que le brindaran al Director General de la Policía Nacional las bases necesarias para tomar tal decisión. A este respecto se ha pronunciado la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en sentencia proferida por el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha octubre 2 de 1978, demandante Manuel Ignacio Neissa Rosas, expediente número 6152, Magistrado ponente doctor Jaime Mossos Guarnizo, al expresar en su parte pertinente: '...lo que acontece es que el acto administrativo que impone la sanción debe ser motivado, debe tipificar la falta cometida por el empleado, debe indicar los hechos constitutivos de dicha falta; debe contener el análisis de tales hechos de acuerdo con las probanzas allegadas a la investigación administrativa, debe contener las circunstancias constitutivas de la falta, para así, llegar a la conclusión que tales hechos deben sancionarse, porque como lo dice el representante del Ministerio Público en su vista, la aplicación de una sanción no es solo el producto de una investigación adelantada con el cumplimiento de todos los requisitos legales, sino que, debe contener un análisis crítico que permita que el hecho investigado merece sanción y que los descargos rendidos deben desecharse. Pero no basta decir en el acto contentivo de la sanción que se cumplieron las formalidades de trámite pertinentes, porque ello no es motivar la providencia. Hay que indicar la falta cometida y los hechos constitutivos de la misma...', y en el caso que nos ocupa, no se observó lo anotado en la sentencia antes citada, basta darle un vistazo a la Resolución número 0748 de febrero 4 de 1981, para corroborarlo" (fls. 15 a 17 del cuaderno principal).

La primera instancia fue tramitada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, hasta concluir en el fallo del 30 de septiem-

bre de 1983, desfavorable a las súplicas de la demanda, por considerarse que no se demostraron los cargos elevados contra el acto administrativo acusado, cuya presunción de legalidad no fue desvirtuada por el actor.

La parte actora interpuso el recurso de apelación contra dicha sentencia, originándose la segunda instancia, que se tramitaba en esta Corporación cuando el expediente resultó destruido durante los trágicos hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985.

La reconstrucción del proceso, solicitada por el actor, fue decretada por auto de 23 de septiembre de 1986, en el cual se dispuso que deberá proferirse sentencia de segunda instancia, como en efecto se procede.

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal que invalide lo actuado, se pasa a decidir.

Consideraciones:

En la demanda que inició este proceso se impetró la declaración de nulidad, con restablecimiento del derecho, de la Resolución número 0748 de 4 de febrero de 1981 expedida por el Director General de la Policía Nacional, que dispuso la separación del actor en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional, a partir del 29 de enero de 1981, continuando dado de alta en la respectiva pagaduría por tres meses a partir de esa fecha; acogiendo "los fallos de primera y segunda instancias por la Policía Nacional".

Como se vio, las pretensiones elevadas por el demandante se apoyan en que, al expedirse la resolución cuya nulidad se impetra, se violaron los artículos 69 y 125, literales a) y r) del Decreto 1835 de 1979.

Las razones fundamentales de la impugnación se concretan en las siguientes transcripciones:

"El Informativo Disciplinario-Administrativo que dio origen a los actos administrativos y que culminaron con la expedición de la Resolución acusada, presenta vicios de nulidad en el sentido de que a través de todos los elementos que se tomaron como pruebas no existe la prueba fehaciente de que mi representado haya tenido responsabilidad alguna en los hechos que dieron origen a la providencia demandada.

"Mi poderdante, dentro de la oportunidad legal, interpuso los recursos de ley contra las investigaciones de primera y segunda instancia, los que no fueron estimados por la Dirección General de la Policía Nacional.

"Los actos administrativos que originaron el retiro absoluto de la Institución de mi patrocinado, se fundamentaron en el haber incurrido en 'faltas constitutivas de mala conducta', faltas que no fueron demostradas ni probadas.

"...El procedimiento previo a la imposición de la máxima sanción disciplinaria adoleció de algunas irregularidades como se verá más adelante, y de los resultados objetivos de la investigación disciplinaria-

administrativa, se desprende que la conducta de Octavio López en momento alguno se apartó de la que debía observar y que los descargos presentados por el Exsuboficial demuestran y explican suficientemente su correcta actuación" (fl. 14 del cuaderno principal).

"... ... ...

"Decreto 1835 de 1979 (Reglamento de Disciplina y Honor para la Policía Nacional), por el cual se rige la conducta de los miembros de la Policía Nacional.

"El artículo 69 del mencionado Decreto expresa:

"Para la aplicación de los estímulos y *sanciones* deberá tenerse en cuenta:

"a) Los antecedentes del sujeto y su personalidad;

"b) Los móviles ostensibles determinantes de la acción;

"c) Las condiciones de tiempo, modo y lugar que rodearon los comportamientos del sujeto" (subrayo).

"Las circunstancias expresadas en el artículo antes anotado, no se tuvieron en cuenta para la aplicación de la máxima sanción disciplinaria impuesta a mi poderdante.

"Artículo 125, literales a) y r) del Decreto 1835 de 1979:

"Artículo 125, literal a) que dice: 'a) Ejecutar actos contra la moral y las buenas costumbres'. La denominación genérica de las faltas no puede interpretarse erróneamente, porque los fallos son actos administrativos susceptibles de recursos que entran a dilucidar en pleno y estricto derecho. Puede acaso calificarse la conducta de mi poderdante como 'actos contra la moral y las buenas costumbres', si su conducta como puede evidenciarse de los informativos no atentó en momento alguno contra la moralidad y las buenas costumbres.

"...Acaso se demostró y comprobó que se encontraba extorsionando o vulnerando los principios orientadores de la función y el servicio policial?..., dónde está el comportamiento ruín que desequilibró las bases de la estructura social o comunitaria? Dónde se encuentra la actitud pecaminosa que manchó las reglas prescritas de sociabilidad?...

"De otro lado se violó la ley al no motivarse la Resolución que separó en forma absoluta a mi poderdante de la Policía Nacional, toda vez que en su texto no se hace el análisis completo ni aún somero de los hechos constitutivos de la falta cometida, ni aún se limita a hacer mención a los informes, cargos o descargos, mucho menos a estimar las circunstancias constitutivas de la presunta falta cometida por el señor Octavio López, que le brindaron al Director General de la Policía Nacional las bases necesarias para tomar tal decisión" (fls. 15 y 15 vto. del cuaderno principal).

Posteriormente, en el alegato de conclusión antes esta Corporación, la parte actora amplió los cargos contra el acto acusado, modificando extemporáneamente la demanda, con argumentos como el siguiente:

"Tanto el actor, en el agotamiento de la vía gubernativa como en el suscrito en el alegato de conclusión presentado en la primera instancia, hicimos énfasis en la nulidad originada en la falta de competencia de la autoridad disciplinaria de la Policía Nacional que ordenó el inicio de la mencionada investigación, nulidad contemplada en el artículo 222, literal a) del Decreto 1835 de 1979 y que abarcaba el acto administrativo demandado, por cuanto al estar viciada la actuación previa a su expedición, la irregularidad se hacía extensiva a la Resolución 0748 de 1981, como lógica consecuencia" (fl. 22 del cuaderno principal).

De conformidad con los apartes transcritos, que resumen el concepto de la violación de las normas superiores imputadas en la demanda a la Resolución número 0748 de 1981, tal y como fue expuesto en ese libelo para fundamentar en derecho las pretensiones del actor, los vicios, e irregularidades atribuidas a la Resolución acusada provienen del procedimiento disciplinario-administrativo fallado en primera y segunda instancia mediante las decisiones de la Policía Nacional que ordenaron la separación absoluta del actor de esa Institución.

En los folios 38 a 40 del segundo cuaderno, obra copia de la decisión expedida por el Director General de la Policía Nacional en 8 de enero de 1981, resolviendo definitivamente la investigación administrativa disciplinaria, instruida mediante el procedimiento especial estatuido en el Decreto 1835 de 1979, contra el demandante, del siguiente tenor:

"*Resuelve:*

"*Artículo 1º* Negar como en efecto niega al CP. Octavio López la apelación interpuesta por cuanto las probanzas existentes no son controvertibles habida su fehaciente fuerza probatoria.

"*Artículo 2º* Confirmar el fallo de primera instancia de fecha noviembre 25 de 1980 proferido por la DIPEC y, en consecuencia, responsabilizar disciplinariamente de los hechos investigados al CP. Octavio López...

"*Artículo 3º* Separar en forma absoluta de la Institución al CP. Octavio López, ...por haberse comprobado que incurrió en faltas constitutivas de mala conducta, sancionadas en el artículo 125, literales a), r) y artículo 126 del R. D. H. vigente para la Policía Nacional.

"... ... ...

"En los folios 15 y 16 del segundo cuaderno reposa copia del acto acusado, Resolución número 0748, expedida el 4 de febrero de 1981 por el Director General de la Policía Nacional, cuyo contenido es como sigue:

"*Considerando:*

"Que el señor TC. Jefe de la DIPEC, convocó a audiencia disciplinaria el día 18 de agosto de 1980, para juzgar la conducta del CP. López Octavio, obteniéndose veredicto condenatorio de la separación absoluta del servicio activo de la Policía Nacional por faltas contempladas en el reglamento de disciplina y honor, en su acápite de faltas constitutivas de mala conducta, artículo 125, literales a), r)

y artículo 126, fallo que fue confirmado en todas sus partes por la Dirección General de la Policía Nacional, en providencia de fecha 8 de enero de 1981.

"... ... ...

"Que los artículos 102 del Decreto 613 de 15 de marzo de 1977 y 108 del Decreto 08 de enero de 1980, establecen que los suboficiales de la Policía Nacional, pueden ser separados del servicio activo en forma absoluta, cuando así lo determine un Tribunal o audiencia disciplinaria.

"*Resuelve:*

"*Artículo 1º* De conformidad con lo establecido en los artículos 102 del Decreto 613 de 15 de marzo de 1977 y 108 del Decreto 08 de 8 de enero de 1980, sepáranse en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional, a los siguientes suboficiales con las fechas que en cada caso se indica:

"CP. López Octavio, ...a partir del 29 de enero de 1981...

"... ... ..."

Como en ella se expresa, la Resolución fue expedida en cumplimiento de los artículos 102 del Decreto extraordinario 613 de 1971 y 108 del Decreto reglamentario 08 de 1980, los cuales ordenan que las autoridades administrativas competentes dispongan la separación absoluta de la Policía Nacional del oficial o suboficial de esa Institución, "dentro de los treinta (30) días inmediatamente siguientes a la fecha en que quede definitivamente ejecutoriada la correspondiente sentencia de la justicia militar u ordinaria, o el fallo disciplinario o de honor que la decreta".

El fallo disciplinario definitivo que decretó la separación absoluta del ahora demandante del servicio activo de la Policía Nacional, fue la providencia antes citada, expedida por el Director General de la Policía Nacional el 8 de enero de 1981, agotando el procedimiento especial señalado en los artículos 198 a 219 del Decreto extraordinario 1825 de 1979.

El artículo 218 de este último Decreto ordena que, "dictado el fallo de segunda instancia, se notificará y se hará cumplir por la autoridad competente".

Por ende, de conformidad con los artículos referidos, 102 del Decreto 613 de 1977, 108 del Decreto 08 de 1980 y 218 del Decreto 1825 de 1979, la Resolución número 0748 de 1981 (la acusada) fue expedida por el Director General de la Policía Nacional, para dar cumplimiento a la decisión (o fallo disciplinario) proferida en segunda instancia por el mismo funcionario el 8 de enero de 1981 y así se motivó aquélla.

Siendo la Resolución acusada en la demanda un acto administrativo de cumplimiento o ejecución de la decisión sancionatoria disciplinaria de separar en forma absoluta de la Policía Nacional al ahora demandante, proferida por el Director General de la misma el 8 de enero de 1981, previo el procedimiento del Decreto 1835 de

1979, habiéndose impugnado aquella Resolución por vicios o irregularidades en el procedimiento para la aplicación de esa sanción y en la decisión sancionatoria misma, ha debido acusarse también en la demanda la decisión o fallo disciplinario para hacer viables las pretensiones demandadas pero no hubo impugnación contra ese acto.

Resulta así que las pretensiones del actor no son viables debido a que la decisión disciplinaria de 8 de enero de 1981, cumplida mediante la Resolución acusada, no fue impugnada en la demanda, no pudiendo ser revisada por esta jurisdicción, que es eminentemente rogada. Además, como aquella decisión goza de la presunción de legalidad y de haberse expedido con el cumplimiento del procedimiento disciplinario, no son procedentes las acusaciones de la demanda contra la Resolución número 748 de 1981 por vicios en el procedimiento disciplinario y en la aplicación de la sanción de separar en forma absoluta al actor de la Policía Nacional.

La deficiencia del libelo consistente en no haberse impugnado la decisión disciplinaria de 8 de enero de 1981 pues sólo se demandó la Resolución número 0748 de 1981, expedida para dar cumplimiento al mismo, impide a esta jurisdicción estudiar y decidir sobre su mérito.

En consecuencia, habrá de revocarse el fallo apelado, para en su lugar, declarar la inhibitoria para fallar de fondo las súplicas del actor.

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:

1. *Revócase* la sentencia apelada.

2. *Declárase* la inhibitoria para fallar sobre las pretensiones del actor, por ineptitud de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 22 de abril de 1988.

Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

INTERVENCIONISMO DEL ESTADO.—

SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Atribuciones sobre las entidades sujetas a su vigilancia: LA EXPEDICION DE REGLAS GENERALES DE CONTABILIDAD. Esa fijación o determinación ha de estar inspirada en las pautas que sobre esas mismas materias determine la legislación para los comerciantes o los contribuyentes en general.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 0533. Actor: Almacenes Generales de Depósito Grancolombia S. A. "ALMAGRAN". Autoridades Nacionales.

La sociedad Almacenes Generales de Depósito Grancolombia S. A. —ALMAGRAN—, por medio de apoderado debidamente constituido, presentó demanda encaminada a obtener la anulación de los oficios y la Resolución número 0409 de 7 de febrero de 1985, emanadas de la Superintendencia Bancaria y el restablecimiento del derecho a continuar contabilizando el costo financiero de un préstamo para construcción de sus bodegas en Cartagena y Pereira, como un mayor costo de las construcciones así financiadas, práctica que le fue prohibida mediante los actos acusados.

Por destrucción en la tragedia del Palacio de Justicia de noviembre de 1985, la demanda fue presentada de nuevo y surtido el trámite de rigor, con intervenciones de la entidad pública demandada y del Fiscal 3º ante esta Corporación se procede a dictar sentencia, al no observar causal que invalide lo actuado.

Antecedentes:

1º La Superintendencia Bancaria, en Oficio DAB-1650 número 33236 fechado el 17 de agosto de 1984, expresó al Gerente General de Almacenes Generales de Depósito Grancolombia S. A., ALMAGRAN, que no compartía el procedimiento utilizado para capitalizar el precio final de los préstamos obtenidos para la adquisición de las bodegas de Cartagena y Pereira, "pues no se considera correcto que las sumas causadas como gastos financieros (corrección monetaria e intereses) sirvan para establecer un mayor valor de los movimientos mensuales; del mismo modo, no se acepta que la situación financiera de la

entidad sirva para justificar esta práctica..." y que ALMAGRAN debía suspender esa capitalización de los préstamos y "contabilizar tales gastos con cargo a pérdidas y ganancias..."

2º Mediante Oficio DAB-2216 número 46320 de noviembre 13 de 1984, la Superintendencia insistió, tras estudiar los argumentos esgrimidos por la actora y finalmente por Resolución 409 de 1985 (febrero 7), ratificó las instrucciones impartidas y ordenó a partir de octubre de 1984, contabilizar como un gasto en el ejercicio el costo financiero (corrección monetaria e intereses) causados en el préstamo hecho por CONAVI para la construcción de sus edificios (bodegas), en las ciudades de Cartagena y Palmira.

3º Como normas violadas y el concepto respectivo, en resumen, sostuvo el actor en su demanda original:

a) El numeral 15 del artículo 120 de la Constitución, pues la finalidad de la inspección sobre los establecimientos de crédito, es la de que estos se ajusten a la normatividad del Estado y acaten sus propios estatutos, pero tal inspección debe ejercerse "conforme a las leyes", lo que obviamente descarta el arbitrio o capricho, como sucedió en este caso en el que la Superintendencia, hallándose sin norma legal que diera asidero a sus apreciaciones sobre la contabilización de los costos financieros, se basó en una definición de costo original, de un diccionario extranjero para contadores (Eric L. Kohler), sustituyendo la posibilidad legal consagrada en el artículo 4º del Decreto 331 de 1976;

b) La violación de esta última norma, según el cual "de acuerdo con las normas generales del Decreto 2053 de 1974, la suma deducible como se establece en el artículo 2º del presente Decreto, *podrá llevarse a mayor costo del bien*" y esta última opción fue la que utilizó la empresa demandante;

c) El literal f) del artículo 14 del Decreto 356 de 1957, en relación con los artículos 33 del Decreto 2821 de 1974 y 74 del Código de Comercio, pues si según el primero la Superintendencia tiene la atribución de "fijar los sistemas generales de contabilidad y de estadísticas que deben usar los almacenes generales de depósito", tales instrucciones deben ser acordes con la normatividad general en materia contable y ésta es la consagrada en el Código de Comercio, el cual se remite a "las reglamentaciones que expide el Gobierno" (arts. 50 y 56). Las instrucciones impartidas por la Superintendencia —según el actor—, prohíja llevar duplicidad contable, lo cual es ilegal;

d) Los artículos 1º y 3º del Decreto 74 de 1976, que atribuye al Director General de Impuestos Nacionales la atribución de impartir instrucciones de carácter general sobre aspectos técnicos y de interpretación de normas tributarias para todos los contribuyentes y su representada es uno de ellos.

Con posterioridad, y una vez conocida la oposición de la entidad oficial, el mismo apoderado amplió e insistió en estos argumentos en su alegato de fondo. Reiteró que la contabilización defendida se basó en lo dispuesto por el artículo 4º del Decreto 331 de 1976 y que desconocerla el Superintendente rebasó su competencia, entendida

ésta como la atribución legal dada a un órgano o autoridad y a falta de norma especial en la Resolución orgánica de los Almacenes Generales de Depósito, serán aplicables las disposiciones del Decreto 331 de 1976; y, en cuanto al concepto de "costo histórico" que en el fondo se debate en el caso planteado, amplió sus consideraciones para explicar la influencia de la inflación como fenómeno económico que afecta principalmente a los países en desarrollo y que se manifiesta no sólo explotación, en varios sentidos, tales como:

i Distorsiona los estados financieros al no reflejar su verdadera situación económica,

ii Influye en la distribución de utilidades más nominales que reales, con la consecuente descapitalización y,

iii Genera un mayor pago de impuestos sobre utilidades nominales infladas.

Todo lo anterior para respaldar la consideración de que el concepto de costo original o histórico, va siendo desplazado por el costo financiero, lo cual no sólo es teórico sino con vinculaciones y proyección en la legislación positiva colombiana. Luego de reiterar sus consideraciones sobre varias normas del Código de Comercio, en especial el artículo 450, según el cual "los inventarios se evaluarán de acuerdo con los métodos permitidos por la legislación fiscal", examina normas recientes como la Ley 75 de 1986 y el Decreto 2160 de 1986, uno de cuyos aplazamientos para comenzar su vigencia (considerando 5º del Decreto 3729 de 1986), se hizo en razón a la oposición de las nuevas normas fiscales que permitirán reflejar la inflación en los estados financieros y el citado Decreto que se inspira en el principio del costo histórico.

La señora apoderada de la Superintendencia fundamentalmente se basó en que ese Despacho consideró que la situación financiera de la empresa no le permitía mantener más inversiones tan altas (342.61% del capital pagado y el 267.66% del valor original de los créditos), situación que dada sus características se calificaría claramente dentro de las previsiones del artículo 47 de la Ley 45 de 1923. Que las operaciones de adquisición de bodegas por parte de los Almacenes Generales de Depósito, caben de manera excepcional dentro de lo que la ley ha señalado como objeto social de estos establecimientos (Decreto 356 de 1957, arts. 1º y 14 y Resolución 3165 de 1975, art. 85). Que la ley ha revestido al Superintendente Bancario de amplísimas facultades que le permiten determinar y reglamentar el sistema de contabilizar las distintas cuentas que integran los estados financieros "según su criterio" y que no pueden hacer este tipo de inversiones sin reparar en su costo, pues existe una reglamentación específica sobre el particular.

El nuevo apoderado de la Superintendencia se refirió a cada uno de los puntos en que fundó su demanda original el actor para refutarlo, con argumentos que serán tenidos en cuenta y finalmente el señor Fiscal Tercero doctor Alvaro Lecompte Luna, tras juicioso es-

tudio sobre todos los aspectos planteados, pide se acceda a las súplicas de la demanda, basado en las siguientes consideraciones, que se presentan en forma muy resumida:

1º El intervencionismo del Estado, que se concreta en la facultad de vigilancia a las personas privadas en el ejercicio de ciertas actividades, se justifica por ser una protección del interés social y no del propio Estado y su ejercicio no es absoluto sino que está sometido a limitaciones no sólo a las que se derivan de las leyes —en el sentido amplio del término— sino la lógica de la actividad privada y los principios generales de derecho. Rechaza los criterios de amplitud absoluta expuestos por los defensores de la Superintendencia.

2º Considera que en materia de contabilidad, cierto es que el Decreto 356 de 1957, dio a la Superintendencia la facultad de determinar los sistemas generales, pero esa fijación debe estar inspirada en las pautas que sobre esas mismas materias determine la legislación para los comerciantes o los contribuyentes en general, debiendo armonizar lo que se dicten para uno u otro ya que los Almacenes Generales de Depósito son comerciantes y a la vez contribuyentes. De ahí considera aplicable el Decreto 331 de 1976 (por lo que ha abogado el actor) que no puede estar limitado a sus efectos en el impuesto sobre la renta, pues el fenómeno de la corrección monetaria es más complejo y debe acatarse la norma que permite agregar el valor del bien, lo pagado por ese medio especial de financiación.

3º Para regular el fenómeno de la devaluación monetaria y su reflejo en los estados contables, debe contarse con la norma del Decreto 331 de 1976, como parte de la que puede denominarse "derecho contable colombiano".

4º La actividad de la Superintendencia ni es absolutamente reglada, ni totalmente discrecional y su actividad de control debe ejercerse con miras a satisfacer el bien comunitario propuesto dentro de las pautas generales o especiales señaladas por la ley.

Consideraciones de la Sala:

1º *Sobre el numeral 15 del artículo 120 de la Constitución.*

Con relación a la facultad que esta norma constitucional atribuye al Presidente de la República para "ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes", la jurisprudencia ha visto un poder más amplio del Superintendente Bancario, en virtud de haber sido instituido por el legislador como depositario directo de la facultad presidencial al encargarlo de la "ejecución de las leyes que se relacionan con los bancos", según la expresión del artículo 1º de la Ley 57 de 1931 (que sustituyó al 19 de la Ley 45 de 1923), extendida luego a todos los establecimientos de crédito sujetos a su vigilancia.

Es un poder más amplio que el atribuido al Superintendente de Sociedades en materia de inspección y vigilancia de las sociedades mercantiles que ejerce éste dentro de los términos señalados en el Título II, artículos 266 y siguientes del Código de Comercio.

La correspondiente y abundante reglamentación legal sobre esta materia, ha permitido a esta misma Sala afirmar que "la Superintendencia ejerce así funciones atribuidas directamente por la ley, bajo la dirección del Presidente de la República... La Superintendencia tiene atribuciones amplias que le permiten inspeccionar las entidades sujetas a su vigilancia a efectos de garantizar la estabilidad, la seriedad y el buen resultado de la gestión financiera que la ley les autoriza realizar" (expediente número 564, fallo de marzo 22 de 1987).

La Ley 45 de 1923, está impregnada de la idea de preservar la confianza pública en el sistema bancario como el supremo bien que le da sustento y que nace del éxito de la gestión económica ejercida dentro de los cauces permitidos por la ley, los estatutos de cada establecimiento y las normas prescritas por el Superintendente. Dentro de este criterio resulta congruente el artículo 47 que simultáneamente faculta al Superintendente para investigar y hasta ordenar la suspensión de las prácticas inseguras o no autorizadas y para "dictar las reglas generales que deben seguir los bancos en su contabilidad, teniendo ellos la correspondiente libertad en sus métodos accesorios siempre que estén dentro de dichas reglas generales y permitan apreciar fácilmente su verdadera situación".

Esta norma junto con el artículo 87 y el recientemente expedido artículo 3º —literal h— del Decreto extraordinario 1939 de 1986, son los que permiten a la Superintendencia Bancaria expedir las reglas generales de contabilidad, cuyo orden de prelación sintetizó recientemente la Sala de Consulta de esta Corporación al someter el Ministro de Hacienda este aspecto a raíz de la expedición del Decreto 2160 de 1986, regulador de la contabilidad. En concepto de 10 de noviembre de 1987, se expresó el siguiente criterio:

"La Sala sintetiza su respuesta en los siguientes términos:

"1. Las reglas generales de contabilidad que prescriba la Superintendencia Bancaria tienen carácter especial y deben ser observadas por las entidades sometidas a su inspección y vigilancia.

"2. Si entre estas entidades, sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, existen comerciantes, estos deben observar en primer término las reglas generales de contabilidad que les prescriba la Superintendencia Bancaria. Pero también están obligados a cumplir las demás disposiciones prescritas, sobre la misma materia, por el Decreto 2160 de 1986, siempre que no sean opuestas, en todo o en parte, a las primeras; si existiere contraposición las entidades vigiladas deben atenerse a las reglas generales que sobre contabilidad les prescriba la Superintendencia Bancaria.

"3. Los métodos accesorios de contabilidad, que autónoma o libremente pueden escoger las entidades vigiladas, son los que tienen carácter complementario de las leyes y reglamentos obligatorios sobre contabilidad".

Este criterio es el que fue expuesto de manera concreta para el caso que se debate, por el señor Fiscal Tercero, cuando expresó en Vista número 33-87:

"Es evidente que el Decreto 356 de 1957 como se ha visto, dio a la Superintendencia la facultad de fijar o determinar los sistemas generales de contabilidad y de estadísticas que deben usar los almacenes generales de depósito, pero naturalmente, esa fijación o determinación ha de estar inspirada en las pautas que sobre esas mismas materias determine la legislación para los comerciantes o los contribuyentes en general. Sería caótico ciertamente que al margen de esas pautas la Superintendencia señalase otras distintas. Es decir, la fijación de las reglas han de compaginarse con las unas y con las otras, ya que los almacenes generales de depósito cumplen, sin duda alguna, una actividad de naturaleza mercantil y tributan como cualquier persona natural o jurídica que tenga ánimo de lucro".

De la argumentación de la Superintendencia, esbozada en la etapa gubernativa puede, con cierta dificultad, extraerse que contempló dos enfoques: Uno tendiente a encasillar el problema en el aspecto de operación calificada por lo menos de inconveniente, cuando afirmó que la situación financiera de la empresa no justificaba esa práctica, que implicaba desarrollar una actividad de altos costos y bajos rendimientos y al resaltar que comparativamente con el capital y el volumen de créditos, la inversión era muy alta e indicaba una desviación de recursos que, además, afectaba negativamente sus resultados operacionales. Otro enfoque fue el estrictamente técnico contable al insistir en que tales erogaciones solamente son susceptibles de capitalizar durante cierto tiempo, es decir, hasta el momento en que los activos así adquiridos son utilizados para el desarrollo de su objeto social (Oficios números 1650 y 2216 de agosto y noviembre de 1984).

En este último aspecto la Resolución 409 de 1985, amplió su concepto para no acoger lo dispuesto por el Decreto 331 de 1976, como el reservado al aspecto tributario y "que no quiso modificar los principios contables de general aceptación, sino ofrecer un alivio tributario a los contribuyentes".

Sin caer en el extremo equivocado de confundir una operación comercial, como lo es la adquisición o construcción de un inmueble, con el registro en los libros de contabilidad, sí puede afirmarse que mirada en su conjunto, el reflejo de tal operación en los estados financieros, que una vez aprobados por la Superintendencia, se convierten en documentos sujetos al análisis público, son para éste el principal índice de la situación económica de la respectiva institución y por ende constituyen elementos básicos para definir la confianza pública.

El tema de discusión planteado entre la empresa demandante y la Superintendencia, aunque de apariencia estrictamente técnico-contable, repercute en un interés público cual es el de conocer la verdadera situación económica y en un interés particular de los accionistas, ambos al cuidado de la vigilancia de la Superintendencia: En efecto, existe una íntima vinculación entre el valor patrimonial y el resultado operacional del ejercicio, si es o no activado el costo financiero de la adquisición de un bien raíz; activarlo significa aumentar y fortalecer el valor patrimonial y simultáneamente liberar utilidades de este gasto, lo que repercute en una mayor ganancia, con posibilidad inclusive, de ser repartida como dividendo. En tanto que llevarla a gasto

del año, implica disminuir el resultado del ejercicio, disminuir impuesto de renta a cambio de no registrar el mayor valor como parte del activo social, entre otras consecuencias.

La técnica contable en general y la particular en Colombia, a través de su legislación fiscal y las instrucciones de las dos Superintendencias, se han montado bajo el principio del llamado "costo histórico", el cual, ciertamente indica que la capitalización del costo financiero debe hacerse hasta el momento en que los activos adquiridos sean utilizables, principio que a la postre vino a ser expresamente consagrado en el Decreto 2160 de 1986, al disponer en su artículo 21 que "los intereses y la corrección monetaria causados sobre obligaciones contraídas en la adquisición de activos, forman parte del costo de los mismos, salvo cuando ha concluido la etapa de puesta en marcha y tales activos se encuentran en condiciones de utilización en cuyo caso, los gastos financieros deben cargarse a los resultados del respectivo período contable".

Este que podía considerarse antes de este Decreto, como una norma de contabilidad generalmente aceptada y aplicada por la Superintendencia en sus formularios de balances (SB-1 y AG-1), tenía además el respaldo legal que surge de los artículos 445 y 450 del Código de Comercio, que hacen referencia a la conformación del balance y la determinación de los resultados definitivos, conforme a las normas legales y a las normas de contabilidad, las cuales tenían especial connotación en el artículo 208 del mismo Código cuando, obligaba al Revisor Fiscal a incluir en su informe "si el balance y el estracto de pérdidas y ganancias han sido tomados fielmente de los libros y si en su opinión el primero se presenta en forma fidedigna de acuerdo con las normas de contabilidad generalmente aceptadas, la respectiva situación financiera al terminar el período revisado y el segundo refleja el resultado de las operaciones de dicho período".

Los antecedentes del negocio indican que los temas de la forma de contabilización fueron tomados por la Superintendencia de manera global, partiendo del principio contable del "costo histórico" y otros aceptados, relacionándolos con lo que a su entender era la situación económica de la empresa, en lo cual no encuentra la Sala violación del numeral 15 del artículo 120 de la Constitución, ni de las normas sobre facultades de la Superintendencia Bancaria.

2º *Sobre el Decreto 331 de 1976.*

Este Decreto "por el cual se dictan disposiciones reglamentarias en materia del impuesto sobre la renta y complementarios", como lo observó la Superintendencia, tiene en principio, limitada su acción al campo tributario.

No es extraña en nuestra legislación la existencia de normas que implican diversos tratamientos ante áreas jurídicas y autoridades distintas como son las Superintendencias y la Administración de Impuestos, pero ello no significa que se esté invitando a los ciudadanos a llevar doble contabilidad, ni a que sea obligatorio por igual el tratamiento dado en uno de ellos pues normalmente corresponden a finalidades legislativas diferentes.

Desde el punto de vista tributario el Decreto 331 de 1976, en la materia comentada, es perfectamente armónico pero no está imponiendo un determinado sistema de contabilización al disponer en el artículo 4º que "la suma deducible" podía llevarse a mayor costo del bien, sino que está indicando la posibilidad de tratarla bien como deducción o bien como costo con el criterio fiscal de que sus normas deben procurar la recuperación de todos los costos.

Además, que no se trata de método o sistema de contabilización, sino tratamiento exclusivamente tributario, se deduce del contenido de los artículos 2º y 3º destinados a establecer por parte de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda "el cómputo de las cantidades deducibles para los prestatarios", el cual no coincide con el valor pagado o desembolso (que es el que debe registrarse contablemente), sino que en las cuatro hipótesis contempladas en el artículo 2º establece, según la edad del crédito, el monto pagado por la financiación.

Todo ello conduce a la conclusión indudable de que el Superintendente Bancario no incurrió en violación del citado Decreto, cuyo ámbito de aplicación es el campo tributario.

3º *Sobre el Decreto 74 de 1976.*

Tampoco puede aceptarse el argumento de violación de algunos de los artículos de este Decreto extraordinario, dictado con base en las facultades otorgadas al Presidente por la Ley 28 de 1974 y por medio del cual se modificó la estructura de la Dirección General de Impuestos Nacionales, pues las funciones atribuidas al Director en cuanto a interpretación de las normas tributarias y posibilidad de impartir instrucciones en esta materia, en nada interfiere las funciones que en su campo tiene el Superintendente Bancario.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado en desacuerdo con su colaborador Fiscal, 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, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO.— Naturaleza.

Vinculación, Ley 57 de 1931 y Decreto 1998 de 1931. Su organización jurídica, Ley 33 de 1971 y Decretos 130 y 133 de 1976.

Estos Decretos derogaron lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 33 de 1971 y por tanto a esta entidad le son aplicables los principios y normas del artículo 3º del Decreto 130 de 1976.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 326. Actor: Ramiro Bejarano Guzmán.

Antecedentes:

Obrando en nombre propio, el doctor Ramiro Bejarano Guzmán, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad del artículo 1º del Acuerdo número 119 de 1980, y del artículo 32 del Acuerdo número 545 de 1985, ambos expedidos por la Junta Directiva de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y aprobados por los Decretos 301 de 1982 y 2319 de 1985, respectivamente. De igual manera solicitó suspensión provisional de las normas acusadas (fl. 8). Corregida la demanda conforme al auto que así lo dispuso, el Despacho competente la admitió, pero negó la suspensión provisional impetrada (fl. 32). Surtida la notificación del auto admisorio de la demanda tanto al Ministro de Agricultura como al Gerente General de la Caja Agraria, ésta se constituyó en parte impugnadora (fl. 45). Surtido el trámite de rigor, la parte actora (fl. 63), la impugnadora (fl. 51) y el señor Agente del Ministerio Público (fl. 69), presentaron sendos escritos para sustentar sus puntos de vista. El señor Fiscal pidió que fueran aceptadas las pretensiones de la demanda. Como no se observa causal de nulidad alguna que pudiera conducir a la invalidación del proceso, el Consejo procede a decidir en el fondo.

Los autos acusados:

1. Decreto número 301 de 1982 (febrero 4) "por el cual se aprueba el Acuerdo número 119 de septiembre 9 de 1980, originario de la Junta Directiva de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero".

"Artículo 1º (del Acuerdo). Naturaleza y vinculación. La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, creada por la Ley 57 de 1931 y el Decreto 1998 del mismo año, es una sociedad anónima de economía mixta, esto es, un organismo dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, del orden nacional, sometida al régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado y vinculada al Ministerio de Agricultura, que se reorganiza conforme a las disposiciones establecidas por la Ley 33 de 1971 y Decretos 130 y 133 de 1976. En tal virtud será ejecutora de la política agropecuaria, industrial y minera de su respectivo campo de acción".

2. Decreto número 2319 de 1985 (agosto 17) "por el cual se aprueba un Acuerdo de la Junta Directiva de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, que reforma los estatutos de dicha entidad".

"Artículo 32 (del Acuerdo 545 de 1985). Las personas que presten sus servicios a la Caja tendrán el carácter de trabajadores oficiales y por tanto estarán sometidos al régimen legal vigente para los mismos.

"Exceptúanse quienes ocupen alguno de los cargos que se enumeran a continuación, los cuales además del Gerente General, tendrán la calidad de empleados públicos dado que las actividades que desempeñan estos funcionarios son de dirección o confianza, conforme al artículo 5º del Decreto número 3135 de 1968: Subgerente de Casa Principal, Secretario General, Asistente del Subgerente de Casa Principal, Director de Departamento, Asistente del Gerente General, Asesor de la Gerencia General, Asesor Especial del Gerente General, Secretario Privado del Gerente General, Jefe de Unidad, Asistente de Unidad, Delegado Especial de la Subgerencia de Crédito, Auditor General, Secretario de la Auditoría, Asistente de la Auditoría General, Gerente Regional y Gerente Departamental.

"El nombramiento y remoción de los empleados públicos lo efectuará el Gerente General mediante resolución suscrita conjuntamente con el Secretario General salvo el nombramiento o remoción de este último, caso en el cual dicha resolución será suscrita solamente por el Gerente General. De la posesión de cada funcionario se dejará constancia en un acta que firmará el Gerente General y quien asuma el cargo.

"Parágrafo. Lo anterior no implica el desconocimiento de ningún derecho adquirido. Por tanto, quienes actualmente desempeñan en calidad de trabajadores oficiales los cargos señalados para empleados públicos conservarán esa calidad.

"Los trabajadores que se designen en propiedad en cualesquiera de los cargos señalados para empleados públicos a partir de la vigencia de este Acuerdo, estarán sometidos al régimen de los empleados públicos".

La demanda:

Considera el actor que los artículos acusados son ilegales porque contradicen lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 33 de 1971, norma

en la cual expresamente el legislador, por excepción a lo dicho en los Decretos-ley 1050 y 3130 de 1968, que la Caja de Crédito Agrario, como sociedad de economía mixta, se rija por las normas propias de tales instituciones cualesquiera sea la proporción en que concurra el suscriptor de las acciones a la formación de su capital. Igualmente resultan contrarios a lo establecido en el artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968, por exceso de aplicación, toda vez que dicha disposición establece el régimen laboral para quienes prestan sus servicios en empresas industriales y comerciales del Estado, mas nada prescribe para quienes lo hacen en sociedades de economía mixta, y como quiera que la Ley 33 de 1971 sustrajo a la Caja del tratamiento como empresa industrial y comercial, aun cuando el Estado posea en él más del 90% de las acciones, el régimen de personal aplicable a sus servidores, no puede ser el establecido en el texto que se considera mal aplicado.

Argumenta que a la Caja no le son tampoco aplicables en relación con la materia anterior, las disposiciones del Decreto-ley 130 de 1976, expedido en desarrollo de las atribuciones contenidas en la Ley 28 de 1974, Decreto aquél por el cual el Gobierno dictó normas sobre sociedades de economía mixta, porque la Ley 33 de 1971 en el citado artículo 7º, estableció una disposición especial que, conforme al numeral 1º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, no resultó derogada por la general, integrada por el Decreto-ley. Por lo demás (considera el demandante), el Decreto 133 del mismo año 1976 "por el cual se reestructura el sector agropecuario" tampoco derogó la considerada ley especial, aunque en el artículo 50 haya dispuesto simplemente que la Caja es una sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Agricultura.

La demanda se extiende en consideraciones sobre la naturaleza jurídica de las empresas industriales y comerciales del Estado, y de las sociedades de economía mixta, las razones administrativas y técnicas que tuvo en cuenta la reforma administrativa de 1968 para establecer esta tipología de entidades descentralizadas, la existencia de algunas de ellas que ciertamente no pueden ser objeto de fácil clasificación dentro de las categorías adoptadas por esa reforma importante de nuestra legislación porque resultan atípicas la inclusión del artículo 7º de la Ley 33 de 1971, y la conveniencia de mantener la Caja como sociedad de economía mixta, ajena al tratamiento de las empresas industriales y comerciales del Estado.

La impugnación:

Por su parte, la Caja de Crédito Agrario argumenta también extensamente, sobre la naturaleza de las entidades descentralizadas y la importancia de que aquel organismo sea regulado por las disposiciones que gobiernan las empresas industriales y comerciales del Estado, y contradice la pretensión del actor de aplicar como válido el principio que contiene el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, en los siguientes términos:

"La simple lectura de las normas del Decreto-ley 130 de 1976, nos lleva a la irremediable deducción consistente en que, esta norma, es una nueva expresión legislativa sobre las sociedades de economía

mixta; que regula íntegramente lo relativo a las sociedades de economía mixta y que, finalmente, deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. En estas circunstancias, consideramos que la excepción que el artículo 7º de la Ley 33 de 1971 creó, quedó derogada por esta nueva expresión del legislador extraordinario, derogatoria que incluso se menciona expresamente en el texto del Decreto, al indicar que deroga las normas que le sean contrarias".

Considera que, en cambio, son aplicables al caso los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 153 de 1887, sobre prevalencia de la ley posterior y regulación de toda la materia por la ley nueva (fls. 60 y 61).

El concepto Fiscal:

El señor Fiscal Primero de la Corporación solicita que el asunto se resuelva aceptando las pretensiones de la demanda. Después de examinar, como lo hacen actor e impugnador, la naturaleza de las entidades descentralizadas, concluye dando la razón al demandante en cuanto éste afirma que el artículo 7º de la Ley 33 de 1971 es norma especial que no fue derogada por el Decreto-ley 130 de 1976, y concluye:

"Planteadas así las cosas mal puede entenderse, como lo pretende la apoderada de la demandada, que el Decreto 130 de 1976 haya derogado a la Ley 33 de 1971 y que el Decreto 301 de 1982, que acogió el Acuerdo 119 de 1980 de la Junta Directiva de la Caja, simplemente repitió el precepto del año 1976, pues ante la prelación de la Ley 33 sólo es dable concluir que la citada entidad es una sociedad de economía mixta sometida al régimen propio de dichas sociedades independientemente del porcentaje de capital social estatal, precepto que obviamente no puede ser modificado por un Decreto de la jerarquía del que acogió el Acuerdo de la Junta Directiva recientemente citado" (fl. 74).

Consideraciones del Consejo de Estado:

No comparte esta Corporación los criterios jurídicos del actor y del Ministerio Público; por el contrario, encuentra que le asiste razón a la parte demandada. Si bien es cierto que la Ley 33 de 1971, de manera expresa excluyó a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero del régimen aplicable a las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado es dueño del 90% o más del capital social, para darles el tratamiento jurídico propio de las empresas industriales y comerciales del Estado, no lo es menos que el Decreto-ley 130 de 1976 reguló de manera general, en cuanto se refiere a la naturaleza jurídica, el régimen aplicable a las mismas, la tutela gubernamental, la suscripción de acciones, la expropiación de acciones privadas, la transformación de las sociedades en empresas, etc., lo relacionado con las sociedades de economía mixta, sin perjuicio de que las normas también generales contenidas en los estatutos de 1968, a saber, los Decreto-ley 1050 y 3130, compatibles con las de la nueva regulación, resulten aplicables a esta clase de entidades descentralizadas. El Decreto 130 de 1976 no hizo alusión a disposiciones especiales, sino que, por el contrario, cobijó de manera general, se repite, a todas las sociedades de

economía mixta. Posteriormente el Decreto-ley 133 del mismo año 1976 "por el cual se reestructura el sector agropecuario", destinó el Capítulo IV a regular aspectos relacionados con las sociedades de economía mixta, y es obvio deducir y entender, dentro de la más estricta interpretación de la ley, que si para entonces ya se había expedido el estatuto de dichas sociedades por vía general, con el objeto de precisar aspectos como los mencionados en párrafo anterior, el legislador extraordinario, al dictar la reglamentación posterior y enmarcarla dentro de un capítulo dedicado especialmente a esta clase de sociedades, tenía en mente la situación últimamente regulada y referida de manera precisa a aquella materia del capítulo orientado a la reestructuración de una especie singular entre las entidades descentralizadas.

Corrobora lo anterior el artículo 50 de dicho Decreto-ley 133 de 1976 al disponer de manera expresa: "La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero es una sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Agricultura". Para el Consejo de Estado no hay duda sobre la voluntad legislativa de enmarcar la Caja Agraria dentro de los nuevos parámetros señalados en el Decreto 130 de 1976, lo cual significó una derogatoria de la excepción creada por la Ley 33 de 1971 en su artículo 7º. No otra cosa significa la expedición de aquel artículo 50, con posterioridad a la definición de las sociedades de economía mixta y a su tratamiento jurídico distinto, cuando distintas son las participaciones del Estado en las mismas. De lo contrario, sobraría la norma, puesto que ya en la legislación de 1968 se había dicho que la Caja es una sociedad de economía mixta, definición repetida por la Ley 33 de 1971. La única finalidad de la inclusión en ésta del artículo 7º, fue sustraerla del régimen inicialmente previsto para ella en razón de la participación altísima de capital estatal. Pues bien, al repetir el artículo 50 del Decreto 133 de 1976 la definición de la naturaleza de la Caja, sin atribuirle situación excepcional frente al resto de las sociedades de economía mixta, reguladas de nuevo y adicionalmente en el Decreto 130 del mismo año y por ende con posterioridad a la Ley 33 de 1971, la cobijó con el régimen nuevo y la sometió a las prescripciones del citado Decreto 130 de 1976.

Tan especial resulta el artículo 7º de la Ley 33 de 1971, como el artículo 5º del Decreto-ley 133 de 1976, pero como este es posterior, deroga tácitamente al anterior. En efecto, la Ley 33 de 1971, sustrajo a la Caja Agraria del régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado; el Decreto 133 expresamente la sometió al mismo, conforme fue éste descrito en el Decreto 130 de 1976. Como antes se anotó, podría pensarse, en gracia de discusión, que ante las solas disposiciones del Decreto 130 de 1976, continuara la vigencia del artículo 7º de la Ley 33 de 1976. Pero es contundente lo previsto por el artículo 50 del Decreto 133 de aquel año, que hace parte de un cuerpo de legislación destinados a reestructurar todo un sector administrativo y que, por consiguiente, debe ser entendido como una regulación armónica que cubrió, conforme a normas generales expedidas con el mismo fundamento (Ley 28 de 1974), los diferentes organismos que integran ese sector, en el caso presente, el agropecuario.

Por último, aun cuando en este caso no existe conflicto de legislación, conviene anotar cómo el principio de la primacía de la ley especial sobre la ley general, no puede tomarse aisladamente, como lo hace el actor. Aquel sabio principio, hace parte de un enfoque más general, como lo dice admirablemente don Luis Claro Solar en sus "Explicaciones de Derecho Civil Chileno Comparado":

"312. La derogación tácita de una ley por otra ley está fundada en la máxima *'posteriores prioribus derogant'*; pero para que esta derogación exista es necesario que la nueva ley contenga disposiciones que no puedan conciliarse, que estén en pugna con las de la ley anterior. Por consiguiente, la derogación no se presume, debe ser probada la incompatibilidad de la ley antigua con la nueva y que esta incompatibilidad sea de tal que sea imposible ejecutar la segunda sin destruir la primera.

"Si la incompatibilidad no es absoluta, ambas leyes deben ser combinadas y explicadas la una por la otra, según la regla del artículo 22 de nuestro Código: *'Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint'*.

"Conforme con estos principios, el artículo 53 dispone que: 'La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que *nom pugna* con las disposiciones de la nueva ley'. Si esta lucha entre las dos leyes no existe, ambas deben ser cumplidas porque ambas son una declaración de la voluntad soberana y sólo al legislador toca dejar sin efecto su voluntad anterior.

"313. Una aplicación de este principio es la regla aceptada uniformemente por la jurisdicción de que una ley especial no es derogada por una ley general: *'Legi speciali per generalem non derogatur'*. La ley especial continuará rigiendo la materia a que se aplica y la ley general sólo podrá aplicarse en aquello en que la primera guarda silencio" (Editorial Jurídica de Chile, Tomo Primero, 1978, pág. 167).

Aceptando, como lo hace el Consejo de Estado, que los Decretos-ley 130 y 133 de 1976 derogaron lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 33 de 1971, preciso es concluir, de conformidad con las prescripciones de aquellos estatutos, que a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, le son aplicables todos los principios y normas que resultan del artículo 3º del Decreto 130 de 1976, según el cual las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación o de sus entidades descentralizadas fuere igual o superior al 90% del capital social, se sujetan a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Como quiera que los textos materia de la demanda, al clasificar el personal de la Caja Agraria lo hicieron teniendo en cuenta las disposiciones legales que se refieren a la clasificación entre empleados públicos y trabajadores oficiales en la empresa y no en las sociedades, dichos textos deben considerarse expedidos de conformidad con la ley.

En consideración a los anteriores razonamientos, 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:

Niéganse las pretensiones de la demanda.

En firme esta sentencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintidós de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS.—

RETENCION EN LA FUENTE DE PORCENTAJES POR PAGOS O ABONOS EN CUENTA, EN DINERO O EN ESPECIE, POR CONCEPTO DE SALARIOS O DIVIDENDOS DE LAS PERSONAS NATURALES O JURIDICAS; SOCIEDADES DE HECHO; COMUNIDADES ORGANIZADAS Y SUCESIONES ILIQUIDAS EFECTUAREN.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., seis de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 1343. Actor: Alberto Múnera Cabas contra Dirección General de Impuestos Nacionales. Acción de nulidad y suspensión provisional del concepto número 1090 de mayo 26 de 1986 proferido por la Dirección General de Impuestos Nacionales. Fallo.

Decide la Sala la acción de nulidad promovida por el doctor Alberto Múnera Cabas contra el concepto número 1090 de mayo 27 de 1986 proferido por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Se ha surtido la tramitación de única instancia, recibidos los alegatos de las partes y el concepto del señor Agente del Ministerio Público y no observándose causal de invalidez que pueda afectar lo actuado resuelve conforme a las siguientes consideraciones:

1º El acto demandado.

El acto demandado lo constituye la Circular número 1090 de 27 de mayo de 1986, cuyo contenido central consiste en establecer que a los extranjeros que no hubieran permanecido por más de seis (6) meses en el país, debe aplicárseles, para determinar la retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta, una tarifa del 40%, tal, como lo dispone el literal b) del artículo 11 del Decreto 2579 de 1983

en concordancia con el artículo 47 de la Ley 9ª de 1983 y sólo a partir de aquel término de permanencia en el exterior se les podrán aplicar las tablas generales de retención sobre los ingresos laborales establecidos en la Ley 55 de 1985.

2º La demanda.

En su demanda el actor considera que el concepto aludido viola el artículo 37 de la Ley 55 de 1985, el cual dispone:

"El impuesto de renta, patrimonio y ganancias ocasionales a cargo de los asalariados no obligados a presentar declaración de renta y complementarios, es el que resulte de sumar las retenciones en la fuente por todo concepto que deban aplicarse a los ingresos realizados por el contribuyente durante el respectivo año gravable" (Subrayado).

Igualmente considera infringido por el acto acusado el artículo 38 de la Ley 55 de 1985 el cual dispone:

"La retención en la fuente aplicable a los ingresos originados en una relación laboral o legal y reglamentaria, será la que resulte de aplicar las tablas de retención contenidas en el artículo 1º del Decreto 3141 de 1984 a los ingresos brutos gravables del trabajador provenientes de dicha relación laboral, o legal y reglamentaria" (he subrayado).

De los mencionados artículos y de su análisis concluye el actor que "la retención en la fuente sobre ingresos provenientes de una relación laboral o legal y reglamentaria, prevista en el artículo 38 se aplica a todos los beneficiarios de esas rentas, por cuanto la ley no distinguió la calidad de beneficiario, nacional o extranjero, residente o no, y además porque se trata de una disposición especial para retenciones sobre ingresos originados en una relación laboral".

Así mismo considera que de acuerdo con el artículo 37 de la prementada Ley 55 de 1985 la retención en la fuente de los asalariados no obligados a presentar declaración de renta y complementarios, por hallarse dentro de las condiciones previstas en el artículo 36 de la misma ley, no es ya un simple mecanismo de pago anticipado del impuesto, sino el impuesto mismo.

Agrega que el impuesto más alto que puede llegar a pagar un asalariado nacional o extranjero, residente o no en Colombia, es equivalente al 33%, tarifa más alta del Decreto 3141 de 1984 de los ingresos brutos gravables provenientes de una relación laboral, o legal y reglamentaria, pues el citado artículo 38 de la ley mencionada dispone que se aplique la tarifa del artículo 1º del prementado Decreto.

Considera también que los extranjeros a que se refiere el numeral anterior que se encuentran en las condiciones previstas en el artículo 36 de la Ley 55 de 1985 no deben presentar declaración de renta y complementarios, puesto que este artículo al eliminar la declaración de renta no distinguió la calidad del asalariado ya que se refirió a todos sin distinción de nacionalidad o residencia.

Finalmente, que la tarifa de 40% prevista en el artículo 83 del Decreto 2053 de 1974 a que alude el concepto de la Dirección General

de Impuestos Nacionales que acusa, fue modificada por el artículo 38 de la Ley 55 de 1985 cuando se trata de ingresos de origen laboral, legal o reglamentario, percibidos por extranjeros no residentes y no obligados a presentar declaración de renta y complementarios.

Estima, en consecuencia, que el concepto de la Dirección General de Impuestos Nacionales número 1090 de 27 de mayo de 1986 obliga a los extranjeros con residencia inferior a seis (6) meses y no obligados a presentar declaración de renta y patrimonio a pagar un impuesto superior en 7, 8 o más puntos a los actualmente exigidos por la ley.

Pide en consecuencia la nulidad del acto acusado.

Dentro de la demanda fue solicitada la suspensión provisional la cual fue denegada por el Magistrado conductor del proceso y, suplicada tal decisión, fue confirmada por auto de la Sala de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de fecha 24 de noviembre de 1987.

Impugnación del acto que negó la suspensión provisional.

Con ocasión de la alegación interpuesta para que la Sala de Decisión revocara el auto de suspensión provisional el señor abogado demandante expuso:

Que el artículo 83 del Decreto 2053 de 1974 no está vigente para los extranjeros no residentes cuyos ingresos tienen su origen en la relación laboral legal o reglamentaria y no están obligados a presentar declaración de renta porque los artículos 37 y 38 de la Ley 55 de 1985 son aplicables a todos los asalariados, sin distinción alguna, a condición de que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 36 de la misma ley, uno de los cuales es que a los ingresos brutos gravables originados en la relación laboral se les haya efectuado la retención en la fuente de que tratan los artículos 38 y 39 de dicha ley y no la prevista en los artículos 47 y de la Ley 9ª de 1983 y el artículo 11 del Decreto 2579 del mismo año como se pretende en el concepto acusado.

Porque la tarifa del 40% prevista en el artículo 83 del Decreto 2053 de 1974 excede a la máxima tarifa que grava los ingresos laborales de quienes no están obligados a presentar declaración de renta contemplados por la Ley 55 de 1985.

Finalmente, porque la Ley 55 de 1985 regula íntegramente el impuesto sobre la renta y las retenciones en la fuente correspondientes a los ingresos de origen laboral, legal o reglamentario, percibido por cualquier persona y todos los contribuyentes no obligados a presentar declaración de renta y patrimonio en Colombia.

Además, que mediante el concepto acusado se aplica una retención en la fuente igual para todos los extranjeros a que alude dicho concepto, sin consideración al estado civil del contribuyente, al hecho de que divida sus rentas con la cónyuge o al número de personas a cargo, mientras en virtud de la Ley 55 de 1985 y el Decreto 3141 de 1984 tales circunstancias conducen a una retención en la fuente más baja o más alta según los casos y sobre iguales ingresos.

Pone de presente el recurrente que, a diferencia de lo que se exprese en el auto suplicado que denegó la suspensión provisional, la cuestión no radica "en definir la tarifa que los extranjeros a que alude el concepto impugnado deben pagar por concepto de impuesto de renta y complementarios". Lo que se pretende es precisar cuál es la tarifa que debe utilizarse para liquidar la retención en la fuente sobre ingresos de origen laboral, legal o reglamentario que en virtud de la ley, es el impuesto sobre la renta que dichos extranjeros deben pagar sobre tales ingresos. La situación es mucho más concreta —continúa el suplicante— o precisa puesto que no se trata de cualquier renta, sino de la específica aluden los artículos 36, 37 y 38 de la Ley 55 de 1985.

"En este punto quizás radica la confusión del honorable Consejero de Estado Ponente que lo llevó, a mi modo de ver, equivocadamente, a negar la suspensión provisional solicitada en la demanda" (fls. 19 y 20).

"...Por otra parte, que el artículo 83 del Decreto 2053 de 1974, no está vigente para los extranjeros no residentes cuyos ingresos tienen su origen en una relación laboral, o legal y reglamentaria y no están obligados a presentar declaración de renta es cuestión también muy clara..."

Alegatos de conclusión y concepto Fiscal:

Con ocasión del traslado para alegar, el señor abogado actor formuló su memoria de conclusión en la cual sintéticamente manifestó que el aspecto fundamental de la acción radicaba en determinar si la retención en la fuente sobre ingresos originados en la relación laboral, recibidos por extranjeros no residentes en el país, estaba regida por los artículos 38 de la Ley 55 de 1985 y 1º del Decreto 3141, como lo sostiene, o si por el contrario, como se dispone en el concepto acusado, dicha retención debía efectuarse de acuerdo con el numeral b) del artículo 11 del Decreto 2759 de 1983 en concordancia con el artículo 47 de la Ley 9ª de ese mismo año. Puso de presente que, a juicio de la Dirección de Impuestos Nacionales, el Decreto 3141 de 1984, sólo es aplicable a los asalariados con categoría de residentes en el país, por disponerlo así la Ley 38 de 1969.

Que las disposiciones sobre la materia de retención en la fuente previstas en los numerales b) del artículo 11 del Decreto 2579 de 1983 y c) del artículo 47 de la Ley 9ª de 1983 prevalecían sobre los de la Ley 55 de 1985, porque el artículo 55 de la ley al citar "en forma taxativa las normas que no deben aplicarse a los asalariados no mencionan los artículos 12 y 83 del Decreto 2053 de 1974 ni el artículo 47 de la Ley 9ª de 1983 y c) en que el artículo 83 del Decreto 2053 de 1974 disponía que la tarifa única para determinar el impuesto de renta a los extranjeros no residentes en el país era del 40%".

El demandante desea ubicar su controversia en relación con el aspecto de la retención en la fuente sobre rentas laborales, y no en relación con el impuesto de renta contemplado en el Decreto 2053 de 1964 para los extranjeros sin residencia en Colombia.

Advierte que hasta la Ley 38 de 1969 los extranjeros residentes o no estaban sometidos a las tarifas previstas para retención en la fuente en esa disposición, pero estaban obligados a presentar declaración de renta y patrimonio, en la cual, respecto de la liquidación privada, debían aplicar la tarifa del 40%.

Que con posterioridad a la expedición de la Ley 55 de 1985 se introdujeron cambios fundamentales en el régimen tributario de los asalariados, cambio que consistió, para los efectos de este caso, básicamente en que la retención en la fuente sobre pagos de origen laboral dejaba de ser un simple mecanismo de pago anticipado y debía efectuarse con las tarifas previstas en el artículo 1º del Decreto 3141 de 1984.

Que los contribuyentes, nacionales o extranjeros, residentes o no, pues la ley no distinguió, según el actor, con relación a los cuales se cumplieran todos los requisitos exigidos en el artículo 36 de la citada Ley 55, no tenían obligación de presentar declaración de renta y patrimonio y que para tales contribuyentes la retención en la fuente era el impuesto de renta correspondiente al año en que ésta se efectuaba.

Concluye de lo anterior que a los extranjeros residentes o no, cuyos ingresos tuvieren un origen en una relación laboral legal o reglamentaria debió hacérseles la retención en la fuente con base en las tarifas del artículo 1º del Decreto 3141 de 1984 y no el de los numerales b) y c) de los artículos 47 de la Ley 9ª de 1983 y 11 del Decreto 2759 de 1983, contribuyentes, que, además, quedaban eximidos de presentar declaración de renta y patrimonio si se cumplían todos los requisitos del artículo 36 de la Ley 55 de 1985, y que el monto de la retención era su impuesto, *por lo cual no era necesario incluir expresamente dentro de las normas que no debían aplicarse a los asalariados, los artículos 83 del Decreto 2053, 47 de la Ley 9ª y 11 del Decreto 2579, estos últimos ambos de 1983.*

Se opone al argumento de la Dirección General de Impuestos, según el cual los artículos que sirven de base al acto acusado no fueron derogados, por no estar en la relación taxativa de normas abolidas por la Ley 55 de 1985, pues dicha ley previene en el citado artículo al terminar la cita de disposiciones que deroga, incluye las demás que sean contrarias a las previsiones de esta ley, dentro de las cuales, el actor coloca la norma sobre retención en la fuente del 40%.

Adiciona su argumentación, afirmando que el Decreto 46 de 1986, reglamentario de la Ley 55, en el primer inciso de su artículo 1º, dispone que, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 11 a partir del año gravable de 1985, "elimínase la declaración de renta y complementarios para los asalariados nacionales o extranjeros que hayan obtenido ingresos brutos provenientes por lo menos en un 80% de pagos originados en una relación laboral, o legal y reglamentaria, siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos..."

Considera que el artículo 83 del Decreto 2053 de 1974 no fue derogado por la Ley 55 de 1985, pues admite que sólo vino a serlo por la Ley 75 de 1986, "pero en cambio su imperio sólo se extendía a partir de aquella ley, y mientras subsistió, a los extranjeros no

residentes cuyos ingresos en más del 20% provinieron de fuentes diferentes a las de la relación laboral o legal y reglamentaria a aquellos que habiendo recibido los ingresos en 80% o más de estas fuentes no cumplían con los demás requisitos exigidos por el artículo 36".

Estima entonces que "el artículo 83 del Decreto 2053 de 1974 era contrario al 37 de la Ley 55 de 1985 cuando se trataba de extranjeros no residentes cuyos ingresos y demás situaciones estaban contempladas en el artículo 36 de la citada ley", lo que indicaba que a ellos no se les podía "aplicar la tarifa de retención en la fuente previsto en los literales c) del artículo 47 de la Ley 9ª de 1983 y b) del artículo 11 del Decreto 2579 del mismo año que cuando incluyen 'compensaciones por servicios personales' deben entenderse referidas a pagos diferentes a los originados en una relación de naturaleza laboral, o legal y reglamentaria", y que en cambio sí le es aplicable el artículo 38 de la Ley 55 que el actor estima violados.

Alegación de la Nación.

Por conducto de apoderado debidamente constituido, la Nación colombiana, Dirección General Ministerio de Hacienda y Crédito Público, formuló impugnación a la demanda, y en ella expuso:

No puede darse a los artículos 37 y 38 de la Ley 55, por el hecho de que establezcan impuesto a la renta de quienes no están obligados a presentar declaración de renta, el alcance de desconocer las normas tributarias que rigen para la situación de los extranjeros no residentes en el país.

El argumento invocado por el actor respecto de que la retención es igual al impuesto para los contribuyentes o asalariados no obligados a declarar, no se opone a la aplicación de la tarifa especial para los extranjeros no residentes en el país durante los primeros seis (6) meses de su permanencia en el territorio nacional, pues en tal hipótesis tal retención se convertiría en el impuesto que en definitiva deba pagar al fisco nacional el contribuyente.

Una norma dictada para un determinado sector de contribuyentes no deroga, por sí sola, la que consagra principios generales "pilares del sistema tributario, basado en el criterio de la fuente del ingreso, y que tiene en cuenta un fundamento de orden mixto, al establecer régimen especial para personas naturales o jurídicas no residentes o no domiciliadas en el país, quienes por otra gozan en el país de su residencia o domicilio desde el denominado *tax credit*, al cual no tendrá derecho el asalariado nacional".

Las normas que regulan el tratamiento de los extranjeros sin residencia en el país, no pueden entenderse derogadas por las contenidas en la Ley 55 de 1985, pues la citada ley no se refiere a los primeros.

Sostiene que ello es así por cuanto en la actualidad el legislador reguló especialmente el caso de los profesores extranjeros sin residencia en el país en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 75 de 1986,

cuando dispone que cuando estos sean contratados por períodos no superiores a cuatro (4) meses por instituciones superiores aprobadas por el ICFES únicamente se causa impuesto sobre la renta a la tarifa del 7%, el cual debe retenerse en el momento del pago o abono en cuenta, pese a que esta misma ley regula íntegramente la materia (arts. 6º, 7º, 8º y 36), por lo cual estima que las normas que contienen la tarifa del 40% para los extranjeros no residentes en el país que reciban ingresos provenientes de relaciones laborales, legales o reglamentarias, se hallan vigentes.

Arguye que la Ley 38 de 1969 que reguló de manera especial la retención en la fuente de los asalariados no derogó las normas existentes sobre el tratamiento fiscal a extranjeros no residentes en Colombia.

Añade que aceptar que la Ley 55 de 1985, al referirse a los asalariados, derogó el tratamiento a extranjeros no residentes en el país, es admitir, absurdamente, que las normas legales que regulan la retención en la fuente por conceptos tales como honorarios, regalías, servicios, etc., o las que establecen tratamientos para sectores de contribuyentes que no se refieren expresamente a los extranjeros no residentes en el país, dejaron sin piso a los principios y normas legales que disponen un tratamiento específico para estos contribuyentes.

Concepto Fiscal.

El señor Fiscal en su vista de fondo es de opinión que las súplicas de la demanda deben prosperar.

En su parte central expresa el concepto Fiscal:

"D) Para la Fiscalía, el acto administrativo acusado olvidó, en su motivación, que la Ley 55 de 1985 cambió por completo el régimen que antes de ella existía en cuanto a la obligatoriedad para presentar declaración de renta y complementarios, puesto que la eliminó en lo que respecta a los asalariados que estén en las circunstancias indicadas en el artículo 36 transcrito *ut supra*. Los extranjeros asalariados en esas circunstancias, aunque no permanezcan más de seis (6) meses en el país, tampoco se hallan obligados a presentar declaración de renta y complementarios; luego la tarifa aplicable para retención en la fuente es la señalada en la tabla del artículo 1º del Decreto 3141 de 1984. Si bien el artículo 55 no menciona como derogado el artículo 83 del Decreto 2053 de 1974, sí dice que lo están 'las demás que sean contrarias a las previsiones de esta ley' ".

Para resolver se considera:

La Ley 38 de 1969, con el propósito de que en el mismo año en que el impuesto se causara, fuera recaudado, previó en su artículo 1º, que las personas naturales o jurídicas, las sociedades de hecho, las comunidades organizadas, y las sucesiones ilíquidas que efectuaran pagos o abonos en cuenta, en dinero o en especie, por concepto de salarios o dividendos estaban obligadas a deducir y retener en dinero,

a título de impuesto sobre la renta y complementarios, los porcentajes de dichos pagos que se señalaban, de acuerdo con las normas legales y reglamentarias.

A su turno los retenedores estaban obligados a remitir antes del 1º de marzo de cada año una relación detallada de las retenciones hechas durante el año en la forma y con las especificaciones que señalaran los reglamentos y, además, los contribuyentes tenían derecho, en las respectivas liquidaciones privadas, a deducir del total del impuesto sobre la renta y complementarios que le resultaran de su liquidación privada, el valor del impuesto que les hubiere sido retenido y acompañarían a la liquidación privada el certificado expedido por el retenedor.

Se previó, también, que no estaban sujetos a la retención los pagos o abonos en cuenta que por disposiciones especiales estuvieron exentos, en cabeza del beneficiario o los que se hicieren a personas no obligadas a presentar declaración de renta y patrimonio, o a entidades no sometidas al impuesto.

El Decreto 2053 de 1974 estableció dos sistemas y dos magnitudes de impuesto a la renta en función de la calidad de extranjero residente o no del contribuyente y precisó que la tarifa única sobre la renta gravable de las personas naturales extranjeras era del 40% sobre ingresos de fuente nacional.

Es claro que no se está en presencia de un caso de derogatoria expresa de la norma consagrada en la Ley 38 de 1969 y Decretos y Leyes posteriores, por cuanto la Ley 55 de 1985 no incluyó dentro de la lista de disposiciones derogadas expresamente las que regulaban o regulan el impuesto de renta a la tarifa del 40% según el artículo 83 del Decreto 2053 de 1974 para las personas extranjeras no residentes en el país.

Si fuera tácita, debiera concluirse que la norma citada del artículo 83 del Decreto 2053 de 1974 no puede conciliarse con las normas consagradas en la Ley 55 de 1985, invocadas por el actor, de acuerdo con el artículo 71 del Código Civil.

No le parece a la Sala que la norma especialísima del artículo 83 del Decreto 2053 de 1974 y la norma de la Ley 38 de 1969 hayan sido derogadas tácitamente por los artículos 37 y 38 de la Ley 55 de 1985, por cuanto que, en materia de sujetos al impuesto de la renta, aquella regula un caso especialísimo, el de las personas con residencias en el exterior de nacionalidad extranjera, y esta, la Ley 55 de 1985, regula la situación general de las personas residentes en Colombia, que no estén obligadas a presentar declaraciones de renta y complementarios, y tengan la calidad de asalariados.

En esas condiciones el argumento de que la circular acusada es inconstitucional por cuanto que el impuesto más alto que puede llegar a pagar un asalariado nacional o extranjero residente o no en Colombia, según lo sostiene el actor, y que es lo que debe demostrarse, es equivalente al 33% de los ingresos brutos gravables provenientes de una relación laboral legal o reglamentaria, no parece que sea evidente.

Y no es evidente por la sencilla razón de que los artículos citados de la legislación especialísima de los extranjeros no residentes y personas naturales extranjeras no residentes, no ha sido derogada específicamente por una norma posterior, y que la norma general en esta materia de sujetos del impuesto no queda derogada por la norma general posterior aplicable a la mayoría de los asalariados colombianos o residentes en Colombia.

En cuanto a la argumentación del actor, que cree hallar su razón en la consideración de que por la circunstancia de que los extranjeros residentes o no, no deben presentar declaración de renta y complementarios, por haber sido eliminada por la Ley 55 de 1985, implica la modificación de la tarifa del impuesto, no guarda relación de causa a efecto, que haga viable la aceptación de ese razonamiento.

En efecto una cosa es la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio, otra la de aplicar una tarifa determinada del impuesto a un grupo específico de sujetos del mismo, y otra la de aplicar un régimen de retenciones en la fuente con tarifas variables, de modo que la variación de uno de esos factores no implica necesariamente la alteración o suspensión de los demás.

Destaca la Sala que incluso las personas extranjeras no residentes en Colombia, no estaban obligadas a presentar declaración de renta y complementarios bajo el régimen de la Ley 9ª de 1983, y que simplemente lo que existía era la obligación de realizar una retención del 40% como impuesto de renta y complementarios sobre los ingresos provenientes de la relación laboral.

Por otra parte, como lo dijo esta Corporación en fallo de 1985, en relación con la retención en la fuente por el producido de películas exhibidas en Colombia, no debe olvidarse que la Ley 9ª de 1983 dispone que deberán retener a título de impuesto sobre la renta quienes hagan pagos o abonos en cuenta a las personas naturales o extranjeras residentes en el país, y sobre la renta gravable correspondiente a los bienes destinados a fines especiales, según el monto que fuera adoptado en la tabla de impuesto progresivo que contempla dicho artículo.

A su turno el artículo 83 del mismo Estatuto estableció que la tarifa única sobre la renta gravable de fuente nacional de las personas naturales extranjeras sin residencia en el país y que no estaban obligadas a constituir un apoderado en éste era el 40%; previó, además, que cuando las personas naturales extranjeras sin residencia en el país designaran en éste un apoderado se les aplicaría la tarifa señalada en el artículo anterior.

De lo que precede se observa que la legislación de la época estableció dos sistemas de imposición a las rentas para las personas naturales y extranjeras sin residencia en el país, según que constituyeran o no apoderados en éste.

Por otra parte, el artículo 134 del mismo Decreto dispuso que deberían retener el impuesto sobre la renta a la tarifa del 40% quienes hicieran pagos o abonos en cuenta por concepto de rentas gravables en Colombia, entre otras personas, a las naturales extranjeras sin residencia ni apoderado en Colombia.

A su turno el Decreto 2847 de 1974 sustrajo del régimen general de retención en la fuente sobre salarios y sobre dividendos a las personas naturales extranjeras sin residencia ni apoderado en Colombia, entre otras (arts. 5º, 6º, 7º y 8º del citado Decreto).

El Decreto reglamentario 187 de 1975 dispuso en su artículo 2º que debían presentar declaración de renta y patrimonio, en los términos de ley, de conformidad con las condiciones previstas por el artículo 1º del Decreto 2821 de 1974, las personas naturales extranjeras sin domicilio en el país cuando poseyeran bienes ubicados en él, u obtuvieran rentas de fuente colombiana.

El Decreto 231 de 1983, dispuso que deberían retener el impuesto sobre la renta a la tarifa del 40% quienes hicieran pagos o abonos en cuenta por concepto de rentas gravables en Colombia entre otros sujetos pasivos, a las personas naturales extranjeras sin residencia en Colombia. Dicho Decreto y artículo fueron declarados exequibles en sentencia de la Corte Suprema de Justicia de marzo 13 de 1983.

La Ley 9ª de 1983 en su artículo 47 reiteró la obligación aludida, al disponer que deberían retener a título de impuesto sobre la renta quienes hicieran pagos o abonos en cuenta por concepto de rentas sujetas a impuesto en Colombia a favor de personas naturales extranjeras sin residencia en Colombia, entre otras hipótesis.

Lo anterior significa que hasta 1984 no existe duda alguna respecto de la obligación de retener en la fuente, a título de impuesto a la renta y complementarios, el 40% del valor de los pagos hechos a personas naturales extranjeras sin residencia en Colombia.

Cabe, entonces, examinar si, como lo sostiene la parte demandante, el artículo 37 de la Ley 55 de 1985 al disponer que el impuesto de renta a cargo de los asalariados no obligados a presentar declaración de renta y complementarios es el que resulte de sumar las retenciones en la fuente por todo concepto y que la retención en la fuente aplicable a los ingresos originados en una relación laboral o legal y reglamentaria sería la que resultare de aplicar las tablas de retención contenidas en el artículo 1º del Decreto 3141 de 1984 a los ingresos gravables del trabajador provenientes de dicha relación laboral, o legal o reglamentaria, implicaron la derogatoria de las disposiciones establecidas en la Ley 38 de 1969 y en el Decreto 2053 de 1974.

No es tampoco exacto, como lo sostiene el actor que la Ley 55 de 1985 regula íntegramente el impuesto sobre la renta y las retenciones en la fuente correspondiente a los ingresos de origen laboral, o legal y reglamentario, percibidos por cualesquiera y todos los contribuyentes no obligados a presentar declaración de renta y patrimonio en Colombia, puesto que ella no se refiere, y es lo que ha motivado la controversia, a los extranjeros que reciban tal clase de ingresos, y que no tengan residencia en el país.

No regulando la Ley 55 de 1985, como lo pretende la actora, íntegramente la materia objeto de debate, y no existiendo oposición entre la norma especialísima del Decreto 2053 de 1974 y la Ley 38 de 1969,

así como la Ley 9ª de 1983, con la disposición de la Ley posterior la 55 de 1985, es necesario concluir que las súplicas de la demanda no tienen vocación de prosperidad.

Por lo expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Deniéganse las súplicas de la demanda entablada por el doctor Alberto Múnera Cabas tendientes a obtener la nulidad del concepto número 1090 de mayo 27 de 1986 emanado de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplase.

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

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,* Salva voto.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS.—

RETENCION EN LA FUENTE (Salvamento de voto).

Para los ASALARIADOS EXTRANJEROS debió aplicarse en forma inmediata en que estableció la Ley 55 de 1985 y no esperar a configurar el factor de residencia porque no cuenta en el nuevo sistema.

Salvamento de voto del *doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1343. Actor: Alberto Múnera Cabas. Nulidad del concepto número 1090 de mayo 26 de 1986 de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Con el debido respeto hacia mis compañeros, creo que la solución en este caso ha podido ser la contraria, o sea, la de decretar la nulidad del concepto de la Dirección de Impuestos, en la forma solicitada por el actor, además de las razones expuestas por éste y el Agente del Ministerio Público, por las siguientes consideraciones:

1º Ha debido reconocérsele, como no se le ha dado aún, todas las consecuencias a la Ley 55 de 1985 (y después la Ley 75 de 1986), en cuanto para un sector de contribuyentes asalariados eliminó la declaración de renta, el proceso de determinación de bases gravables en una liquidación y convirtió la retención en la fuente de anticipo o abono que era, en el impuesto mismo y la tarifa de retención en tarifa de impuesto.

2º Uno de los significados de este cambio radical en el sistema de tributación para este sector de contribuyentes, es el de que se aplica al grupo de estos, caracterizado por no poseer un patrimonio elevado, no ser responsable del impuesto sobre las ventas (que generalmente implica la condición de comerciante), no ser socio de compañía de responsabilidad limitada (requisito después suprimido) y principalmente por devengar la mayor parte significativa (80%) de sus ingresos de relación laboral (del sector privado o del público). Pero, además la delimitación de este sector de contribuyentes asalariados, a los cuales se les aplica el nuevo régimen de retención igual a impuesto, se caracteriza porque desaparece la influencia de los factores de nacionalidad y residencia, pues tiene primacía y fundamentalmente los identifica la circunstancia de ser "asalariados".

3º Otra consecuencia no bien estudiada del cambio del sistema, radica en que para dicho grupo el impuesto dejó de ser anual para convertirse en instantáneo, en el sentido de que no se causa por períodos anuales, sino en la medida que recibe los ingresos laborales.

4º De esas solas características surgía la de aplicación inmediata de la ley a partir de su sanción presidencial ocurrida el 18 de junio de 1985, sin necesidad de esperar el cierre del ejercicio en curso y sin prorrogar la vigencia de factores que caracterizaban el sistema anterior, como el de "residencia".

Si la ley dispuso que el impuesto para dicho grupo de contribuyentes, es igual a la retención que resultaba de aplicar las tablas del Decreto 3141 de 1984, debía aplicarse esa norma del legislador en forma inmediata por simple aplicación de las disposiciones sobre vigencia de la ley y no se justificaban esperar unos meses para saber si se configuraba o no un factor que suprimió la nueva ley, porque éste sencillamente no cuenta en el nuevo sistema.

Bogotá, D. E., mayo siete (7) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Jaime Abella Zárate.

SUSPENSION PROVISIONAL EN PREVENCION DE ACTOS DE TRAMITE Y ACTOS PREPARATORIOS.— ACUERDO DE LA CASA DE NARIÑO.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E., doce de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 862. Actor: Víctor Velásquez Reyes.

Contra el auto proferido por el honorable Consejero Guillermo Benavides Melo el 4 de abril del año en curso y en cuanto por él se dispuso inadmitir la demanda contra el Acuerdo de la Casa de Nariño, interpuso el recurso de súplica el señor Fiscal Primero de la Corporación.

Fundamenta su petición el señor Fiscal, luego de reseñar los medios de control jurisdiccional consagrados en el Código Contencioso Administrativo, complementados por las normas que determinan en el mismo la competencia de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado y las reglas de procedencia de la suspensión provisional consignadas en los artículos 152, 153 y 154 del mismo Código, así como después de destacar la función de la Fiscalía como Agente del Ministerio Público al tenor de lo dispuesto en el artículo 127 *ibídem*, expresa con relación al caso a estudio, lo siguiente: "Que la suspensión provisional en prevención, no es más que otra modalidad de la *'suspensión provisional'* (ya tradicionalmente aplicada), *'que procederá también'*, en los dos casos del artículo 153; que este tipo de peticiones de suspensión provisional, en prevención o no, *'se resuelve por el sustanciador en el mismo auto en que la demanda se admite'* (art. 143), y no en el que se inadmite, porque en este último evento no hay oportunidad procesal para hacerlo y porque no hay proceso; 'que una suspensión provisional es provisional desde el auto admisorio de la demanda que traba la *litis*, hasta cuando ésta se desate por el fallo...'" (las rayas son de la Fiscalía).

Y concluye el señor Fiscal repitiendo que la suspensión provisional (ordinaria o en prevención), "es una medida cautelar" que tiene que estar ligada a un proceso principal y en su duración es meramente provisional o temporal. Y en cuanto al acto demandado, estima innecesaria la discusión de si es o no político, puesto que por definición del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo la competencia es de los Jueces Administrativos para conocer de las demandas que contra ellos se promuevan.

Contra el auto de que se trata interpuso el recurso de súplica igualmente el demandante Víctor Velásquez Reyes, respecto de la parte que inadmite la demanda, en breve escrito que obra a folio 119, afirmando escuetamente que "en el presente caso, ha debido admitirse la demanda porque, no existe ninguna contradición entre la petición inicial y la suspensión deprecada, ya que es una medida cautelar, precisamente en el mantenimiento del orden jurídico y en *sub júdice* del marco constitucional"; agrega que al tenor del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la suspensión provisional "excepcionalmente procede en acciones de nulidad de actos de trámite".

Así mismo, un grupo de ciudadanos, interviniendo en carácter de impugnadores, interpusieron también el recurso de súplica, más en lo que respecta a la suspensión del acto acusado, así:

1º *Los abogados José Joaquín Bernal Arévalo, Alejandro Vélez Múnera, Mauricio Torres Cuervo y José Joaquín Bernal Ardila.* Dice en primer término este inicial grupo de recurrentes, quienes suscriben conjuntamente su pedimento, que en la demanda se pide la suspensión en prevención a pesar de la existencia de unas acciones principales de nulidad, desconociendo que tal medida, aunque es cautelar no es accesoria. Que a pesar de ello en el auto suplicado se trocó la demanda para darle una interpretación totalmente diferente a su contenido. Que, de otro lado, no se acompañó el acto acusado, sin haber constancia de que la expedición le hubiera sido negada al interesado. Que además, las fotocopias enviadas por la Presidencia de la República carecen de autenticidad por cuanto no están firmadas por quien se dice el autor de ellas, ni ratificadas o autenticadas por el Secretario de la Presidencia, por lo cual se está ante "actos inexistentes", y "en el fondo mismo no existe acto administrativo alguno", lo que impedía no sólo la admisión de la demanda sino la suspensión misma. Que por otra parte, el acto acusado no ha sido publicado en el Diario Oficial, por lo que, al tenor de la Ley 57 de 1985, "no puede producir efectos ni considerarse como existente". Para terminar el capítulo de lo que los recurrentes denominan aspectos meramente formales, agregan que la demanda contiene una indebida acumulación de acciones, "por tratarse en un caso del llamado Acuerdo de la Casa de Nariño (acción de nulidad) y en el otro de designaciones para una comisión (acción electoral)", y en tales condiciones lo procedente "era haber negado, rechazado y archivado el expediente". Pasando luego al capítulo que denominan "naturaleza del acto acusado", anotan los recurrentes, que cuando de gobernantes se trata (englobando en esta acepción tanto al Congreso como al Presidente), "su vastos poderes, reglados en abstracto, pero generalmente discrecionales, hacen relación al ejercicio de la soberanía nacional, a la delegación o representación popular de la Nación en forma inmediata y del pueblo en forma mediata". Que en tales condiciones, "la Administración está sujeta a las restricciones que la Constitución y la ley le determinan, no así los gobernantes, cuando obran como tales, porque sus actos no tienen límites o jurisdicción". Dicen luego los memorialistas, que a la luz del llamado Instituto de Suspensión Provisional en prevención, es presupuesto indispensable que el acto de que se trata será realmente de trámite o preparatorio, más en lo que respecta al caso de

autos "los pretendidos actos acusados no son ni actos, ni menos de trámite para el acto final que pretendía el demandante" pues "basta la lectura de él y un análisis menos profundo del que hizo el Magistrado sustanciador, para llegar a la conclusión de que en el caso en estudio ni existe acto jurídico administrativo ni de Gobierno", sino "un proyecto de programa, una manifestación política que no tiene carácter de acto administrativo y que por consiguiente no es demandable ante lo contencioso administrativo". Agrega que por equivocación se propuso la nueva figura de suspensión a prevención, prevista en el artículo 153 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto "si ya el acto definitivo que pretende el demandante fue dictado, motivo por el cual reclama su anulación, lo procedente fue lo que pidió, es decir el ejercicio de la acción principal de nulidad y la accesoria de suspensión provisional". Que en tales circunstancias, "el despacho de la suspensión debía ser consonante con la negativa de la demanda, es decir, que también hubiera debido negarse; porque no puede existir una suspensión accesoria que no dependa de la acción principal". Mas si se trata de acomodar la demanda en forma distinta y así estimarla como de suspensión de actos preparatorios, no por el hecho de haberse inadmitido la demanda quedaba expedito el camino para decretar la medida, porque entonces se habría tornado esa acción accesoria en incidente autónomo e independiente, no consagrado en el Código Contencioso Administrativo, violándose así el artículo 154, inciso 1º del mismo Código que determina, sin distinguir sus modalidades, que la suspensión provisional "se resuelve por el sustanciador en el mismo auto en que se admite la demanda". Que en tales condiciones "se llegaría al absurdo de que en asunto de tanta importancia y complejidad, sin parte en el pretendido proceso, desde la iniciación se dictara sentencia por un Magistrado", sin más recurso que el de la súplica. Dice finalmente este primer grupo de recurrentes "que el decreto convocatorio del plebiscito de 1957, que indica como violado por los actos acusados el demandante, desapareció por su ejercicio y cumplimiento, sin que de él se pueda hoy hablar, sino del plebiscito mismo".

2º *Los ciudadanos (algunos de ellos igualmente abogados) Ciro Alfonso Gómez, Lina Cuello y otros, Javier Fernando Cifuentes, César Castro Garcés, Gonzalo Cuervo y Jorge Dussán.* Este segundo grupo de recurrentes expone argumentos en su mayor parte comunes y en parte contenidas en el anterior escrito, a saber:

a) Que el acto demandado no tiene el carácter de administrativo, pues es sólo una concertación entre los partidos políticos y además ni el plebiscito ni el referéndum a través del cual se pretende la reforma de la Constitución pueden considerarse como actos administrativos;

b) Que constituye una contradicción el que habiéndose inadmitido la demanda, no hubiese corrido igual suerte la suspensión provisional deprecada;

c) Que es erróneo sostener, como lo hace la providencia suplicada, que el artículo 153 del Código Contencioso Administrativo, creó una acción nueva o incidente autónomo;

d) Que la providencia de que se trata quebranta el artículo 55 de la Carta, por cuanto trata de impedir que tanto el Ejecutivo como el Congreso ejerzan las funciones propias de sus respectivos poderes;

e) Que la convocatoria al pueblo colombiano a un referéndum no está prohibida por la ley ni por la Constitución, ni la consulta popular como tal, puede considerarse inconstitucional; que en lo que respecta al artículo 218 de la Carta, "las cosas se deshacen como se hacen: Si una consulta al constituyente primario le dio vida, otra lo puede fenecer"; que "el Congreso es solamente un poder constituyente secundario y solamente el pueblo... es constituyente primario cuyo poder no está limitado ni por la Constitución ni por la creación de poderes o mecanismos constituidos" (los apartes transcritos en este literal están contenidos en el escrito signado por el recurrente Dussán).

3º *El doctor Guillermo Hernández Rodríguez.* Solicita este profesional la revocatoria total de la providencia recurrida. Para el efecto empieza por hacer el distingo entre los actos políticos o de Gobierno para concluir, con citas de autores extranjeros, afirmando que el auto recurrido viola el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo porque el acto de la Casa de Nariño no es ni un acto administrativo ni un acto de Gobierno "porque forma mancorna inseparable con un particular", y como no es administrativo no entra en la competencia del Consejo. Con fundamento en análisis que hace en torno al constituyente primario y sus teorías en Francia y Alemania y la separación de los poderes, concluye sosteniendo la inaplicabilidad de la suspensión provisional en prevención en el auto que recurre, suspensión que tampoco es viable dentro del contexto de la legislación actual. Asevera igualmente el memorialista, que el acto cuya suspensión provisional en prevención se ha decretado no está encaminado a producir un "acto definitivo inconstitucional o ilegal", pues ya se ha visto que en la doctrina y jurisprudencia, el referéndum y plebiscito, "son movilizaciones del constituyente primario que producen actos que como el bautismo cristiano, purifican todos los pecados originales si los hubiere" y agrega: "No puede presumirse en un auto de suspensión provisional que el constituyente primario va a votar negativamente el referéndum. Nada autoriza a proceder con semejante presunción subyacente" y por el contrario un referéndum provocado por dos partidos que movilizan un inmenso electorado en Colombia, no es posible que se derrote en una consulta popular; fuera de eso, aquí se trata de producir un acto que se va a incorporar en el orden constitucional del país con el consentimiento del pueblo como constituyente primario.

Surtido el correspondiente trámite del recurso de súplica, procede la Sala de Decisión a resolverlo, para lo cual hace las siguientes,

Consideraciones:

En la providencia recurrida el honorable Magistrado ponente inadmitió la demanda propuesta contra el denominado "Acuerdo de la Casa de Nariño", suscrito el 20 de febrero del año que avanza entre el señor Presidente de la República Virgilio Barco y el señor Expresidente Misael Pastrana Borrero; se declaró inhibido para co-

nocer del oficio de 23 del mismo mes dirigido por el Jefe del Estado al doctor Rodrigo Marín Bernal, miembro de la Dirección Nacional del Partido Social Conservador, y se suspendió provisionalmente en prevención el "Acuerdo de la Casa de Nariño". A tales conclusiones llegó después de un amplio, serio y ponderado estudio que hizo en torno del problema que se le planteó en la demanda.

Ya se hizo la síntesis de las razones aducidas por el señor Fiscal, el demandante y las personas reconocidas como partes impugnadoras en las diligencias. Y la Sala ha estudiado con detenimiento todas esas argumentaciones, adoptando para definir el recurso y disipar las preocupaciones y dudas que se han planteado, el siguiente método que responde en forma global a las distintas inquietudes que se han planteado.

1. *La suspensión provisional en prevención.*

Se comienza por este tema de la suspensión provisional en prevención por ser el punto neurálgico, central de la controversia que distrae la atención tanto del señor Fiscal como de los impugnadores, y que en sentir de la Sala explica la razón de la inadmisión de la demanda que se dispuso en el numeral primero de la parte resolutiva del auto suplicado. Y para su dilucidación, fuera de las atinadas razones que se expresan en el mismo y que ésta Sala prohíja, no sobra transcribir aquí como motivación de este proveído lo dicho en la providencia de 23 de marzo del año en curso en asunto del cual fue ponente el Consejero que redacta la presente.

"El artículo 153 del Código Contencioso Administrativo preceptúa que la suspensión provisional procederá también:

"1. Contra actos preparatorios o de trámite cuando se dirijan a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso.

"2. Contra los actos de ejecución cuando el definitivo no haya sido notificado legalmente, cuando los recursos interpuestos contra él no hayan sido resueltos ni siquiera en forma presunta o cuando las autoridades hayan impedido que se recurra. En este caso el proceso y la suspensión terminarán cuando se cumpla con los requisitos omitidos.

"La suspensión impedirá completar o ejecutar los actos definitivos.

"Este artículo vino a establecer en el medio jurídico colombiano una nueva modalidad de suspensión provisional para actos preparatorios o de trámite, denominándola suspensión provisional en prevención, es una modalidad de suspensión que suscita dudas en cuanto a su constitucionalidad, siendo así que a términos del artículo 193 de la Constitución la suspensión provisional sólo cabe contra actos administrativos definitivos, no contra los de trámite. Sin embargo, ya la honorable Corte Suprema de Justicia al hacer la revisión del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo por vía de la acción, la encontró exequible como consta en la sentencia número 82 de agosto 16 de 1984. Además vistos los términos de la redacción misma del

artículo 153, bien puede afirmarse que allí no se consagra en verdad una medida cautelar, una auténtica suspensión provisional supeditada a una petición principal de nulidad de un acto administrativo, sino petición principal *sui géneris* de suspensión provisional en prevención de un acto preparatorio o de trámite, petición cuya finalidad exclusiva es evitar que se expida el acto principal. Es una petición que en puridad de verdad pocos puntos de convergencia guarda con la suspensión provisional de tipo general regulada en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, relievándose por el contrario su clara autonomía como institución hoy específica del Derecho Contencioso Administrativo Colombiano, con elementos que difieren de los elementos tradicionales de ese instituto excepcional que tiene carácter cautelar.

"En efecto, fuera de lo antes dicho, hay que tener en cuenta lo siguiente:

"a) Que la suspensión provisional según el claro texto del artículo 193 de la Constitución Nacional, sólo puede recaer sobre actos de la administración como consecuencia directa de la actividad jurídica de ésta y según las reglas que rigen esa medida provisoria, al paso que la suspensión provisional en prevención sólo recae sobre actos preparatorios o de trámite, o sobre los actos de ejecución;

"b) La suspensión provisional de que habla el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo es una acción accesoria que no puede impetrarse de la jurisdicción contencioso administrativa en forma libre, independiente o autónoma, y cuando ella se solicita su planteamiento debe hacerse dentro del ejercicio de las acciones legalmente pertinentes y en las oportunidades que taxativamente ha fijado a ley. Sin la existencia de una demanda desaparece la base, el sustentáculo que hace viable el pedimento de la suspensión. La suspensión provisional en prevención en cambio, se solicita en forma libre, independiente o autónoma, no estando subordinada a ningún otro planteamiento, ni requiere simultaneidad con una demanda, o que pueda impetrarse con posterioridad a la presentación de una demanda, por cuanto ciertamente que ese evento no se manifiesta en la suspensión en prevención;

"c) La suspensión provisional, tal como está reglada en nuestro sistema, es un recurso de emergencia eminentemente transitorio, característica que por su finalidad misma no reviste la suspensión provisional en prevención, que sólo pretende evitar la producción de un acto definitivo que se juzga inconstitucional o ilegal y no susceptible de ningún recurso" (Expediente número 830).

Conforme lo anterior, no se requiere de un mayor esfuerzo intelectual para entender la razón de la inadmisión de la demanda dispuesta en el auto suplicado, pues siendo una petición principal *sui géneris*, libre, independiente o autónoma, que no está subordinada a ningún otro planteamiento, y no siendo por lo mismo menester que esa petición sea simultánea con una demanda, carece de todos sentido el auto admisorio de ella por lo mismo que la idea del proceso está totalmente descartada a términos del numeral primero del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo, lo cual, dicho sea de paso,

impone la necesidad de que en la providencia que resuelva sobre la suspensión provisional en prevención se haga el estudio de fondo de las violaciones señaladas y se analicen las pruebas allegadas para el efecto, todo lo cual no puede hacerse cuando de la suspensión provisional del artículo 152 se trata.

2. *Aspecto de forma.*

Se estima por algunos de los impugnadores que el acto cuestionado no puede producir efectos ni considerarse como existente por la forma como se adujo a las diligencias. Pero en sentir de la Sala esta es una glosa infundada, pues la copia del acto impugnado fue expedida por el señor Secretario General de la Presidencia de la República quien lo refrendó con los correspondientes sellos de su Oficina. Son copias hábiles dentro del informativo conformado para el estudio y decisión de la suspensión provisional en prevención, con los fines y alcances que le atribuye el artículo 153 del Código Contencioso Administrativo (art. 254, numeral 1º del C. de P. C.). Además, como acto preparatorio según lo entiende la Sala, no requiere de publicación oficial.

3. *Actos de trámite.*

Es bien sabido que al lado de los actos administrativos que son los que proveen sobre materias de esa índole y que son conocidos como actos definitivos, existen los actos que sirven de medio adecuado para que aquellos sean pronunciados y son los denominados actos de trámite, que en ocasiones deciden de manera directa o indirecta el fondo de los asuntos o actuaciones, asumiendo en tales casos el carácter de definitivos, acusables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo según las voces del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Por manera que los actos de trámite impulsan las resoluciones definitivas; y son actos preparatorios igualmente los que integran un procedimiento administrativo, para una decisión final. Además en reciente providencia de esta Sala se hizo con toda nitidez la distinción entre actos de trámite y actos preparatorios, así:

"El acto de trámite como su nombre lo indica tiene lugar dentro del marco de un procedimiento o actuación administrativa, siendo en su contenido una decisión que tiene por objeto y por efecto únicamente el impulso del citado procedimiento o actuación, con miras a la culminación del mismo, que habrá de plasmarse en el acto definitivo que le ponga término decidiendo sobre el fondo del asunto sobre que versa.

"El acto de trámite no incide en la decisión misma que haya de tomarse, mira a aspectos de puro procedimiento, pero es necesario su expedición habida cuenta en cada caso concreto del procedimiento previsto por la ley para llegar a aquélla.

"De su lado, el acto preparatorio, por el contrario, y como su nombre lo indica, va prefijando el contenido de la decisión de mérito que proceda tomar, esto es, prepara el acto definitivo que ponga término a la actuación.

"La necesidad o no de expedición de actos preparatorios dentro de una actuación lo predetermina la ley que regule la materia y ello lógicamente incide en la simplicidad o complejidad de los distintos procedimientos que informan las actuaciones de la Administración Pública" (Expediente número 830, Ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez).

4. *Acuerdo de la Casa de Nariño.*

Como bien se recuerda en el auto recurrido, el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo define el acto administrativo sujeto a control jurisdiccional, como la conducta o abstención capaz de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia. "Las llamadas operaciones administrativas y vías de hecho se considerarán en adelante y para todos los efectos, actos administrativos", y que como si no fuera suficiente, el Código comprende de manera expresa, entre otros actos administrativos sujetos a control jurisdiccional, los denominados actos "políticos" o de "Gobierno", y los conceptos y circulares que la Administración quiera aplicar de modo general, así como algunos actos de certificación y registro.

Sea de ello lo que fuere, se dice en el auto, "lo cierto es que ante la disposición mencionada, si un acto expedido por una autoridad administrativa, y en algunos casos expedido por otras autoridades y hasta por particulares (criterio material), para una finalidad administrativa, contiene los elementos o factores del artículo 83 del Código, ese acto será administrativo. Es posible que teóricamente existan otros criterios de identificación, pero en el derecho colombiano, son los mencionados los que resultan necesarios y bastantes para entender que existe el acto administrativo".

Ahora bien, sigue diciendo el auto recurrido, "el denominado Acuerdo de la Casa de Nariño" contiene la expresión de una conducta del Presidente de la República, conducta asumida por él en su condición de suprema autoridad administrativa y de Jefe del Estado, tan capaz de producir efectos jurídicos que los está produciendo (como adelante se verá), y en cuya formulación y realización influyó directa e inmediatamente la voluntad del primer mandatario de la República. Así las cosas, este acto administrativo no deja de serlo por el hecho de llevar la firma de un ciudadano sin investidura oficial, porque lo que le confiere el carácter anotado sigue estando allí presente y ninguno de los atributos o factores para que lo sea, desaparece por el hecho de la inclusión de la voluntad particular, como si fuera un contrato, o como si el cumplimiento de lo consignado en él estuviera necesariamente condicionado a la voluntad del firmante particular. Y más adelante dice: "Se ha pretendido decir que en el Acuerdo de la Casa de Nariño, los firmantes obraron como representantes o jefes de partidos políticos capaces de comprometer a algunos de ellos, porque en el Acuerdo expresan que los partidos Liberal y Social Conservador se comprometen a votar afirmativamente, en el Congreso, la convocatoria del pueblo colombiano a un referéndum.

"No parece que este compromiso pueda ser vinculante, en primer lugar, porque de conformidad con la Ley 58 de 1985, los partidos ins-

cribirán ante la Corte Electoral (hoy, Consejo Nacional Electoral) los nombres de las personas que, de acuerdo con sus estatutos, hayan sido elegidas o designadas para dirigirlos y para integrar sus órganos de gobierno y de administración (art. 5º). ...Y no aparece por parte alguna que el Presidente de la República y el Expresidente Misael Pastrana Borrero ostenten la personería de los partidos Liberal y Social Conservador. Si el Congreso Nacional en su sabiduría resolvió disponer la organización y funcionamiento de los partidos políticos, incluyendo normas como la citada, a ella deben someterse por igual, partidos, funcionarios, organismos y gobernados. Esa es la virtud de la ley: Ser general y obligatoria mientras no resulte derogada o declarada contraria al ordenamiento jurídico".

Al explicar el Magistrado sustanciador en su auto como ninguno de los compromisos suscritos en el Acuerdo de la Casa de Nariño incluye como tal a persona distinta al Presidente de la República expresa: "Sólo el Presidente de la República pudo comprometerse en la creación de una Comisión Preparatoria del Proceso de Reajuste Institucional, y por eso él la creó, como aparece del documento de 23 de febrero del presente año dirigido a uno de los miembros de la Dirección Nacional (sic) del partido Social Conservador. Sólo el Gobierno está en capacidad de convocar al Congreso Nacional a sesiones extraordinarias para que se ocupe durante el tiempo que sólo el Gobierno señale, de las materias que sólo el Gobierno puede incluir en la agenda legislativa. Sólo el Gobierno (o el Presidente como dice mal el texto del Acuerdo), puede integrar las ternas de entre las cuales las Cámaras Legislativas escogerán los cincuenta miembros que integren la Comisión de Reajuste Institucional. Y, como se anotó, ni el Gobierno, ni el Presidente, ni persona alguna puede válidamente comprometer a los miembros del Congreso de la República para que, como integrantes de un partido político, voten un proyecto de ley o de resolución en determinado sentido".

Después de discurrir sobre otros aspectos del Acuerdo dice el señor Magistrado sustanciador: "El Acuerdo de la Casa de Nariño, como acto administrativo, asume el carácter de preparatoria, en contraposición al acto administrativo de carácter definitivo. Es preparatorio y fundamento de todos los actos jurídicos de que allí se trata, y es el que precisamente ha comenzado a desencadenarlos en virtud de su cumplimiento preciso por el Presidente de la República..."

Asiste razón al señor Magistrado ponente en su auto al hacer el análisis del Acuerdo de la Casa de Nariño. Y es que en verdad ese Acuerdo de suyo no produce ningún efecto jurídico respecto de los gobernados; no es un acto administrativo definitivo en sí mismo considerado, puesto que asume el carácter de preparatorio como allí se dice; apenas marca el paso inicial en el proceso que como del mismo se colige, debe culminar con el referéndum a celebrarse el 9 de octubre de 1988, teniendo por tal razón indudablemente un simple carácter de acto preparatorio. Este acto no pone fin a ninguna actuación sino que facilita con los subsiguientes desarrollos el referéndum. El no contiene una definición que por sí sola tenga la virtualidad de producir los efectos buscados con el tan mencionado referéndum, al

cual se someterá el resultado del trabajo de la Comisión de Reajuste Institucional para ser votado por los ciudadanos. Pero antes de ello, debe agotarse todo el procedimiento, todos los trámites con los cuales dicen comprometerse quienes lo suscriben. Ese acto, se repite, tiene una connotación de simple acto preparatorio, una manifestación del señor Presidente de la República que no pone fin a ninguna actuación, sino que facilita, con los desarrollos posteriores, el logro de los propósitos acordados.

Por manera, pues, que el Acuerdo de marras no es propiamente un acto administrativo definitivo que decide en el fondo un asunto o actuación administrativa, como tampoco uno de trámite que directa o indirectamente haga lo mismo, sino que es un simple acto preparatorio como ya se ha repetido, susceptible de suspensión provisional en prevención por dirigirse precisamente a producir un acto definitivo inconstitucional, como se analiza en la providencia suplicada, contra el cual no cabe obviamente ningún recurso.

Ahora bien, en la doctrina, en la jurisprudencia y en el mismo derecho positivo se hacía antes la distinción entre actos administrativos y actos políticos o de gobierno para excluir a estos últimos del control jurisdiccional por los Tribunales Administrativos. Pero en el inciso segundo del artículo 82 del Decreto-ley 01 de 1984 expresamente se dijo que "esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en los actos políticos o de gobierno, pero sólo por vicios de forma", condición que fue declarada inexequible por la honorable Corte Suprema de Justicia.

Pues bien, tal como está concebido el Acuerdo de la Casa de Nariño es indiscutible que tiene connotaciones políticas en la vida misma del país, no solamente por la jerarquía de quien lo suscribe como Presidente de la República, sino por estar suscrito también por un Expresidente, que si bien carece de jerarquía política a términos del artículo 5º de la Ley 58 de 1985, es evidente su importante influjo en el partido Conservador colombiano. Lo acabado de decir no desvirtúa la naturaleza de administrativo del acto preparatorio acusado sometido a control de esta jurisdicción.

5. *La Reforma Constitucional.*

Como es sabido, el Gobierno nacional está empeñado en buscar mecanismos para introducirle reformas a nuestra Constitución. Y se ha hablado de consulta popular, de plebiscito y por último en el Acuerdo de la Casa de Nariño se plantea la posibilidad de un referéndum. Y es laudable el propósito del Gobierno de concebir las enmiendas a la Carta con un sentido nacional y no de partido, al aceptar la participación de las colectividades políticas y suscribir el Acuerdo con el Expresidente Misael Pastrana Borrero para conformar primero, una Comisión Preparatoria del Proceso de Reajuste Institucional encargada de preparar las materias objeto de reforma, de las que habrá de ocuparse una Comisión de Reajuste Institucional elegida por el Congreso Nacional, que a la vez estudiará y aprobará la convocatoria al pueblo colombiano a un referéndum para el 9 de

octubre de 1988. Y todo esto ha suscitado controversia no tanto por los temas de las reformas, sino por los procedimientos propuestos para el logro de esos propósitos.

Pero el referéndum, como se expresa en el auto recurrido, es inconstitucional, pues la Carta Fundamental únicamente puede ser reformada de la manera como ella misma, de modo preciso, determina en su canon 218 en armonía con el artículo 13 del Plebiscito de 1957. Sobre esto dice el auto en mención: "...no abriga duda el Despacho y para llegar a esta conclusión tajante no precisa siquiera ensayar otro razonamiento, como quiera que la ley de leyes es terminante al respecto: 'La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, sólo podrá ser reformada por un acto legislativo...' ...y no cabe, pues, traer argumento alguno acerca de la forma que pudiera usarse válidamente para producir reformas a la Superley por procedimiento diverso al que traza el citado artículo 218, así fuera alegando las situaciones gravísimas por las que atraviesa dolorosamente la patria, pues el *desiderátum* es: o se acata o no se acata el Estado de Derecho en nombre del cual se desempeñan las funciones públicas y cuyos postulados se pretexta defender desde el instante mismo en que se accede a ellas. Y concluye el auto:

"Conviene agregar lo siguiente: El Gobierno puede, válidamente, integrar comisiones de estudio; puede constitucionalmente convocar al Congreso a sesiones extraordinarias para que se ocupe de los negocios que aquél someta a su consideración y durante el tiempo que el mismo Gobierno señale; puede, para determinadas finalidades y labores, enviar ternas de candidatos; puede en fin, presentar proyectos de ley; pero todo ello dentro de su órbita constitucional. Mas no le es posible jurídicamente realizar todas esas conductas con fines no contemplados en la Carta, es decir, violando sus disposiciones, porque en ese caso su comportamiento a través de los actos administrativos que tales fines inconstitucionales persigan, deberá ser anulado o suspendido por la jurisdicción en lo contencioso administrativo".

El artículo 218 de nuestra Constitución dispone:

"La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, sólo podrá ser reformada por un acto legislativo, discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el Gobierno, para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por esta nuevamente debatido, y, últimamente, aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada cámara. Si el Gobierno no publicare oportunamente el proyecto de acto legislativo, lo hará el Presidente del Congreso".

El constituyente, pues, estableció un sistema rígido para llevar a cabo los cambios institucionales, sistema que no ofrece flexibilidad alguna para variar, así sea transitoriamente, ese régimen del artículo 218 para las reformas de la Constitución Nacional. Por manera que la única fórmula jurídica de auténtico origen democrático que garantiza la continuidad del sistema jurídico institucional que nos rige y sus cambios, es la que señala el constituyente en el artículo 218 de la

Carta. Por ello, se afirma, que el mecanismo propuesto en el Acuerdo de la Casa de Nariño no es viable ni está conforme con nuestro régimen jurídico.

El Consejero ponente en su providencia, que comparte íntegramente esta Sala, sin pretender en modo alguno adentrarse en el estudio sobre el modo o alternativas para la reforma de la Constitución, simplemente reflexiona en torno de la no viabilidad de los mecanismos expresados en el Acuerdo de la Casa de Nariño que no están conforme con nuestro régimen jurídico. Recuerda las previsiones del artículo 218 de la Constitución que pone en manos del Congreso, como lo hemos visto, la facultad de efectuar las reformas mediante una ley especial denominada acto legislativo, discutido y aprobado en dos legislaturas ordinarias, esto es, con no menos de un año de intervalo entre una y otra, durante el cual el Gobierno debe publicarlo con miras a que sea conocido por la ciudadanía.

El país aspira ansiosamente a redimirse de la violencia que lo azota y por eso es preocupante que mientras la patria se desangra, sin embargo hay quienes se embarcan en vaguedades jurídicas y políticas con miras a apresurados cambios de dudosa ortodoxia constitucional, en vez de pensarse en el rescate del orden para conservar las formas jurídicas que nos permitan vivir en paz. La Nación espera en sus momentos de crisis de sus dirigentes, las soluciones más sensatas que no pueden ser otras que las soluciones jurídicas.

6. *Acumulación indebida de acciones.*

Algunos de los impugnadores aseveran "que la demanda" contiene una indebida acumulación de acciones "por tratarse en un caso del llamado Acuerdo de la Casa de Nariño (acción de nulidad) y en el otro de designaciones para una comisión (acción electoral)".

Para rebatir las argumentaciones anteriores basta recordar lo que atrás se dijo al abordarse el tema de la suspensión provisional en prevención: Que ésta no está supeditada a una petición principal de nulidad de un acto administrativo, sino que es una petición principal *sui géneris* de suspensión provisional en prevención de un acto preparatorio o de trámite que se solicita en forma libre, independiente y autónoma, no estando subordinada a ningún otro planteamiento, "ni requiere simultaneidad con una demanda". Consecuencialmente, en el caso de autos, mal puede hablarse de acumulación indebida de acciones por el manejo mismo que procedimentalmente se ha dado al asunto dentro de los parámetros del numeral 1º del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo.

Como consecuencia de todo lo que aquí se ha expresado, la providencia dictada por el Magistrado sustanciador el 4 de abril del año en curso, que ha sido objeto del recurso de súplica, será confirmada, pues la Sala comparte las razones que se expusieron en la misma y no encuentra aceptables las argumentaciones dadas por los recurrentes, que dicho sea de paso, hacen una interpretación del numeral 1º del artículo 153 del Código Contencioso Administrativos que a juicio de la Sala no está acorde con el sentido y alcance de la tan importante innovación que trató el Decreto 001 de 1984.

Y en razón de lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado, *confirma* la providencia suplicada proferida por el Consejero Guillermo Benavides Melo el 4 de abril del año en curso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Despacho del señor Consejero ponente.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día de hoy.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

PENSION GRACIA.—

Extensión de ese principio a los empleados y profesores de las escuelas normales y a los inspectores de instrucción pública (Ley 116 de 1928).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., doce de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 3016. Autoridades Nacionales. Actor: Leonardo Antonio Pineda Valderrama.

En consulta del fallo de mérito calendado a veinticuatro de julio de mil novecientos ochenta y siete proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, ha llegado al conocimiento del Consejo de Estado el presente asunto, referente a la acción de restablecimiento del derecho incoada por el señor *Leonardo Antonio Pineda Valderrama* a través de apoderado. La sentencia en mención declaró nulo el acto administrativo integrado por las Resoluciones números 10057 de 20 de octubre de 1984 y 0575 de 12 de febrero de 1985, dictada aquélla por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, y la segunda, por la Directora General del mismo ente, por el cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al hoy actor; además, dispuso que la citada Caja debe pagar y reconocer al señor Pineda Valderrama una pensión mensual y vitalicia de jubilación, de acuerdo con la Ley 114 de 1913 y demás leyes concordantes, en cuantía del setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual que devengó en el año inmediatamente anterior al 9 de abril de 1983 con los incrementos ordenados por la Ley 4ª de 1976, teniendo en cuenta que el goce de la pensión jubilatoria no será incompatible con el ejercicio de la docencia, por lo que el señor Pineda no tendrá que acreditar su retiro definitivo del servicio oficial; por último, el *a quo* señaló que la Caja Nacional de Previsión Social dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

La motivación principal del acto acusado para denegar la petición que le hiciera el señor Pineda Valderrama dice a la letra:

> "Que de conformidad con las normas transcritas y teniendo en cuenta el tiempo de servicios acreditado por el señor Leonardo Pineda Valderrama no es procedente por esta entidad acceder al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación solicitada, ya

que al tenor de lo dispuesto en la Ley 114 de 1913, el interesado no acredita haber laborado en escuelas primarias oficiales y que el hecho de haber prestado sus servicios en la Normal Granada no lo hace acreedor al beneficio de la mencionada ley, por cuanto aunque la Ley 116 de 1928 cobije a los profesores de normales con dicho beneficio ésta es complementaria de la Ley 114 de 1913, que como lo señalamos anteriormente exige que se haya laborado a nivel de Primaria Oficial; consecuencialmente no hay lugar a la aplicación de la Ley 37 de 1933 que dispone años de servicios laborados en establecimientos de enseñanza secundaria, ya que para ello se requiere haber laborado parte en primaria, caso éste que no aparece probado en el informativo, tal como consta en el certificado aportado al expediente, con el que se acreditan sus tiempos como profesor de enseñanza secundaria" (fl. 32).

La otra resolución conformante del acto cuestionado, reitera el punto de vista sostenido por la precedente, con base en los artículos 1º de la Ley 114 de 1913, 3º de la Ley 37 de 1933, 6º de la Ley 116 de 1928, es decir que la razón para denegar la pensión estriba en el hecho de no haberse desempeñado el señor Pineda en la enseñanza primaria no en una normal.

Los hechos descritos en la demanda como fundamento de ella, se encuentran debidamente probados, así: a) Que el señor Leonardo Pineda Valderrama nació el 9 de abril de 1933, con partida de bautismo de origen eclesiástico, por lo que para la época de su solicitud a la Caja —14 de noviembre de 1983— tenía cincuenta (50) años cumplidos (fl. 2); b) Tiempo de servicio: Como profesor y rector de la Escuela Normal de Granada (Antioquia), antiguo Liceo de Granada, 18 años, 8 meses y 13 días comprendidos entre el 20 de enero de 1955 y el 17 de agosto de 1978, y como Jefe de Núcleo y Director de Núcleo de la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia durante 4 años, 6 meses y 13 días comprendidos entre el 18 de agosto de 1978 y el 28 de febrero de 1983 (fls. 3 y 4). Todos estos cargos fueron desempeñados como funcionario o empleado del Departamento de Antioquia.

El demandante estima que el acto administrativo es violatorio de los artículos 1º y 4º de la Ley 114 de 1913; 6º de la Ley 116 de 1928; 32 del Decreto 2277 de 1979, 6º del Decreto legislativo 2277; 224 de 1972, 4º de la Ley 4ª de 1966, 5º del Decreto 224 de 1972 y 151 del Código Procesal Laboral.

No observando la Sala que se haya incurrido en causal que invalide lo actuado, para resolver

Se considera:

En virtud de la Ley 114 de 1913, se otorgó a los *maestros de escuelas primarias oficiales* el derecho a devengar pensión de jubilación vitalicia, con la condición de que hayan servido en el Magisterio por un término no menor de veinte años, siempre que comprueben, mediante documentos auténticos y declaraciones de testigos idóneos, recibidos ante un Juez de Circuito y con intervención del respectivo

Agente del Ministerio Público, que en los empleos desempeñados se ha conducido con honradez y consagración; que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional, que observa buena conducta y que ha cumplido 50 años de edad.

El derecho descrito, que en un principio fue establecido únicamente para los maestros de enseñanza primaria oficiales, fue extendido por la Ley 116 de 1928 a *los empleados y profesores de las escuelas normales* y a *los inspectores de instrucción pública,* con un aditamento más: "Para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar en aquélla la que implica la inspección" (art. 6º). Y obviamente debiendo demostrar los iguales requisitos de edad, tiempo de servicio, honradez y consagración, buena conducta y de no recepción de pensión o recompensa del Tesoro Nacional que los que han de acreditar los que sólo han llevado a cabo su labor como maestros de primaria.

De manera que la interpretación restrictiva que hizo la Caja Nacional en el acto que se analiza, no se compagina con el sentido que quiso darle el legislador de 1928 al nuevo derecho de instrucción pública. Es, simplemente, un derecho similar, semejante al que ya existía, por la ley a que se remite —la 114 de 1913— para los maestros de las escuelas primarias oficiales. La circunstancia de que la Ley 116 de 1928 diga que "para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar aquélla la que implica la inspección", no significa que necesariamente el normalista haya tenido que ser maestro de primaria o inspector, sino que basta que los veinte años hayan sido como tal, o como normalista y maestro de primaria, o normalista e inspector, o las tres tareas mencionadas. Lo importante, lo que quiere la ley consiste en que los veinte años, sumados, hayan transcurrido, bien como empleado y profesor de normal, o como empleado y profesor de normal más maestro de primaria, o como lo anterior más inspector de instrucción pública, o simplemente inspector con tal que dé veinte años de servicio y se hayan cumplido cincuenta años de edad en el servicio *oficial,* el que bien puede ser a nivel nacional, o departamental, o municipal, o bien sumados en todo o en parte, los tiempos de servicio a todas o a cada una de las entidades territoriales mencionadas. No es, por tanto, correcta la motivación del acto acusado.

Además, el Decreto legislativo 224 de 1972 fue más allá de lo que disponían las leyes que acaban de comentarse, pues dijo en su artículo 6º que "los profesionales de la docencia en ejercicio o inscritos en el escalafón que hayan sido o sean llamados a ocupar cargos administrativos relacionados con la enseñanza elemental, secundaria o media, capacitación, supervisión e investigación científica en el Ministerio de Educación Nacional o en organismos descentralizados del sector educativo, conservarán el carácter de docentes y disfrutarán de todos los beneficios para efectos de ascensos en el escalafón y pensión de jubilación".

De suerte, pues, que habiendo satisfecho el actor todos y cada uno de los requisitos que se han visto, asistió razón al Tribunal Admi-

nistrativo de Antioquia para que declarase nulo el acto administrativo acusado, por todo lo cual, coincidiendo ello con el *petítum* de la demanda, habrá de ser confirmada su sentencia en grado de consulta.

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 de veinticuatro de julio de mil novecientos ochenta y siete, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en este asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de su origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 11 de mayo de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente con excusa legal, *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

GRAVAMENES A IMPORTACIONES DE PAISES MIEMBROS DEL PACTO ANDINO.—

a) Concepto del Tribunal Andino de Justicia sobre interpretación de normas;

b) Supuestos en el proceso de desgravación de pronunciamientos del Consejo Nacional de Política Aduanera y Decreto del Ministro de Hacienda, concretando en un acto la voluntad de la Administración;

c) La sola suscripción del Pacto Andino o la sola expedición de la Ley 8ª de 1973, generan por sí solas los efectos de la desgravación;

d) La acción a instaurar, la de revisión de impuestos.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., trece de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 1066. Actor: C. I. Tradecol S. A. y otros. Nulidad de negativa por razón de silencio administrativo del Consejo de Política Aduanera, con relación a la reposición del auto sobre la posición arancelaria número 39002.01.99. Fallo.

Las sociedades Tradecol S. A., Plastilene, Antonio Pacini & Cía. S. C. A., Dorfan Impresiones & Cía. Ltda., Solveco S. A., Prepac Colombiana Ltda., Plásticos Ltda., Envases Funcionales S. A. y Flexipak Gerardo Restrepo & Cía. Ltda., en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicitan de esta Corporación la siguientes declaraciones y condenas:

"En mérito de lo expuesto atentamente solicito al honorable Consejo de Estado que declare y ordene, lo siguiente:

"1. Que las importaciones de polietileno de baja densidad producido y despachado por Polímeros del Lago C. S., sociedad venezolana cuyas condiciones para los efectos de la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena (Decreto 1900 del Gobierno de Colombia) fueron oportunamente acreditadas y que se relacionan en los puntos 4 y 5 de los hechos de esta demanda, no estaban sujetas al pago de gravémenes arancelarios, en virtud de lo dispuesto en el párrafo final del artículo 14 de la Decisión 91 del Acuerdo de Cartagena.

"2. Que por tanto, la Decisión del Consejo Nacional de Política Aduanera de 31 de enero de 1979 y la negativa implícita en el silencio administrativo, por parte de esa misma entidad, respecto del recurso de reposición intentado contra la primera, son nulas.

"3. Que hay lugar a la devolución de los derechos de aduana indebidamente pagados por mis poderdantes según la relación que aparece adelante.

"4. Que por tanto se ordene a quien corresponda efectuar las devoluciones correspondientes a las siguientes importaciones".

Reconstruido el expediente original, el cual fue incinerado en los luctuosos hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985, es el momento de decidir las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de las anteriores peticiones, las sociedades demandantes expusieron:

1. Las actoras importaron de Venezuela diferentes cantidades de polietileno de baja densidad durante el año de 1978.

2. Los productos mencionados importados a Colombia fueron gravados, no habiéndolo debido ser, por virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Decisión 91 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena relativo al programa sectorial del Desarrollo de la Industria Petroquímica, según el cual "cuando un producto se hubiera asignado a más de un país miembro, la eliminación de los gravámenes para las importaciones que se realicen entre ellos, de los respectivos productos, se hará en la forma prevista en los artículos 11 y siguientes de la Decisión...

"1. *De los objetivos del Programa.*

"Artículo 1º Los países miembros adoptan el presente Programa con la finalidad de alcanzar los objetivos señalados en el artículo 32 del Acuerdo de Cartagena y de promover el desarrollo eficiente de la industria petroquímica en la Subregión.

"... ... .

"Artículo 6º Dentro de los treinta meses siguientes a la aprobación de la presente decisión los países miembros deberán presentar las informaciones técnico-económicas de los productos asignados cuya elaboración no se hubiere iniciado en dicha fecha. En caso de excepción, calificados por la Junta, ésta podrá ampliar el plazo señalado en este artículo por una sola vez y por un plazo de hasta doce meses.

"a) Los países miembros adoptarán dentro de los 30 días siguientes a la aprobación de la presente decisión gravámenes no superiores a los que se señalan respectivamente en la Parte I del Anexo IV;

"b) Los anteriores gravámenes serán eliminados totalmente a más tardar el 31 de diciembre de 1980 por parte de Colombia, Chile, Perú y Venezuela y el 31 de diciembre de 1985 por parte de Bolivia y el Ecuador.

"Aquellos de los países miembros que comparten una asignación que así lo deseen podrán convenir entre ellos una desgravación más

acelerada de los productos respectivos para sus importaciones recíprocas, en cuyo caso pondrán el convenio en conocimiento de la Comisión y de la Junta.

"Mientras el país miembro favorecido con la asignación de un producto no inicie la producción respectiva o cuando su producción sea insuficiente para abastecer su mercado interno, deberá suspender la aplicación de gravámenes a la importación de dichos productos cuando éste sea originario y procedente de los otros países miembros favorecidos con la misma asignación y donde ya se hubiere iniciado la producción asignada hasta su suspensión podrá ser limitada a un monto de importación al menos igual a dicho faltante".

3. A cada una de las importaciones efectuadas por las sociedades demandantes se acompañaron los documentos demostrativos de las calidades de las empresas exportadoras (Compañía Venezolana Polímeros del Lago C. A.) según se lee en los manifiestos de importación y, los certificados de origen, necesarios para obtener el reconocimiento de la desgravación, la cual no fue tenida en cuenta por la Aduana de Cúcuta para el efecto indicado; advierten los demandantes que sí se les reconoció la exención de los impuestos del 5% y 1.5% prevista en favor de los países del Grupo Andino de acuerdo con los Decretos 444 y 688, ambos de 1967, y al régimen de libre importación prevista para los productos provenientes de la Subregión.

4. Los interesados elevaron al Consejo de Política Aduanera la correspondiente solicitud de desgravación respecto de la importación de polietileno de baja densidad traído de Venezuela y al efecto se señalan en la demanda las fechas de las solicitudes, el Registro de importación y sus modificaciones, así como las fechas de nacionalización de los productos.

5. En tales circunstancias, las mercancías fueron nacionalizadas previo el pago de los gravámenes arancelarios previstos fuera del marco de aplicación del artículo 14 de la Decisión del Acuerdo de Cartagena.

6. El Consejo de Política Aduanera se abstuvo de pronunciarse acerca de la solicitud y los demandantes pidieron pronunciamiento respecto de si aquel organismo estimaba que era otra la agencia gubernamental la competente para definir la cuestión.

7. El 20 de febrero de 1979, el Consejo de Política Aduanera hizo saber a los peticionarios que en su reunión de 31 de enero de 1979, había decidido no recomendar la desgravación "hasta no estudiar a fondo el caso y ver el cumplimiento de normas de origen por parte de Venezuela, decisión contra la cual las actoras interpusieron recurso de reposición el 13 de marzo de 1979, y solicitaron la devolución de las sumas que estimaban haber pagado indebidamente, sin que, respecto de esas dos cuestiones, hubiera habido pronunciamiento expreso por parte del Consejo de Política Aduanera, hasta el momento de presentación de la demanda, el 15 de septiembre de 1980.

8. En consecuencia, el señor Procurador Judicial de las actoras encuentra configurado el silencio administrativo negativo, "en virtud del cual entabló la presente acción".

En cuanto a los fundamentos de derecho y disposiciones violadas consideran las demandantes:

1. La Ley 8ª de 1973, aprobatoria del Acuerdo Subregional Andino resulta infringido por la actuación administrativa.

Dicha disposición, por cuya virtud se incorporó al Derecho Internacional el Acuerdo de Cartagena, en virtud de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 27 de febrero de 1975, que la halló constitucional.

2. El Acuerdo de Cartagena —Ley de la República de Colombia—, otorgó a la Comisión del Acuerdo de Cartagena, conformada por un representante de cada país miembros, facultad para desarrollar las normas del mismo y, entre ellas, los programas sectoriales de Desarrollo Industrial aparecen adoptados a través de tal procedimiento.

Con amparo en la tesis de la Corte Suprema de Justicia, que entiende que en las materias propias del tratado hubo concesión de poderes vinculados al ente Supranacional, y por ende, que de tal concepción se deriva la pérdida de competencia legislativa de los Estados miembros, en beneficio del organismo, o mejor, ente Supranacional, infiere que no puede haber duda alguna concerniente a la capacidad de que puedan gozar ciertas organizaciones internacionales para legislar con efecto en Colombia.

3. Afincado en tal supuesto, le es dable deducir al señor apoderado de las sociedades ya citadas que por medio de decisión, la Comisión del Acuerdo de Cartagena puede adoptar medidas obligatorias para los países miembros entre otras numerosas materias, en las relativas al régimen de inversión extranjera, marcas, patentes y regalías, eliminación de gravámenes y restricciones concernientes a importaciones de productos originarios de los países contratantes, programas de desarrollo industrial, listas comunes de artículos libres de derechos de importación, arancel externo común y arancel externo mínimo común, cláusulas de salvaguarda, normas sobre calificación de origen de las mercancías, etc., etc.

4. Por tanto, infiere, que la decisión 91 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena está vigente y obliga a la República de Colombia y rige, además, desde la fecha de aprobación del Acta Final de la reunión en la cual fue acogida, esto es, desde el día 29 de agosto de 1975, según lo regula el artículo 21 de la Decisión número 6 de 1969, a cuyas voces "el texto de la decisión en su parte resolutiva estará dividida en artículos. En los casos en que sus disposiciones impliquen obligaciones para los países miembros o para los órganos del Acuerdo, se indicará la fecha de su entrada en vigencia en el artículo final. En caso contrario, se entiende que la fecha correspondiente es la de aprobación del Acta Final de la reunión respectiva".

5. La asignación de la producción del polietileno se enmarca dentro del contexto de la decisión 91 cuya finalidad es promover el desarrollo de la industria petroquímica de la Subregión.

En ese aspecto se asignó la producción de ese bien a todos los países del área, y se les señaló un arancel único del 25% aplicable

tanto a los productos originarios de terceros países, como de los miembros del Pacto, porcentaje que debía ser eliminado totalmente a más tardar el 31 de diciembre de 1980, por parte de los países de mayor desarrollo relativo, miembros del Grupo Andino, Perú, Colombia y Venezuela, y el 31 de diciembre de 1981, por parte de los restantes países de menor desarrollo relativo, Bolivia y Ecuador.

Por lo demás, recuerda el memorialista, que según la decisión 91, mientras el país miembro favorecido con la asignación de un producto no inicie la producción respectiva, o cuando su producción sea insuficiente para abastecer su mercado interno, deberá suspender la aplicación de gravámenes a la importación de dichos productos cuando éste sea originario y procedente de los otros países miembros favorecidos con la misma asignación y donde ya se hubiere iniciado la producción asignada. Esta suspensión podrá ser limitada al monto de importaciones al menos igual a dicha facultad (art. 14, decisión 91).

Con base en la anterior norma concluye que la desgravación de los productos fabricados en los países miembros deben ser desgravados cuando el país miembro beneficiario de su asignación ofrece una insuficiente producción y cuando se trate de artículos de otros países miembros favorecidos con la misma asignación.

Como Colombia es deficitaria en la producción del polietileno de baja densidad, despréndese que los productos de esta clase importados de los países miembros, no pueden ser objeto de gravamen y que al haberlo aplicado a los bienes importados de que da cuenta la demanda, se deduce violación de la norma subregional y de la ley adoptante del Acuerdo de Cartagena.

6. La parte demandante destacó el hecho de que "en la quinta reunión ordinaria del Comité Petroquímica, efectuada entre el 22 y el 24 de mayo de 1978, Venezuela reclamó por el incumplimiento por parte de Colombia en la aplicación del último párrafo del artículo 14 de la decisión 91, ya transcrita y al efecto insertó la nota de reclamación correspondiente" (fl. 5, cuaderno 2).

7. En cuanto a la imperatividad unitaria de la decisión 91 y de sus disposiciones consecuenciales, sostienen los demandantes:

"Establecida la supranacionalidad de las normas dictadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el Gobierno nacional *estaba obligado a dictar las normas de carácter interno indispensables para que los funcionarios encargados de liquidación y cobro de los derechos de Aduana*, se abstuvieran de aplicarlos al polietileno de baja densidad de la posición 39.02.01.99 del arancel nacional, procedente de Venezuela, que estuviera acompañado de la certificación de origen de la mercancía y nacionalidad de la empresa exportadora expedidos por la entidad competente del país exportador.

"La providencia de carácter reglamentario debía ser expedida por el Ministerio de Hacienda, mediante el trámite de la solicitud respectiva elevada por el importador ante el Consejo Nacional de Política Aduanera o mediante una disposición reglamentaria de carácter general aplicable a todas las importaciones cobijadas por el

artículo 14 de la decisión 91, a solicitud del país exportador. Los dos procedimientos para impetrar el reconocimiento de la desgravación se surtieron así: ..."

Y ante la ausencia de las normas que no existen por no haberse dictado sostienen:

"El no reconocimiento oportuno por parte de las autoridades colombianas, no afecta la existencia del derecho a las desgravación, sino que constituye una violación flagrante del mismo cuyo origen es una supranacional y los importadores... tienen por tanto derecho a la devolución de las sumas indebidamente cobradas".

"Los importadores colombianos son fabricantes que utilizan el polietileno como materia prima para la elaboración de productos plásticos que son artículos de consumo en cuyo costo de producción la materia prima es el factor más significativo. Sus pedidos fueron hechos a Venezuela bajo la consideración principal de que disfrutaban de la rebaja arancelaria que con carácter obligatorio había sido establecida con anterioridad por la decisión 91 del Acuerdo de Cartagena, lo cual les daba una ventaja comparativa con el mismo material de otras procedencias. Pues bien, esta ventaja desapareció con perjuicio para los que compraron materia venezolana y beneficio para importadores de otras áreas. La lesión patrimonial resultante de lo anterior, tiene que ser reparada por quien la hubiere ocasionado, o sea en este caso por el Fisco Nacional, mediante la devolución del que no ha debido cobrar..."

Las pruebas aportadas:

Al expediente se agregaron diferentes piezas de convicción, entre las cuales, con ocasión de la reconstrucción del proceso, se destacan:

1. Copia del acta final del décimoséptimo período sesiones ordinarias de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, celebrado en Lima Perú, de 15 al 25 de julio y de 26 al 29 de agosto de 1975, con ocasión de los cuales se adoptó la decisión 91 del Acuerdo de Cartagena (fls. 9 y ss. del cuaderno 2), la cual hace parte de aquella Acta.

2. Copia del acta final de la quinta reunión ordinaria del Comité Petroquímico (fls. 55 y ss., cuaderno 2), realizada en Lima, entre el 22 y el 24 de mayo de 1978, con sus anexos.

3. Copia, con autenticación ilegible, ante Cónsul colombiano en Caracas, de una certificación librada por la Superintendencia de Inversiones Extranjeras de la República de Venezuela, según la cual la sociedad Mercantil "Polímeros del Lago C. A. POLILAGO", ha sido calificada como empresa mixta y cuya actividad principal es la fabricación de polietileno de baja densidad; tal certificación tiene fecha de 1º de noviembre de 1977 y está expedida en la ciudad de Caracas.

4. Copia del oficio de 30 de agosto de 1977, suscrito por el doctor Roberto Martínez Rubio y dirigido al doctor Gustavo Tobón Subdirector del Incomex, en el cual se afirma por aquél que la producción del polietileno de baja densidad es deficitaria en Colombia en

"Respecto a las solicitudes de: Tradecol S. A., Plastilene Antonio Pacivi & Cía. S. C. A., Dorfan Impresores Ltda., Plásticos Ltda., Envases Funcionales Ltda. y Flexipak - Gerardo Restrepo & Cía. Ltda., de las cuales es usted representante legal y solicita se declare libre de gravamen arancelario la importación de polietileno de baja densidad, posición 39.02.01.99, me permito informarle que el Consejo Nacional de Política Aduanera en su sesión de 31 de enero pasado, decidió no recomendar la rebaja de arancel para dicha posición, hasta no estudiar a fondo el caso y ver el cumplimiento de normas de origen por parte de Venezuela".

La anterior comunicación fue notificada (fl. 113, al dorso) al representante de los interesados el 6 de marzo de 1979, con la advertencia de que "contra el contenido de esta decisión, cabe el recurso de reposición dentro de los 5 días hábiles siguientes a esta notificación".

11. Copia del memorial contentivo del recurso de reposición propuesto por el señor procurador de las demandantes, contra la decisión a que se acaba de aludir, el cual se halla fechado el 26 de abril de 1986 con el sello fechador y de recibo correspondiente de la mentada organización nacional de Política Aduanera.

En dicho memorial, el abogado representante de las empresas se refiere a una nota distinguida con el número 11983 de 24 de octubre de 1978, suscrita por el doctor Jorge Pradilla R., quien como asesor del Consejo y en nombre de éste le expresaba que la puesta en vigencia del instrumento de la Comisión del Acuerdo de Cartagena invocado por el señor abogado de las peticionarias debería hacerse por el Incomex, por ser aquella entidad la encargada de las negociaciones del Pacto Andino.

Destaca el libelista la situación paradójica que resultaba de la remisión que mutuamente se hacían el Incomex y el Consejo Nacional de Política Aduanera para resolver su petición.

En cuanto a sus argumentaciones de fondo, la Sala destaca la consistente en la falta de tiempo pretextado por la administración para examinar la cuestión de fondo y la obligatoriedad indiscutible que, a juicio del señor abogado de las actoras, tenía la decisión 91, todo ello aunado a la información de la Junta de Acuerdo de Cartagena de Colombia de fecha 24 de noviembre de 1977, junto con solicitud de aplicar el artículo 14 de aquella decisión.

Destaca también el memorialista que en el Grupo de Trabajo de la Comisión de 20 de abril de 1978, el Gobierno de Colombia ofreció internamente los puntos debatidos, no obstante lo cual, en el escrito materia del recurso de reposición, de 20 de febrero de 1979, 10 meses más tarde, el Gobierno de Colombia seguía "pendiente de estudiar a fondo el caso".

cantidad de 20.000 toneladas y excedente en Venezuela en cantidad estimada de 12.000 toneladas, por lo cual solicita que para la importación del producto proveniente de Venezuela se aplique la suspensión de gravámenes, con base en el ya reiteradamente aludido artículo 14 de la decisión 91 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

5. Copia del oficio de 2 de septiembre de 1977, suscrito por el doctor Luis E. Flórez S., en calidad de Gerente General de Policolsa, en el cual se hacen similares afirmaciones a las atrás consignadas en el numeral 5º y se pide al señor Subdirector del Incomex la autorización para importar polietileno de baja densidad de la República de Venezuela (fls. 105, cuaderno 2).

6. Respuesta del señor Subdirector de Proexpo a la nota anterior en fotocopia, en la cual sugiere dirigir esa petición al Consejo de Política Aduanera, por cuanto es la entidad competente ante la cual debe justificarse la solicitud, habida cuenta del sacrificio fiscal que ella entraña para el país.

7. Fotocopia del oficio de noviembre de 1977 dirigido por Polioefinas al Consejo Nacional de Política Aduanera, en el cual con base en la sugerencia del Incomex, emite consideraciones para justificar la reducción arancelaria sobre la importación de polietileno de baja densidad que justificaría el sacrificio fiscal que ello implicaría, según el Incomex, para el país colombiano, y que según la nota que se relaciona sería del orden de $ 70.000.000.00, por año, que serían compensados, por "una ventaja para los consumidores de aproximadamente $ 180.000.000.00 anuales al comparar este precio CIF, el precio CIF de polietileno importado desde otros países, que sí pagaría el arancel aduanero vigente".

8. Visible a folio 110 obra el télex dirigido por el doctor Antonio José Urdinola al doctor Reinaldo Figueredo Planchart, Director del Instituto de Comercio Exterior de Venezuela y cuyo texto es como sigue:

"Por solicitud productores de polietileno de baja densidad Policolsa de Colombia y Polilago de Venezuela, estamos estudiando déficit actual para posible desgravación arancel colombiano Stop como se prevé dentro de dos años excedente producción colombiana y posible déficit Venezuela, queremos consultar su opinión sobre desgravación inmediata por ambos países en cuyo caso lo recomendaríamos ante organismos competentes. Cordial saludo Antonio José Urdinola Uribe Director Incomex".

9. Copia del memorial del señor apoderado de la actora al Consejo Nacional de Política Aduanera, requiriendo información sobre sus solicitudes materia de esta controversia, memorial recibido en aquella dependencia el 19 de octubre de 1978.

10. Copia del oficio 0206 de 20 de febrero de 1979, suscrito por el doctor Luis Eduardo Gómez G., en su calidad de Secretario del Consejo Nacional de Política Aduanera, cuyo texto amerita su transcripción (fl. 113):

En parte de su memorial sostiene:

"En efecto, el beneficio que se solicita ha sido creado por una norma cuyo carácter supranacional está definido por la Corte Suprema de Justicia, de tal suerte que al Gobierno le corresponde solamente dictar las providencias que conduzcan al reconocimiento, en los casos individuales y concretos. Estas providencias no son pues actos creadores de derechos, sino meramente declarativos. Su objeto es reconocer, por vía de excepción, que no hay lugar al pago de la tarifa de aduanas, porque concurren las circunstancias que justifican la exención.

"En los casos de que me ocupo, la norma general creadora del derecho es la decisión 91 que deriva su fuerza de un tratado internacional, que es el Acuerdo de Cartagena, corresponde al Gobierno nacional, dictar, por vía administrativa, las providencias que reconozcan en los casos concretos el derecho a la desgravación. Hechas las consideraciones anteriores, parece que vienen al caso las siguientes disposiciones del Decreto 75 de 1976 orgánico de la Dirección General de Aduanas".

A renglón seguido y con apoyo en el artículo 1º del Decreto extraordinario 75 de 1976, así como en el 36, *ibídem*, según el cual, compete a la División Legal de la Administración Nacional "reconocer excepciones de derechos aduaneros y arancelarios de conformidad con las leyes, decretos, convenios, tratados y contratos", concluye el distinguido libelista que la competencia para pronunciarse sobre su solicitud no es ni del Incomex, ni del Consejo Nacional de Política Aduanera, sino de aquella dependencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pese a lo cual la decisión del Consejo excluye la competencia que cree corresponde a la División Legal de Aduanas.

12. Al expediente se arrimaron por cada una de las actoras, sus solicitudes de vía gubernativa dirigidas al Incomex y al Consejo Nacional de Política Aduanera, en el sentido descrito a lo largo de los apartes que anteceden; fotocopia de los registros de importación del polietileno de baja densidad adquirido por ellos e importado de terceros países y de la República de Venezuela, copia del manifiesto de importación correspondiente; copia de los comprobantes de pago de los derechos arancelarios. En las copias que obran en el expediente no aparecen los certificados de origen.

Para resolver se considera:

1. Propuesta de la parte actora para oír el concepto del Tribunal Andino.

En memorial presentado cuando se hallaba cerrado el debate, el señor apoderado de los actores propuso el 27 de abril de 1987 que se solicitara el concepto del Tribunal Andino de Justicia para que interpretara, prejudicialmente las normas que ha considerado aplicables al caso que se examina.

La petición, además de no ser indispensable en este proceso a juicio de la Sala, no puede ser considerada por hallarse ya el negocio

para fallo, ya que la sola actuación posible es pronunciamiento del mismo fallo y, excepcionalmente, las relativas a incidentes de recusación o nulidades.

De modo pues que, en rigor de términos, la interpretación dable por el Tribunal Andino de Justicia no es exactamente una cuestión prejudicial en el sentido asumido por la legislación interna de la República de Colombia, ni es el momento procesal hábil, para haberse operado la preclusión procesal correspondiente, para solicitarlo, razón por la cual no es del caso considerarlo y, en consecuencia habrá de emitirse fallo, como al efecto se procede.

El Consejo estima que la interpretación del Pacto es innecesario pues para él, el alcance del Pacto es claro, ya que se trata de saber los efectos de la omisión por no expedición de una norma general, por lo cual la solicitud de interpretación no es, por este otro motivo, indispensable.

Como por las circunstancias anotadas no existe norma concreta que halle cuantificada la magnitud de la desgravación a que las actoras hubieran tenido derecho (art. 14 *in fine)* de la decisión 91 ni aparece demostrado del certificado de origen, supuesto que este sólo basta para obtener la desgravación, se infiere que la acción pertinente habría sido la indemnizatoria por omisión de actuación administrativa de la República de Colombia y no la que se intentó de plena jurisdicción.

Dentro del marco del Pacto y de la decisión 91, ni toda desgravación opera automáticamente, pues aunque es el principio general, la desgravación de artículo como el polietileno de baja densidad, cuya producción fue asignada a los países miembros del Pacto Andino, está sometida a algunos supuestos del mercado (iniciación de producción o producción insuficiente) que conducen a la obligación de suspender la aplicación de gravamen a la importación de los otros países miembros favorecidos con la misma asignación, y en las condiciones y modalidades acordadas y determinables por las partes.

Este proceso de desgravación supone principalmente para el caso colombiano, el pronunciamiento de dos entidades administrativas: Primero el concepto del Consejo Nacional de Política Aduanera, recomendándolo o desaconsejándolo, y, segundo, el Decreto del Ministro de Hacienda concretando y ordenando a las respectivas Aduanas no cobrar los gravámenes en los límites que se fijen en los casos de producción insuficiente.

El primer pronunciamiento es obligatorio para el Gobierno pero no obligante y puede tenerse como un acto intermedio o de trámite que ni genera derechos individuales, ni crea situaciones generales entre los administrados; tan sólo es un concepto previo que el Gobierno debe oír para adoptar una decisión en uno u otro sentido a juicio del mismo.

El segundo, es ya la concreción de la voluntad administrativa del Gobierno que define la cuestión planteada o resuelve la solicitud de desgravación y que, en caso de expedirse obliga a los funcionarios de Aduana y por lo tanto los particulares entran a gozar del sistema

de exoneración de las importaciones que realicen desde la fecha y en las condiciones que el respectivo decreto gubernamental establezca.

Sólo a partir de tal acto administrativo, que debe ser obviamente de carácter impersonal, pueden los particulares reclamar en concreto la exoneración de gravámenes en las importaciones que realicen.

Ni la sola suscripción del Pacto Andino, ni la sola expedición de la Ley 8ª de 1973, generan por sí solas los efectos de desgravación mientras ella no sea concretada y ordenada por el Gobierno en acto de carácter general e impersonal, cuya expedición está sujeta a la verificación de las condiciones previstas en el Pacto y al concepto del Consejo Nacional de Política Aduanera, entre otros.

La realización de los presupuestos de producción, mercado, etc., previstos en el Pacto, no generan ningún derecho individual a favor de los particulares, salvo la facultad de pedir al Gobierno que en cumplimiento a la ley concrete y ponga en ejecución, el grado de desgravación que proceda mediante la respectiva orden o decreto, y mientras este último no sea expedido, no hay 'derechos' de los ciudadanos; y estos nacen o se desconocen en cada caso concreto de otorgamiento o denegación de la exoneración de los gravámenes arancelarios.

En el caso sometido a estudio se observa que la acción que se calificó como de plena jurisdicción, equivalente dentro de la terminología del nuevo Código Contencioso Administrativo, a la de nulidad con restablecimiento del derecho, tiene como objetivo que se considere que ciertas y precisas importaciones (que se acreditaron en el proceso) no estaban sujetas al pago de gravémenes arancelarios, las cuales no habían sido exoneradas por acto administrativo alguno, y que de todos modos fueron pagados.

Tan sólo al parecer estaban dadas las condiciones económicas previstas en el Pacto y aunque fue solicitado con insistencia ante diversos organismos estatales, el Gobierno no produjo nunca ningún acto de reconocimiento de exoneración de carácter general.

De ahí que la negativa del Consejo Nacional de Política Aduanera al producir el respectivo concepto, el cual además no era obligatorio para el Gobierno, no puede considerarse como acto administrativo (de abstención), cuya "anulación" (si ello es posible) genera restablecimiento alguno de derecho.

A lo que precede debe señalar la Sala que el proceso se orienta a obtener la devolución de suma indebidamente pagada, a juicio de los demandantes, por concepto de derechos arancelarios y por ello se intentó la acción de plena jurisdicción, cuando, bajo la vigencia de la Ley 167 de 1941, la acción procedente habría sido la de revisión de impuestos definitivamente liquidados, lo cual podría intentarse en el plazo de tres meses contados a partir de la realización de las operaciones administrativas.

No habiéndose intentado la acción anotada, que hubiese permitido revisar los actos de liquidación de los derechos arancelarios

discutidos por las demandantes, para lograr la decisión judicial que dispusiera la devolución de las sumas indebidamente pagadas, forzada conclusión es que no puede producirse fallo de mérito por indebida escogencia de la acción y por que la propuesta implicaría, de prosperar, revivir términos concluidos para el ejercicio de la acción de revisión de impuestos.

Por los anteriores motivos, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Declárase inhibido para pronunciarse sobre el presente negocio, por las razones antes expuestas, sobre la demanda de nulidad promovida por la sociedad C. I. Tradecol S. A. y otros.

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

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

Consuelo Sarria Olcos, Hernán Guillermo Aldana Duque, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO.—

Nombramiento y remoción del personal de las Oficinas de Registro.

El Superintendente es quien nombra y remueve al personal de las Oficinas de Registro y el Registrador sólo tiene esa facultad precisamente cuando el Superintendente se la confiera en virtud de delegación (art. 11, literal f del Decreto 1659 de 1978).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecisiete de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 322. Actor: Félix Hernández Vega. Recurso de anulación.

La Superintendencia de Notariado y Registro interpuso mediante apoderada, recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de 29 de marzo de 1984, expedida por el Tribunal Administrativo de Córdoba en el proceso promovido por el señor Félix Eduardo Hernández Vega.

Reconstruido el expediente y rendido el concepto Fiscal es oportuno decidir el recurso mediante las siguientes

Consideraciones:

El señor Félix Eduardo Hernández Vega solicitó la nulidad de la Resolución número 5297 de 3 de noviembre de 1982, por medio de la cual el Superintendente de Notariado y Registro declaró insubsistente su nombramiento como cajero 5095-7 de la Oficina Seccional de Registro de Instrumentos Público de Lorica.

El Tribunal con fundamento en el artículo 3º del Decreto 2554 de 1974 que disponía que los empleados subalternos de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos serían nombrados por los respectivos Registradores con la aprobación de la Superintendencia de Notariado y Registro, estimó que si dichos funcionarios eran los competentes para nombrar, también lo eran para remover, y anuló el acto acusado por haber sido proferido por funcionario incompetente.

El cargo que la entidad recurrente formula contra la sentencia es el siguiente:

Ser violatoria de los artículos 6º, 11 literales f) y j), 27 y 38 del Decreto 1659 de 1978, violación que incide directamente sobre la parte resolutiva de la sentencia por cuanto si el Tribunal hubiese aplicado tales disposiciones, el resultado hubiese sido el de negar las peticiones del actor.

Ese Decreto en que se fundamenta la sentencia fue derogado por el Decreto-ley 1659 de 1978, proferido por el Gobierno nacional en ejercicio de las facultades que le confirió el Congreso mediante la Ley 5ª de 1977.

Este Decreto reestructuró la Superintendencia de Notariado y Registro dándole personería jurídica, patrimonio autónomo, autonomía administrativa y asignándole como dependencias las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos.

Es lógico que al ser dependencias de la Superintendencia las Oficinas de Registro, sus empleados son empleados de la Superintendencia y el Jefe del organismo es quien tiene la facultad de libre nombramiento y remoción, facultad que le atribuye en forma expresa el artículo 11, ordinal f).

Reafirma esta competencia el ordinal j) que permite al Superintendente delegar en los Registradores de Instrumentos Públicos principales o seccionales, la facultad de nombrar y remover el personal subalterno de la respectiva oficina.

De lo anterior se concluye que el Superintendente es quien nombra y remueve al personal de las Oficinas de Registro y el Registrador sólo tiene esa facultad precisamente cuando el Superintendente se la confiere en virtud de delegación.

El señor Fiscal en su concepto acoge estos planteamientos y se pronuncia en forma favorable a la prosperidad del recurso.

La controversia así planteada se contrae a un asunto de puro derecho; a establecer si el Superintendente de Notariado y Registro es competente o no para nombrar y remover el personal de las oficinas seccionales de Registro de Instrumentos Públicos.

El Tribunal encontró que el Superintendente no tenía facultad para declarar insubsistente el nombramiento del actor, por cuanto el artículo 3º del Decreto 2554 de 1974, invocado en la demanda, atribuye el nombramiento a los respectivos Registradores con la aprobación de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Ocurre sin embargo que mediante el Decreto-ley 1659 de 1978, se estableció una nueva estructura y organización para la Superintendencia de Notariado y Registro y se dieron nuevas atribuciones.

En cuanto a estructura, se le dio personería jurídica y patrimonio propio y en el artículo 6º se dijo que para desarrollar y cumplir sus funciones tendría las dependencias que allí se enumeran, apareciendo entre ellas las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos.

Pero fue más explícito el Decreto en el artículo 27 al expresar que las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos son dependencias de la Superintendencia.

No queda entonces ninguna duda al respecto. Por otra parte, según el artículo 11, literal f) del Decreto 1659 de 1978 corresponde al Superintendente nombrar, promover y remover los empleados de la Superintendencia, pudiendo delegar, de conformidad con el literal j) en los Registradores de Instrumentos Públicos de Cabecera de Círculo (principales) la facultad de nombrar y remover el personal subalterno de la respectiva oficina y los registradores de las oficinas seccionales.

De lo anterior se deduce, que únicamente los Registradores de Cabecera de Círculo, principales, tendrían, por delegación, la facultad de nombrar y remover, atribución que el Superintendente puede siempre ejercer por cuanto le es propia.

Al desconocer estas normas y aplicar otra de inferior jerarquía que no estaba vigente cuando ocurrieron los hechos, el Tribunal violó en forma directa la ley sustantiva y por tanto el recurso de anulación está llamado a prosperar.

En efecto, la parte resolutiva hubiera sido diferente al estar correctamente fundamentada, pues lejos de carecer de competencia el Superintendente para expedir el acto acusado, era quien tenía facultad para ello y por tanto no había razón jurídica alguna para anularlo.

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

Falla:

Prospera el recurso extraordinario de anulación instaurado por la Superintendencia de Notariado y Registro; en consecuencia anúlase la sentencia de 29 de marzo de 1984, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, dentro del proceso iniciado por el actor.

En su lugar, níeganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día once de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACUERDO DE CARTAGENA.— REGIMEN ESPECIAL DE LOS PRODUCTOS INCLUIDOS EN LA LISTA DE RESERVA.

Sólo puede concluirse que el régimen especial de los productos incluidos en la lista de reserva, que prevé el Acuerdo de Cartagena puede definirse y precisarse, SOLO DESPUES DE UN ANALISIS CUIDADOSO Y DETALLADO DE LOS PROCEDIMIENTOS Y REGULACIONES PREVISTAS PARA TAL EFECTO EN EL MISMO ACUERDO.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veinte de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 1693. Recurso de súplica contra el auto de Sala Unitaria, proferido el 13 de noviembre de 1987. Demandante: Federación Colombiana de Industrias Metalúrgicas "FEDEMETAL".

Se procede a resolver el recurso de súplica interpuesto por la representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público contra el auto de Sala Unitaria, proferido el 13 de noviembre de 1987, mediante el cual se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional del párrafo final del punto número 7 del Capítulo titulado "EXENTAS" de la Circular 984 de 30 de diciembre de 1986 expedida por la Dirección General de Aduanas.

Al interponer el recurso se precisa que éste tiene por objeto que se levante la suspensión provisional decretada.

Antecedentes:

La Federación Colombiana de Industria Metalúrgica —FEDEMETAL— por medio de apoderado solicita se declare la nulidad del último párrafo del punto 7 del Capítulo "exentas" de la Circular número 984 de 30 de diciembre de 1986, proferida por el Director General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual dice textualmente:

"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".

En escrito diferente del demandatorio, se solicitó la suspensión provisional con base en los siguientes argumentos:

1. El párrafo de la Circular 984 de 30 de diciembre de 1986 de la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público viola de manera manifiesta el artículo 54 del Acuerdo de Cartagena, en cuanto este artículo prohíbe a los países miembros: "...modificar los niveles de gravámenes y de introducir nuevas restricciones de todo orden a las importaciones de productos originarios y provenientes de la subregión".

Y de los gravámenes a que se refiere la Circular aquí demandada, sólo estaban vigentes en Colombia cuando entró a regir el Acuerdo de Cartagena, el impuesto a que se refiere el artículo 229 del Decreto 444 de 1967, de 1.5% del valor CIF de las importaciones y el impuesto a que se refiere el artículo 20 del Decreto-ley 638 de 1967 también del 1.5% del valor CIF de las importaciones.

2. Se alega también la violación del artículo 95 de la Ley 75 de 1986 en cuanto este artículo afirma que se cobrará el impuesto del 18% a las importaciones "...sin perjuicio de los tratados internacionales..." y la Circular demandada, desconoce el artículo 54 del Acuerdo de Cartagena.

3. Se plantea también la violación de los artículos 120, ordinal 3º y 135 de la Constitución Nacional en cuanto la Circular demandada pretende reglamentar el artículo 95 de la Ley 75 de 1986, sin que la Dirección General de Aduanas tuviera competencia para ello, ya que la potestad reglamentaria corresponde al Presidente de la República y sólo es delegable a los Ministros, Jefes de Departamentos Administrativos y Gobernadores de conformidad con el artículo 135 de la Constitución Nacional.

El auto recurrido:

Luego de transcribir las diferentes normas citadas como violadas, para fundamentar la suspensión provisional, el auto recurrido dijo:

"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 contraría normas de superior jerarquía, por ello se suspenderá provisionalmente".

El recurso de súplica:

En extenso memorial, la representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público interpuso el recurso de súplica y solicita en primer lugar que el presente proceso se acumule al instaurado por el doctor Jairo López Morales contra la Circular 142 de 1987 y el cual correspondió al Consejero Jaime Abella Zárate y en segundo lugar que se levante la suspensión provisional y respalda esta petición en lo siguiente:

1. El artículo 54 del Acuerdo que el demandante afirma violado y el auto recurrido acepta como tal, "se encuentra expresamente excepcionado" en los términos del artículo 56 del mismo Acuerdo cuando dispone:

"*Artículo 56*. La incorporación de un producto por un país miembro en su lista de excepciones *le impedirá gozar de las ventajas que para tal producto se deriven del Acuerdo.*

"Un país miembro *podrá retirar productos de su lista de excepciones* en cualquier momento. En tal caso, *se ajustará de inmediato al Programa de Liberación* y al arancel externo vigente para tales productos, en las modalidades y niveles que les corresponda, y *entrará a gozar simultáneamente de las ventajas respectivas.*

"En casos debidamente calificados, la Junta podrá autorizar a un país miembro para incorporar en su lista de excepciones productos que, habiendo sido reservados para Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial, no fueren programados.

"En ningún caso esta incorporación podrá significar un aumento del número de *ítems* correspondientes" (Subraya la representante del Ministerio de Hacienda).

2. Pide se tenga en cuenta el contenido de la Circular 142 de 1987 y los razonamientos jurídicos allí contenidos los propone como fundamento de su súplica. Ellos son en síntesis:

a) La voluntad expresa de los signatarios del Acuerdo de Cartagena de desgravar la universalidad de los productos originarios de los países miembros para llegar a su liberación total.

Para lograr este objetivo, se prevé su inclusión gradual en el programa de liberación, de conformidad con los procedimientos y trámites allí acordados;

b) La previsión del artículo 54 del Acuerdo de Cartagena, en el sentido de prohibir a los países miembros modificar los niveles de gravámenes e introducir nuevas restricciones de todo orden a los productos originarios de la subregión, es aplicable a aquellos productos que se encuentren en el programa de liberación y se beneficien de mecanismos de liberación y desgravación;

c) Según lo anterior hay que distinguir entre los productos que hacen parte de los objetivos generales del programa de liberación y los productos que efectivamente se beneficien de mecanismos de liberación y desgravación;

d) La nómina de reserva, o sea la lista de productos reservados para programas sectoriales de desarrollo industrial, los cuales se encuentran pendientes de adjudicación, y la inclusión de productos en la citada nómina no implica automáticamente el beneficio de su liberación y desgravación, ya que debe cumplirse el procedimiento previsto en el artículo 47, inciso 2º del Acuerdo de Cartagena.

3. Afirma también la recurrente, que el artículo 54 del Acuerdo de Cartagena hace parte del Capítulo V del mismo, denominado Programa de Liberación, el cual es definido por el artículo 41 *ibídem* en los siguientes términos: "El programa de liberación tiene por objeto eliminar los gravámenes y restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier país miembro".

Agrega que el artículo 45 del mismo Acuerdo al fijar el ámbito y las modalidades de aplicación del programa de liberación utiliza los verbos "será", "comprenderá" y "aplicará" y el artículo 54 del Acuerdo se refiere a ". . .una situación menos favorable que la existente a *la entrada en vigor del Acuerdo*".

Esto último para afirmar que "esta entrada en vigor se efectúa para las diferentes modalidades en los términos y condiciones y según las pautas y procedimientos consagrados en el Capítulo V". En otras palabras, resulta evidente que el artículo 54 es aplicable en el marco del denominado "Programa de Liberación" de conformidad con los más elementales criterios de interpretación contextual y sistemática. De no tomarse en cuenta el conjunto de procedimientos consagrados en el Capítulo V caeríamos en el absurdo de considerar que, sin mediar proceso de negociación alguno con respecto a los diversos productos, la totalidad del arancel se encontraría comprendido de *facto* en el Programa de Liberación y por ende, sobraría la discriminación contemplada en el artículo 45, y en vez de utilizarse el tiempo verbal futuro (será, comprenderá, aplicará) sencillamente se había apelado al presente (es, comprende, aplica). En síntesis, el artículo 54 es aplicable a productos que se ajustan al Programa de Liberación.

Precisa como modalidades en la aplicación del Programa de Liberación las de:

—Nómina en Reserva (inciso 1º).

—Lista de Excepciones (arts. 55 a 58).

—Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial (art. 47).

Y afirma que la posibilidad de desgravación implica unos procedimientos, trámites y requisitos para cada una de ellas.

4. Considera que el anterior planteamiento lo confirma la salvedad establecida en el artículo 56 del Acuerdo según el cual:

"La incorporación de un producto por una país miembro en su lista de excepciones le *impedirá gozar de las ventajas que para tal producto se deriven del Acuerdo.*

"Un país miembro *podrá retirar productos de su lista de excepciones* en cualquier momento. En tal caso, *se ajustará de inmediato al Programa de Liberación* y al arancel externo vigente para tales productos, en las modalidades y niveles que les correspondan, y *entrará a gozar simultáneamente de las ventajas respectivas.*

"En casos debidamente calificados, la Junta podrá autorizar a un país miembro para incorporar en su lista de excepciones productos que, habiendo sido reservados para Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial, no fueren programados.

"En ningún caso esta incorporación podrá significar un aumento del número de *ítems* correspondientes" (Subraya la apoderada del Ministerio de Hacienda).

Según la norma transcrita, a juicio de la recurrente, puede afirmarse que sólo pueden gozar de los privilegios del Pacto los productos que se ajusten al Programa de Liberación y por ello, el retiro de un producto de la lista de excepciones implica su acomodamiento al Programa de Liberación para poder gozar de las ventajas del Acuerdo o sea que no basta con pasar un producto de lista de excepciones a nómina de reserva para tener un tratamiento especial.

5. Afirma que tanto el Congreso Nacional como la misma Junta del Acuerdo de Cartagena lo ha interpretado cuando le ha dado aplicación y cita como ejemplos:

El artículo 35 de la Ley 20 de 1979, el artículo 230 del Decreto 444 de 1967 y el artículo 19 del Decreto 688 de 1967. Según los citados artículos, las exenciones en ellos reguladas se aplican solamente a los productos que se beneficien de los mecanismos de liberación y desgravación del Acuerdo de Cartagena, o sea que no todas las importaciones provenientes de los países miembros del Pacto se benefician automáticamente de las ventajas que el mismo representa.

Se refiere al documento titulado "Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena", Tomo I puntos 2 y 3 y afirma que allí se fijó el alcance de "las expresiones objeto de controversia", en los siguientes términos:

"2. *Nóminas de Programas de Liberación.*

"……

"c) *Productos Reservados Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial.*

"La nómina original de estos productos, que fue aprobada mediante las decisiones 25 y 59, se ha venido reduciendo periódicamente mediante la aprobación de los Programas Metalmecánicos, Petroquímicos y Automotor y por medio de la decisión 137. La nómina actual tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 1980, fecha máxima para que la Comisión decida la aprobación automática. Entre tanto, *estos productos no están sometidos a ningún régimen de liberación* ni al proceso de aplicación del Arancel Externo Común. Por tal motivo, en las columnas denominadas PID y AEMC no se han indicado valores" (Subraya la apoderada).

"3. *Lista de excepciones.*

"Respecto de las listas de excepciones debe tenerse presente que la inclusión de un producto por parte de un país significa que los demás países miembros no tendrán acceso al mercado de dicho país con las ventajas que establece el Acuerdo; pero éste, a su vez, no podrá gozar de ninguna de estas ventajas en los mercados de los demás países".

Se refiere también al Decreto 1949 de 1980 el cual en su artículo 5º previó:

"Artículo 5º Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 230 del Decreto 444 de 1967, 19 y 20 del Decreto 688 de 1967 y demás normas concordantes, *las importaciones de los productos de que trata este Decreto y que se encuentren incluidas en las listas de excepciones de Colombia o del país miembro del Acuerdo de Cartagena del cual provenga la importación, se someterán a los requisitos y gravámenes de importación vigentes para terceros países.* Igual tratamiento se aplicará a los productos pertenecientes a las listas de excepciones dirigidas recíprocamente entre Colombia y Venezuela, cuando la importación provenga de este país" (Subraya la apoderada).

Lo anterior, para concluir que con relación a la lista de excepciones, la suspensión de la Circular 984, aquí cuestionada, sería inócua, ya que "resulta imperativo el acatamiento de una norma vigente", el artículo 5º del Decreto 1949 de 1980.

6. Cita finalmente, el auto proferido por el señor Consejero sustanciador en el expediente 1735, actor: Jairo López Morales y según el cual se negó la suspensión provisional de la Circular 142 de 1987 de la Dirección General de Aduanas, relacionada con el mismo punto aquí controvertido.

Alegato de la parte actora:

Al descorrer el traslado correspondiente, el señor apoderado de la parte actora se opone a la revocatoria de la suspensión provisional decretada por el Consejero sustanciador por las siguientes razones:

1. En cuanto a la solicitud de acumulación afirma que ésta, no procede por tratarse de Circulares demandadas por razones diferentes: La Circular 142 de 1987 porque se desconocían los beneficios derivados de los programas de liberación del Acuerdo de Cartagena y la Circular 984 de 1986 por violación del artículo 54 del Acuerdo de Cartagena "que prohíbe modificar los niveles de gravámenes existentes a la firma de ese Acuerdo, no por considerar que la Circular viole beneficios derivados de los programas de liberación (que por cierto no deben confundirse con el mandato del mencionado artículo 54), sino por considerar violado este artículo 54"; por ejercicio inconstitucional de la potestad reglamentaria y por violación del artículo 95 de la Ley 75 de 1986.

Agrega que esta petición de acumulación "no tiene objeto distinto de desviar la atención y crear confusión, que es un sofisma y que es improcedente porque los procesos versan sobre dos actos administrativos distintos.

Considera que el argumento de que el artículo 54 del Acuerdo de Cartagena está en el Capítulo V sobre el Programa de Liberación y sólo se aplicaría a este Capítulo "es un notable absurdo".

Lo anterior porque considera que cuando el citado artículo dice: "...a la entrada en vigor del Acuerdo" se refiere a la entrada en vigor del Acuerdo de Cartagena y no al momento en que comiencen a negociarse los programas de liberación allí previstos.

Afirma que el artículo 54 "no libera de gravámenes sino que por el contrario obliga a no aumentarlos, precisamente porque se sabe que dados los mecanismos de las nóminas de reserva y las listas de excepciones, los programas de liberación podrían tomarse un tiempo para ser iniciados..." y por ello concluye que "el programa de liberación aplicable a los productos de nómina de reserva y lista de excepciones deberá partir de un punto inicial previsto por el artículo 54". Por lo expuesto no comparte como criterio de interpretación el de la ubicación del artículo 54.

Alega que cuando un producto entra a la lista de excepciones implica que no se beneficia de la disminución de gravámenes, pero no, como lo indica la recurrente que se pueda desconocer el tratado y subirle los impuestos.

También califica de "sofisma" el planteamiento de la recurrente, referido a la interpretación por parte del Congreso y del Gobierno, por cuanto no ve relación con la controversia aquí planteada y porque según su afirmación esas normas interpretativas también "podrían" ser violatorias del artículo 54 del Acuerdo de Cartagena.

Finalmente cita el auto proferido por el Consejero sustanciador el 23 de julio de 1987, en el expediente número 1722, actor: Omar Augusto Ferreira Rey.

Para resolver se considera:

Según su parte considerativa, la providencia recurrida tiene como único argumento para decretar la suspensión provisional de la parte demandada de la Circular 984 de 1986 de la Dirección General de Aduanas, el relacionado con el monto de los impuestos vigentes cuando entró en vigor el Acuerdo de Cartagena y por ello afirma que esos impuestos eran del 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" y concluye que por ello contraría normas superiores.

A pesar de ese razonamiento, encuentra la Sala que en el caso de autos no se da la condición exigida por el artículo 152 del Decreto 01 de 1984 en el sentido de que la transgresión alegada "...se pueda

percibir a través de una sencilla comparación..." para que proceda la suspensión provisional del acto demandado, por las siguientes razones:

1º El artículo 54 del Acuerdo de Cartagena dice textualmente:

"*Artículo 54*. Los países miembros se abstendrán de modificar los niveles de gravámenes y de introducir nuevas 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.

"Se exceptúan de esta norma las modificaciones que Bolivia y el 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".

Nótese que el citado artículo 54 establece como excepción a lo allí dispuesto lo previsto en el artículo 46 y por su parte, dicho artículo prevé:

"*Artículo 46*. 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 en 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 exceden del nivel más bajo señalado en el literal a) del artículo 52 en cuyo caso lo harán tanto para las importaciones procedentes de la Subregión como fuera de ella" (Se subraya).

Y el artículo 53, regula un procedimiento especial para los productos que "habiendo sido seleccionados para Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial no fueren incluidos en ellos dentro de los plazos contemplados en el artículo 47..."

El artículo 47 precisa que dentro de un plazo determinado "la Comisión a propuesta de la Junta, determinará los productos que serán *reservados para Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial*" (Se subraya).

Y el artículo 56 del Acuerdo establece que:

"*Artículo 56*. La incorporación de un producto por un país miembro en su lista de excepciones le impedirá gozar de las ventajas que para tal producto se deriven del Acuerdo.

"Un país miembro podrá retirar productos de su lista de excepciones en cualquier momento. En tal caso, se ajustará de inmediato al Programa de Liberación y al Arancel Externo vigentes para tales productos, en las modalidades y niveles que le correspondan, y entrará a gozar simultáneamente de las ventajas respectivas.

"En casos debidamente calificados, la Junta podrá autorizar a un país miembro para incorporar en su lista de excepciones productos que, habiendo sido reservados para Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial, no fueren programados.

"En ningún caso esta incorporación podrá significar un aumento del número de *ítems* correspondientes".

De las normas, artículos 54, 46, 53, 47 y 56 del Acuerdo de Cartagena, puede concluirse que el régimen especial de los productos incluidos en las listas de reserva, que prevé el Acuerdo de Cartagena puede definirse y precisarse, sólo después de un análisis cuidadoso y detallado de los procedimientos y regulaciones previstas para tal efecto en el mismo Acuerdo y por ello, la violación del artículo 54, no puede surgir *prima facie* como se exige para que proceda una declaratoria de suspensión provisional, sino que es necesario revisar los otros artículos del Acuerdo que se refieren a dicha lista de reserva y su aplicación.

Es cierto como lo anota el señor apoderado de la actora que el artículo 54 prohíbe establecer nuevos gravámenes, pero encuentra la Sala, que la Circular demandada no está creando nuevos gravámenes, ya que simplemente se refiere a lo previsto por la Ley 75 de 1986 y lo que sí precisa adecuadamente, es que en la medida que los productos de la lista de reserva están dentro del programa de liberación y deben cumplir un procedimiento para lograrla, no están exentos de los gravámenes que afectan las importaciones.

Así que para establecer si son o no exentos y por lo tanto precisar si la Circular demandada viola ostensiblemente el artículo 54 del Acuerdo de Cartagena es necesario estudiar otras normas del mismo Acuerdo y el cumplimiento de lo previsto en sus artículos 46, 47, 53 y 56.

Por otra parte, es la misma Ley 75 de 1986, la que prevé en su artículo 95 que lo dicho en esta norma es sin perjuicio de lo previsto en tratados internacionales y esto, sí que implica un extenso estudio que no es posible de realizar en esta oportunidad procesal, sino que debe ser resuelto, luego del trámite de la etapa probatoria, en la sentencia de fondo, como es el establecer qué es lo que disponen los tratados internacionales, y entre estos el Acuerdo de Cartagena sobre el impuesto a las importaciones, y cuál es su alcance.

Además, tal como está planteada la controversia también es indispensable establecer cuáles eran los impuestos vigentes cuando entró en vigor el pacto y para ellos no es suficiente la comparación entre la Circular demandada y las normas que se dicen violadas, sino que es indispensable revisar las diferentes leyes que regulaban los respectivos impuestos y su aplicabilidad a los productos incluidos en la lista de reserva.

Así que para determinar por una parte cuál es el régimen tributario aplicable a los productos incluidos en la lista de reserva y a sus importaciones dentro de los países miembros del Pacto Andino y establecer cuáles impuestos les eran aplicables en el momento de entrar en vigencia el Acuerdo de Cartagena y cuáles ahora, y de acuerdo con ello precisar si la norma acusada es violatoria de normas superiores, no es suficiente una simple comparación con las normas citadas como violadas, sino que se requiere un análisis complejo, como el que el apoderado de la actora presenta en su libelo, y no en el memorial que pide la suspensión provisional, como el que presenta la recurrente y quien se opone, análisis propio de un fallo de fondo y no de un acto que resuelve una suspensión provisional.

Con relación a la solicitud de acumulación hecha por la representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, considera la Sala que se trata de una cuestión que corresponde estudiar y tramitar al Consejero sustanciador y no a la Sala que en esta oportunidad, está conociendo de un recurso de súplica.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso

Resuelve:

Se revoca el auto de Sala Unitaria proferido el 13 de noviembre de 1987 en cuanto suspende 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".

En firme esta providencia vuelva el expediente al conductor del proceso para que continúe su trámite y resuelva sobre la acumulación solicitada.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque.

Jorge A Torrado Torrado, Secretario.

CONTRATO ADMINISTRATIVO.— Intereses moratorios.

Su no reconocimiento ordenado por Resolución de la Administración. Normatividad del Código Civil, artículos 1617 y 1649.

SUSPENDESE PROVISIONALMENTE el artículo 1º de la Resolución número 0245 de 17 de diciembre de 1987, modificado por el artículo 1º de la Resolución número 0246 de diciembre 23 del mismo año, expedidas por el Gerente General de ISA.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 844. Actor: Fernando Sarmiento Cifuentes.

El abogado Fernando Sarmiento Cifuentes, en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, ha demandado ante esta Corporación la nulidad de las Resoluciones números 0245 y 0246 de diciembre 17 y 23 de 1987, respectivamente y en su orden, expedidos por el Gerente General de Interconexión Eléctrica S. A. "ISA", mediante las cuales se resuelve:

Resolución número 0245

"A partir de la presente Resolución, en los contratos administrativos celebrados o que celebre la empresa, no se podrá reconocer o pagar suma alguna de dinero por concepto de intereses".

Resolución número 0246

"Modificar el artículo primero de la Resolución número 0245 de 1987, el cual quedará así: 'A partir de la presente Resolución, en los contratos de Obra Pública celebrados o que celebre la empresa, no se podrá reconocer o pagar suma alguna de dinero por concepto de intereses' ".

Como la demanda reúne los requisitos formales que exige la ley, habrá de admitirse, como se procederá más adelante.

En escrito separado el demandante solicita la suspensión provisional de los actos acusados, invocando normas de superior jerarquía que considera violadas flagrantemente y cuya sustentación para la medida precautelar, expone así:

"Preliminares.

"Al tenor del epígrafe de la Resolución número 0245, tanto esta providencia como la Resolución número 0246 se refieren formalmente a una 'orden interna', que por sí legitimaría el ejercicio de las facultades del Gerente General contenidas en el artículo 46 de los Estatutos de ISA, en cuanto al manejo de los bienes y la dirección activa de los órganos subalternos de la empresa, lo que armoniza con la regla general del artículo 329 de la Ley 4ª de 1913, respecto a que los empleados 'deberán sujetarse estrictamente a los reglamentos que dicte la autoridad competente, para el buen servicio interno de las respectivas oficinas'.

"Sin embargo, su parte resolutiva no se acomoda al contenido que la ley y la doctrina señalan sustantivamente a las 'órdenes' u otras similares, cuya eficacia y aplicación se miden dentro de la organización de la entidad. 'También podrían considerarse dentro de estos actos internos las circulares, instrucciones y disposiciones que las autoridades superiores dicten para ilustrar a las inferiores de la aplicación de la ley, en su interpretación o en el uso de las facultades discrecionales que a ley otorga, *simpre que ellas no agreguen nada al orden jurídico establecido*' (Jorge Olivera Toro, Manual de Derecho Administrativo, pág. 151. Subrayas mías).

"Empero las Resoluciones números 0245 y 0246 contienen en el fondo una norma general e impersonal, más de carácter reglamentario que de simple instrucción técnica, que no está contemplada en el orden jurídico de la responsabilidad civil contractual.

"Violaciones al ordenamiento jurídico.

"Con la expedición de las Resoluciones acusadas se viola directa y ostensiblemente el artículo 20 de la Constitución Nacional, puesto que el Gerente General se extralimita al ejercer la facultad del precepto 46 de los Estatutos de la empresa. Primero porque dirige internamente una instructiva u orden técnica a sus subalternos, sino que su trascendencia externa afecta jurídicamente a terceras personas, a los contratistas actuales y futuros. Segundo porque dicta una prohibición de reconocer y pagar la indemnización moratoria legal, como norma nueva que modifica la responsabilidad civil en los contratos administrativos o de obra pública, celebrados o que celebre la entidad. Y finalmente, porque se basa en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado, no obligatorio ni vinculante, y que desafortunadamente interpreta en forma errónea el régimen jurídico de la responsabilidad administrativa contractual;

"b) Se infringe también el artículo 30 de la Carta Fundamental, dada la forma absoluta e imperativa del articulado de tales resoluciones, que ordenan no reconocer y pagar intereses en los contratos administrativos o de obra pública ya celebrados, desconociendo de plano derechos adquiridos al respecto por los contratistas actuales;

"c) Hay transgresión así mismo de los numerales 1º y 2º del artículo 76 de la Constitución Nacional porque la responsabilidad civil contractual la regula únicamente la ley y sólo el legislador puede exonerar o restringir sus efectos jurídicos. No pudiendo hacerlo, por ende, el Gerente Genreal de ISA, pues no es materia de sus facultades el liberar a la empresa de esa responsabilidad indemnizatoria como tales actos suyos;

"d) Se contradice violatoriamente el artículo 141 de la Constitución Nacional porque el Gerente General de ISA dicta las Resoluciones acusadas acogiendo con fundamento imperativo el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, cuando el precepto constitucional ni siquiera lo estima obligatorio en la motivación de los actos administrativos. Es sabido que estos se fundan sólo en la ley o en los hechos que ella estime, para presumir su legalidad;

"e) Se oponen las Resoluciones impugnadas, de manera violatoria, a la reserva y delegación consagradas en el artículo 5º de la Ley 19 de 1982, cuando dispone de una parte que los efectos de los contratos administrativos y la responsabilidad contractual originada en los mismos son materia exclusiva de la ley, y que, por otra parte, solamente los Departamentos y Municipios tienen la facultad delegada de dictar normas fiscales 'sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y las cláusulas de los mismos...' Todo lo cual se viola con las Resoluciones mencionadas;

"f) Se infringen, finalmente, los artículos 1617 y 1649 del Código Civil. El primero, porque basta el hecho del retardo en el pago de las obligaciones pecuniarias o en dinero, pero que se deba la indemnización de perjuicios, consistente en intereses moratorios convencionales o legales; principio general contenido en la citada norma que se aplica también en los contratos administrativos, y del que no pueden excepcionarse los que celebre la empresa ISA, como lo dispone el Gerente General.

"Por otro lado, el inciso segundo del artículo 1649 preceptúa que el pago total de la deuda, 'comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban', regla general que resultaría a la postre ineficaz a los contratos administrativos o de obra que celebre la sociedad ISA, de aceptarse la validez o legalidad de las Resoluciones cuestionadas aquí".

Antes de entrar al estudio de la medida precautelar, la Sala Unitaria encuentra necesario dilucidar sobre la existencia jurídica del primero de los actos acusados, pues del texto transcrito antes se

deduce, que él no la tiene; es de advertir, que no se trata de un prejuzgamiento sino de adecuar la confrontación de ellos frente a las normas que dicen infringidas directa y ostensiblemente.

En efecto, aunque el primero de los actos impugnados se refiere genéricamente a "contratos administrativos" y el otro, a "contratos de obra pública", de la lectura del artículo primero de la Resolución número 0246, posterior a aquél, éste modifica, como se lee textualmente, el artículo primero de la Resolución número 0245 y determinando que él quedará así: "A partir de la presente Resolución, en los contratos...", con lo cual debe entenderse que la Resolución 0246 sustituye íntegramente a la primera, desapareciendo dicha disposición de la vida jurídica. En consecuencia, este estudio de la suspensión provisoria impetrado por el actor, deberá remitirse únicamente sobre la Resolución número 0246 de diciembre 23 de 1987, que versa sobre contratos de obra pública "celebrados o que celebre la empresa".

Para decidir, la Sala Unitaria hace las siguientes apreciaciones previas:

Estudio preliminar:

1. Según lo expresa el doctor Jaime Vidal Perdomo, "el contrato de obras públicas responde a unos principios que hacen parte de la tradición contractual" (El Contrato de Obras Públicas, 1979. U. Externado de Colombia), lo que equivale a la frase de Fritz Fleiner, según la cual "la misma imperfección formal del derecho público ha permitido que los preceptos del derecho civil continuarán rigiendo".

2. El aforismo *pacta sunt servanda,* consagrado en el artículo 1602 del Código Civil Colombiano, dirige las controversias que se presenten entre las partes, y aún, para ciertos casos, no es necesaria la inclusión de cláusulas que se presumen ínsitas en el contrato.

3. La Ley 19 de 1982, fundamento del estatuto contractual vigente (Decreto 222 de 1983), consagró en su artículo 1º, que "son contratos administrativos, además de los que se señalen en ejercicio de las facultades que se otorgan por la presente ley, los de obras públicas...", precisamente, objeto de esta controversia. Así mismo, el artículo 7º *ibídem,* establece una remisión al Código Civil (art. 2060) en cuanto hace relación con la responsabilidad por fallas en la construcción.

4. El artículo 15 del Decreto 222 de 1983, sobre el consentimiento, objeto y causa del contrato, elementos esenciales de éste, consagra: "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", remitiendo nuevamente al Código Civil.

5. El artículo 20, literal d) del Decreto 222 de 1983, establece el equilibrio económico al expresar que "debe guardarse el equilibrio financiero del contrato, para ambas partes".

6. La Sala acoge la importante doctrina sentada en sentencia de la Sección Tercera de esta Corporación de fecha 13 de mayo del año en curso, en la cual se precisó en relación con estos contratos, lo siguiente:

"...en los contratos de la administración existen unas cláusulas obligatorias impuestas por la ley, no susceptibles de ser modificadas o negociadas por las partes contratantes; y otras, que podrán ser pactadas o convenidas por ser propias o usuales según la naturaleza de cada contrato. En estas últimas existe cierta libertad, pero sus condiciones y alcances deberán fijarse en el pliego de condiciones o propuestas que hace la administración cuando invita a alguien a contratar.

"Así que nada se opone a que en un contrato administrativo, vb.gr. el de obra pública, celebrado ordinariamente con una sociedad comercial, se pacten intereses de mora (no superiores a los permitidos en la ley, se entiende) ante el incumplimiento de la administración o cláusulas de reajuste por el no pago oportuno de las actas parciales de obra. Esos intereses, que son usuales y de la naturaleza de los contratos que celebran los comerciantes, no son más que el efecto de las obligaciones contraídas; y en este campo la administración contratista no puede reclamar un privilegio exorbitante que no le ha dado la ley.

"Así, si no cumple oportunamente se presume que causó perjuicios al contratista y deberá indemnizarlo. Y si esto es lo que manda la ley, qué impide que se pacte expresamente dentro del contrato el monto de los intereses de mora, máxime cuando el convenio puede ser más favorable para la administración?". Más adelante agrega:

"a) Los contratos administrativos no se rigen en su integridad por las normas del Decreto 222 de 1983; el que gobierna, en principio, sólo aquellos aspectos expresamente señalados y que fuera de tocar con el régimen de su competencia y formalidades, ordinariamente tienen que ver con los poderes exorbitantes que la administración posee en el campo de la contratación pública (caducidad, terminación, modificación, interpretación, cláusula penal pecuniaria, sujeción a apropiaciones presupuestales, garantías, renuncia a reclamación diplomática, liquidación unilateral, etc., etc.).

"En cambio, los efectos de las obligaciones en general (arts. 1601 y ss. del C. C.), así como las reglas sobre el consentimiento, objeto y causa, se regirán por el derecho privado. En esta, por ejemplo, se permiten los pactos que regulan esos efectos en forma diferente, ya que frente a los mismos, en caso de silencio, la ley suplirá la voluntad de las partes;

"b) El hecho de que en todo contrato de la administración deberá estipularse la sujeción de su cuantía y pago a las apropiaciones presupuestales, no significa que la administración no tenga que pagar indemnización alguna en caso de mora. De ser

esto así, la cláusula implicaría para una de las partes (la fuerte, normalmente) el privilegio de incumplir sin sanciones, que no existe en el derecho colombiano;

"c) Los contratos y es apenas obvio, se celebran para ser cumplidos dentro de los términos convenidos. Por esa razón, en principio, la administración no puede hacer reserva presupuestal sino por el valor estipulado;

"d) En los contratos de la administración deberán acatarse, so pena de nulidad absoluta, las normas que regulan su celebración e imponen las cláusulas obligatorias. En estos mismos, la administración podrá pactar con cierta libertad las cláusulas usuales según su naturaleza, siguiendo las reglas del derecho privado, *a menos que exista disposición en contrario* (art. 60 del Decreto 222)".

Pues bien, estas premisas permiten a la Sala Unitaria entrar al estudio de la medida cautelar impetrada por el actor, en relación con el artículo primero de la Resolución número 0246 de 1987 que modificó el artículo primero de la Resolución 0245 del mismo año, expedidas por el Gerente General de Interconexión Eléctrica S. A. "ISA" frente a las normas invocadas como infringidas por ellas.

La suspensión provisional:

En materia de responsabilidad contractual, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, toma como fundamento la normatividad consagrada en el Código Civil, entre las cuales están los artículos 1617 y 1649 invocados por el actor como ostensiblemente infringidos por los actos acusados y cuyo texto literal es del siguiente tenor:

"Artículo 1617. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

"1ª Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, *o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario;* quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

"El interés legal se fija en seis por ciento anual.

"2ª El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobran intereses; basta el hecho del retardo.

"3ª Los intereses atrasados no producen interés.

"4ª La regla anterior se aplica a toda especie de renta, cánones y pensiones periódicas" (subraya el Despacho).

"Artículo 1649. El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.

"El pago total de la deuda comprende *el de los intereses* e indemnizaciones que se deban" (subrayas de la Sala Unitaria).

Lo antes expuesto, permite al Despacho, con fundamento en las normas invocadas por el actor, y en la sentencia transcrita anteriormente, afirmar que existe violación directa, que surge de la sola comparación o enfrentamiento de dichas normas con el artículo 1º de la Resolución número 0246 de diciembre 23 de 1987, que modifica el artículo 1º de la Resolución número 0245 de diciembre 17 de 1987.

Pero es más: El demandante invoca el artículo 5º de la Ley 19 de 1987, en cuya parte final se consagra que, "...las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, *responsabilidad* y terminación, *están reservadas a la ley*", caso en el cual, también se presenta violación directa de esta norma, cuando quiera que el Gerente de ISA se permite *motu proprio* mediante una resolución, abrogarse el imperio de la ley, para fijar de manera general y obligatoria algo que no le corresponde como se ha dicho.

Por lo expuesto, la Sala Unitaria,

Dispone:

1º Admitir la demanda de nulidad incoada por el doctor Fernando Sarmiento Cifuentes contra las Resoluciones números 0245 y 0246 de diciembre 17 y 23 de 1987, expedidas por el Gerente General de Interconexión Eléctrica S. A. —ISA—.

Como consecuencia de la admisión:

a) Notifíquese personalmente al señor Fiscal Primero de la Corporación;

b) Notifíquese personalmente al Gerente General de Interconexión Eléctrica S. A. —ISA—, en la ciudad de Medellín, calle 12 sur número 18-168, sector El Poblado, para lo cual se comisiona al Tribunal Administrativo de Antioquia. Prodúzcase el oficio comisorio por la Secretaría;

c) Fíjese el negocio en lista por el término legal;

d) Solicítese a la Gerencia General de Interconexión Eléctrica S. A. —ISA—, el envío de los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición de los actos acusados.

2º Decrétase la suspensión provisional del artículo 1º de la Resolución número 0245 de diciembre 17 de 1987, modificado por el artículo 1º de la Resolución número 0246 de diciembre 23 del mismo año.

Háganse las comunicaciones pertinentes.

Notifíquese y cúmplase.

Luis Antonio Alvarado Pantoja.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAMARA DE REPRESENTANTES.— COMISION DE LA MESA DIRECTIVA.

Expedición de normas para el reconocimiento y pago de las vacaciones y prima de vacaciones de los Representantes.

SE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del acto administrativo genérico contenido en la Resolución CM-112 de 1987 —12 de agosto— expedido por la Comisión de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., catorce de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 3256. Autoridades Nacionales, Actor: Ernesto Rey Cantor.

I

De conformidad con lo impetrado por el demandante (fl. 39) y por ser legal al tenor de lo que preceptúan los artículos 17 y 19 del Código Contencioso Administrativo, a costas del peticionario, expídase copia auténtica de todo lo actuado en este asunto, por la Secretaría.

II

Por reunir los requisitos que se señalan en los artículos 137, 138, 139 y 142 del Decreto-ley 01 de 1984, *admítese* la demanda presentada por el ciudadano Ernesto Rey Cantor en su propio nombre, a quien se tiene como parte actora y quien, hace uso de la acción pública de nulidad que define el artículo 84 *ibídem*, contra el acto administrativo de carácter genérico contenido en la Resolución número CM-112 de 1987 —12 de agosto— de la Comisión de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, cuya copia auténtica, luego de reiteradas solicitaciones para su expedición y allegamiento al expediente de parte del Despacho (fls. 32, 34 y 37), ha sido traída a los autos. No obstante que, según explica el señor secretario general de la mencionada corporación, la Resolución demandada "no ha producido efecto jurídico alguno, pues tampoco ha sido publicada o notificada" (fl. 53), por no ser del caso (art. 139, primer inciso, C. C. A.), *se dispone:*

1. Notifíquese personalmente al señor Ministro de Gobierno al tenor de lo preceptuado en el artículo 149, tercer inciso, del Código Contencioso Administrativo.

2. Notifíquese personalmente al Agente del Ministerio Público, Fiscal Quinto del Consejo de Estado.

3. Fíjese en lista por el término legal de diez (10) días, para que los demandados y los eventuales intervinientes puedan contestar el líbelo, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas.

4. Solicítese a las autoridades correspondientes el envío de los antecedentes administrativos.

III

Como se ha propuesto, igualmente, por la parte actora, que se suspendan provisionalmente los posibles efectos del acto demandado, con base en el artículo 193 de la Constitución Política y en los artículos 152 y 154 del Código Contencioso Administrativo, esta Sala Unitaria pasa a examinar lo pertinente.

A) Por la Resolución número CM-112 de 1987 —12 de agosto—, la Comisión de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes "se dictan normas para el reconocimiento y pago de las vacaciones y prima de vacaciones de los Representantes, de conformidad con lo establecido por las Leyes 48 de 1962, 5ª de 1969 y el artículo 56 del Decreto 1222 de 1986";

B) Para el demandante, hay manifiestas violaciones a normas de orden superior en el acto que acusa. En primer término, estima que se quebranta, en cuanto atañe a la competencia de la Comisión de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes para dictar normas para el reconocimiento y pago de las vacaciones y de primas de vacaciones a dichos miembros del Congreso, el artículo 8º de la Ley 17 de 1970, por cuanto éste no se las señala. En segundo lugar, vulnera el artículo 12, literal e) de la Ley 6ª de 1945, en armonía con el artículo 5º de la Ley 64 de 1946 que el acto demandado cita en su apoyo en su aparte II de la parte motiva por aplicación indebida, dado que esas disposiciones se refieren a los empleados y obreros nacionales, rango que no ostentan los congresistas. Dice también el demandante que hay error de derecho por aplicación indebida del artículo 2º del Decreto reglamentario 1723 de 1964, en el que igualmente se fundamenta la Resolución de marras en su parte III de sus argumentaciones, porque "si bien es cierto que se previó un procedimiento en el Decreto 1723, también lo es que en este reglamento no se incluyó en su segundo artículo el reconocimiento y pago de vacaciones remuneradas a los congresistas, teniendo consideración a que este artículo comienza diciendo: 'Los miembros del Congreso Nacional gozarán de las siguientes prestaciones:'. Se enumeran las mismas que señalaron en el artículo 17 de la Ley 6ª para los servidores nacionales", pero entre ellas no están las mencionadas. Por último, para la demanda, se quebranta también ostensiblemente el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 al haber dado una aplicación por vía analógica al artículo 3º de la Ley 5ª de 1969, porque de él, que indica el modo de pago de prestaciones a empleados nacionales, no se puede deducir ni inferir que bajo ese carácter puedan comprenderse a los representantes;

C) Con tales elementos acabados de exponer, la Sala Unitaria pasa a analizarlos, a través de sencillas comparaciones entre lo dispuesto en la Resolución CM-112 de 1987 y las normas o reglas legales que se dicen infringidas, así:

1. El artículo 8º de la Ley 17 de 1970 "por la cual se dictan normas sobre las comisiones del Congreso", establece cuáles son las facultades de las Comisiones de la Mesa, a saber:

—Coordinar las labores de la respectiva Cámara y velar por su ordinario y eficaz funcionamiento.

—Exigir de las Comisiones el normal desarrollo de las funciones a ellas encomendadas.

—Presidir las sesiones plenarias de la Cámara respectiva y elaborar el orden del día para las mismas.

—Representar a la Cámara correspondiente ante las otras Ramas del Poder Público y en todos los actos públicos o privados donde su presencia sea requerida y necesaria.

—Elaborar conforme a las leyes preexistentes y en asocio de la Comisión de la Mesa de la otra Cámara, el proyecto de ley de apropiaciones anuales para el funcionamiento del Congreso.

—Nombrar y remover los empleados para el servicio de la Cámara respectiva que la ley haya creado y cuya designación no corresponda a dicha Cámara en pleno, o a las comisiones. En la designación se dará representación proporcional a los partidos y a las diversas secciones del país.

—Dictar el reglamento de trabajo de los empleados de la Cámara correspondiente y velar por su cumplimiento.

—Nombrar las Comisiones Accidentales cuya designación le corresponda.

—Dirigir la Policía interior de cada Cámara.

Como es fácil observar en esa enumeración taxativa de lo que le corresponde a la Comisión de la Mesa, no se halla la función ejercida por la Cámara de Representantes a través del acto acusado, o sea, la de establecer el reconocimiento y pago de vacaciones y prima de vacaciones a los representantes.

2. La Ley 6ª de 1945, en su artículo 17 se ocupa de las prestaciones oficiales de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, y entre los cuales no figuran los congresistas, ni son *prima facie*, asimilables a aquellos.

3. El Decreto 1723 de 1964, por el cual se reglamenta la Ley 48 de 1962 y en desarrollo del artículo 13 de la misma, no contempla las vacaciones como prestación reconocible a los miembros del Congreso.

4. La Ley 5ª de 1969 en su artículo 3º comprende a los senadores y representantes sobre lo que respecta a la acumulación de servicios oficiales y semioficiales y les computa las sesiones ordinarias o extra-

ordinarias como si hubiesen asistido los doce meses del año calendario, pero sólo para efectos de la pensión de jubilación, sin ocuparse para nada de las vacaciones remuneradas ni de la prima de vacaciones;

D) Es, por ende, flagrante la violación por parte del acto acusado de las disposiciones legales y reglamentarias que ha sustentado la parte demandante. Y por cuanto la medida precautelar de la suspensión (art. 152 del C. C. A.) ha sido solicitada en el libelo, como se ha visto y ella no está prohibida en este caso por la ley, habrá de concederla por esta Sala unitaria (art. 154 *ibídem*).

Por lo cual, *se resuelve:*

Decrétase la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo genérico contenido en la Resolución número CM-112 de 1987 —12 de agosto— expedida por la Comisión de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes.

Cópiese, notifíquese y comuníquese a quienes corresponda. Cúmplase.

Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario Sección Segunda.

VIATICOS PARA COMISIONES DE SERVICIO EN EL INTERIOR DEL PAIS.— Fijación por las entidades (Instituto Geográfico Agustín Codazzi).

SE REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo número 12 de 24 de febrero de 1987, de la Junta Directiva del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E. quince de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 2812. Nulidad. Actor: Mario Enrique Páez Rivera.

Se decide el recurso de súplica interpuesto por el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" contra la providencia de abril 13 de 1988 por la cual en Sala Unitaria se dispuso la suspensión provisional del Acuerdo número 12 de 24 de febrero de 1987, proferido por la Junta Directiva del mencionado Instituto (fls. 20-21, 31-33).

Aparece sustentada dicha providencia en la siguiente motivación:

"Tratándose de la acción de nulidad, como es la que ejerce el demandante, el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo establece que pueden suspenderse provisionalmente los efectos de un acto, 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.

"Efectuada la sencilla comparación entre el Acuerdo 12 impugnado y el Decreto-ley 0156 de 1987, se advierte la ostensible violación de la norma superior, pues, como lo dice la demanda, en el acuerdo se suprimieron y modificaron los valores de los viáticos fijados en ese Decreto, lo cual no le era permitido al Instituto expedidor del acto acusado" (fls. 20-21).

Afirma, por su parte, el suplicante que tal decisión constituye un "desacierto sustancial" y es contraria a derecho, lo que explica en los siguientes términos:

"La equivocación comienza al creer que el Decreto citado fijó unos valores para los viáticos cuando en realidad determinó una escala y así expresamente lo dice el artículo 10 de la prenom-

brada disposición: 'Establécese la siguiente escala de viáticos para los empleados públicos...' Además, enseguida de la aludida escala expresa el Decreto:

"'Para el otorgamiento de las comisiones de servicio en el interior del país, *las entidades a que se refiere el presente artículo fijarán el valor de los viáticos*...'

"Entonces, es claro que *el valor* de los viáticos para comisiones de servicio en el interior del país, *lo fijan* las entidades (léase 'Instituto Geográfico Agustín Codazzi') precisamente porque no está fijado en el Decreto 156 de 1987 como erradamente lo afirma el auto impugnado.

"La Junta Directiva del Instituto Geográfico Agustín Codazzi al proferir el Acuerdo 12 de 1987 no suprimió ni modificó valores fijados por Decreto alguno sino que fijó el valor de los viáticos ciñéndose a la escala establecida y conforme a los parámetros señalados por el mismo Decreto 156 de 1987, es decir, '...según la remuneración mensual del funcionario comisionado, la naturaleza de los asuntos que le sean confiados y el lugar donde deba llevarse a cabo la labor...' y para determinar el valor de los viáticos tuvo...en cuenta la asignación básica, los gastos de representación y los incrementos de salario por antigüedad".

Agrega que la facultad otorgada a las entidades por el artículo 10 del Decreto 156 de 1987, ejercida por el Agustín Codazzi, "gira alrededor de unos rangos en donde se señala el valor máximo que se puede pagar por concepto de viáticos, que son los valores señalados en la escala mencionada".

Y concluye:

"Cabe preguntarse ¿dónde está la ostensible violación de la norma superior (Decreto 156 de 1987) que advierte el auto impugnado? cuando en dicha norma superior aparece todo lo contrario, es decir, que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi sí tenía facultad de fijar el valor de los viáticos para comisiones de servicio en el interior del país y de la comparación del Acuerdo 12 de 1987 y el Decreto 156 de 1987 surge diáfanamente que aquél siguió para la fijación de valores los lineamientos señalados en la norma superior" (fls. 31-33).

Para resolver, se considera:

Se observa en el libelo demandatorio que la acción va encaminada a obtener la nulidad del Acuerdo acusado por cuanto "estableció el régimen de comisiones y modificó las escalas de viáticos del personal de empleados de dicho organismo a nivel nacional y porque, al expedirlo en febrero 24 de 1987, la Junta Directiva *'se arrogó la facultad reglamentaria* de la ley' " (fls. 5-6).

El concepto de la violación se hace consistir en que "la Junta Directiva del organismo citado dentro de una acomodada interpretación delegatoria *se arrogó la facultad reglamentaria* exclusiva del Presidente y mediante el Acuerdo número 12 de 24 de febrero de 1987,

acto administrativo acusado, modificó, sustituyó, rebajó y suprimió los valores asignados a las escalas de viáticos contemplados en el Decreto-ley número 156 de 1987".

Explica el accionante que, por Ley 76 de 1986, el Congreso revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar las escalas de remuneración y el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación de los empleados del sector público, y que, en ejercicio de ellas, el Ejecutivo dictó el Decreto 156 de 1987 "disponiendo en él los incrementos en los salarios y fijando las escalas de viáticos para los empleos de la Rama del Poder Público del orden nacional, entre otros ordenamientos".

Para sustentar la pretendida violación de norma superior por parte del acto acusado hace notar que "la facultad reglamentaria de la ley sólo está atribuida por la Constitución Nacional al propio Presidente de la República" y que "la facultad reglamentaria no es función susceptible de ser delegada por el Presidente" (fls. 6-8).

Dentro de la lógica del actor, el acto enjuiciado debe anularse en razón de que con él la Junta Directiva del Agustín Codazzi *"se arrogó la facultad reglamentaria* exclusiva del Presidente" (fls. 6-7), planteamiento que resulta congruente con las normas que invoca como violadas, a saber:

> "Constitución Nacional, artículos 20-76-12-118-120-3º (sic). Decretos: 1167 de 1969, 1042 de 1978, 01 de 1984, artículo 84. Código de Régimen Político y Municipal, artículos 240 Ley 153 de 1887, artículo 12" (fl. 6).

No aparece citado allí el Decreto 156 de 1987, para que con él se pudiera hacer aquella "sencilla comparación" de que habla el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

Lógico es que tampoco podía hacerse tal comparación en la providencia que es objeto de la impugnación, pues en la demanda no se cita como violado tal Decreto. Ni se cita ni se analiza frente al acto censurado, estableciendo la mutua contradicción, constitutiva de causal de anulación.

Sin embargo, la providencia expresa:

> "Efectuada la sencilla comparación entre el Acuerdo 12 impugnado y el Decreto-ley 0156 de 1987, se advierte la ostensible violación de la norma superior..." (fl. 21).

Por lo demás, visto el texto de la demanda, no se encuentra en ella argumento alguno que conduzca a la conclusión de que, mediante esa sencilla comparación, sea ostensible la violación de una norma superior, aparte de que la tesis de que la Junta Directiva "se arrogó la facultad reglamentaria" que corresponde al Presidente de la República por disposición de la Carta Política, está fuera de contexto.

Corresponde, en tal virtud, revocar la providencia suplicada en el aspecto relativo a la suspensión provisional.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

Resuelve:

Revócase la providencia suplicada de trece (13) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988), dictada por la doctora Aydée Anzola Linares, en cuanto dispuso la suspensión provisional del Acuerdo número 12 de 24 de febrero de 1987, proferido por la Junta Directiva del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (fls. 20-21).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Despacho de origen.

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecomte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO I

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES

MUNICIPIOS.— Creación. Condiciones.

Ley 14 de 1969, artículo 1º. Población mínima exigida (Suspensión provisional de la Ordenanza de 30 de noviembre de 1984, expedida por la Asamblea Departamental del Quindío).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintinueve de enero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 813. Apelación interlocutorios. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Mediante providencia de 18 de noviembre de 1987 el Tribunal Administrativo del Quindío admitió la demanda de nulidad propuesta por el señor José Jesús Laverde Ospina contra la Ordenanza expedida por la Asamblea de ese Departamento el 30 de noviembre de 1984, "por medio de la cual se crea el Municipio de Barcelona y se dictan disposiciones para su organización". En la misma providencia se negó la suspensión provisional del acto en cuestión.

Contra la providencia antes mencionada y en lo concerniente a la suspensión provisional, el demandante interpuso el recurso de apelación, recurso que le fue concedido por el Tribunal en el efecto diferido y que, al tenor de lo dispuesto en el inciso final del artículo 155 del Código Contencioso Administrativo procede la Sala a resolver de plano. Para ello, hace las siguientes

Consideraciones:

El señor José Jesús Laverde Ospina demandó la nulidad de la Ordenanza por la cual la Asamblea Departamental del Quindío creó el Municipio de Barcelona y se dictaron disposiciones para su organización. En la misma demanda impetró la suspensión provisional del acto en mención indicando para el efecto como normas ostensiblemente violadas, los artículos 2º y 187 de la Constitución Nacional y el artículo 1º de la Ley 14 de 1969, con relación a las cuales expresó el concepto de la violación para los fines de la suspensión provisional.

El Tribunal Administrativo del Quindío en la providencia apelada negó la suspensión provisional en consideración a que en su sentir no se apreciaba el ostensible quebrantamiento de las normas indicadas como violadas. Además, en cuanto al quebrantamiento de los numerales 1º a 6º del artículo 1º de la Ley 14 de 1969, estimó el Tribunal que no puede darse por suficientemente acreditada la ostensible

violación partiendo de la mera "afirmación gratuita que hace el demandante, al sostener que no se acercaron las certificaciones al respecto, pues solamente se podrá hacer un enjuiciamiento serio y concienzudo sobre el particular, una vez se cuente con todos los elementos de prueba que sea posible allegar a las diligencias". Al efecto cita y transcribe providencia de esta Corporación, donde se analiza el tema de la prueba en los eventos de la suspensión provisional, en el sentido de que en esos casos mal pueden ventilarse cuestiones de hecho antes de surtirse el debate probatorio.

Como antes se dijo, se ha demandado la nulidad de la Ordenanza que expidió la Asamblea Departamental del Quindío el 30 de noviembre de 1984, "por medio de la cual se crea el Municipio de Barcelona y se dictan disposiciones para su organización". El demandante considera que ese acto es ostensiblemente violatorio de normas superiores como los artículos 2º y 187 de la Constitución y en particular el artículo 1º de la Ley 14 de 1969 que señala los requisitos a cumplir para la creación de los Municipios por parte de las Asambleas Departamentales. Considera el actor que esos requisitos fueron pretermitidos, tanto que la Gobernación del Departamento se vio obligada a objetar la Ordenanza en mención. El requisito relativo al número de habitantes de que habla el numeral 1º no se cumplió tal como lo afirma el propio gobernador y lo certifica el Departamento Administrativo Nacional de Estadística; el del numeral segundo tampoco se cumplió puesto que no se aportó la certificación motivada del órgano competente, e igualmente no se cumplieron las exigencias de los numerales 4º y 6º, puesto que no existe ni la certificación ni el concepto a que ellos se refieren. Dice el actor que de acuerdo con jurisprudencia de la Corte y del Consejo de Estado, que enumera, la Asamblea Departamental del Quindío tenía la imperiosa obligación de obrar con estricto respeto a la Constitución (art. 187) y a la Ley 14 de 1969, al erigir como municipio al Corregimiento de Barcelona, estando demasiado claro que no se llenaron en su totalidad los requisitos de ley dentro del expediente que se formó para ese fin, hasta el punto de que el mismo Gobernador del Departamento en documento público por él suscrito y su asesor jurídico, tuvieron que certificar que no se llenaron los requisitos exigidos por el artículo 1º y sus numerales pertinentes de la Ley 14 de 1969, no habiendo sido en ningún momento demeritadas las afirmaciones de tales funcionarios.

Conforme el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender los efectos de un acto, cuando la acción es de nulidad como la presente, siempre 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".

Es cierto que la jurisprudencia del Consejo de Estado, como lo recuerda el Tribunal del Quindío, había sostenido casi que de modo invariable que no era posible suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo a través del análisis de medios probatorios, puesto que estos solamente podían ser objeto de examen en la sentencia, luego de surtirse el debate probatorio del proceso, pero las nuevas orientaciones del Código Contencioso Administrativo consignadas en el artículo 152 antes transcrito consagran la posibilidad de

suspender de modo provisional un acto administrativo con fundamento en el estudio de pruebas aportadas, pero, como ya se ha clarificado jurisprudencialmente, sobre la base de que esas pruebas tengan un carácter documental y estén relacionadas de modo estrecho con el mismo proceso de expedición del acto acusado.

Planteada por el actor la petición de suspensión provisional sobre las bases anotadas, al afirmar la pretermisión de requisitos legales en la expedición de la ordenanza acusada conforme documentos obrantes en el expediente, procede la Sala al examen de las violaciones que se le atribuyen.

El artículo 187 de la Constitución Nacional dice que corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas:

"4º Crear y suprimir municipios, segregar o agregar términos municipales y fijar límites entre los distritos, llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley".

En desarrollo de la norma constitucional antes transcrita, la Ley 14 de 1969 en su artículo 1º dispuso lo siguiente:

"Para que una porción de territorio de un departamento pueda ser erigida en municipio, se necesita que concurran las siguientes condiciones:

"1º Que tenga por lo menos 20.000 habitantes y que el municipio o municipios de los cuales se segrega quede cada uno con una población no inferior a 25.000 habitantes, según certificación detallada del Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

"2º Que en los tres últimos años fiscales haya aportado en rentas y contribuciones al municipio o municipios de los cuales se segrega una suma no inferior a ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00) anuales y que, además, estos distritos queden cada uno con un presupuesto no inferior a doscientos mil pesos ($ 200.000.00) anuales, sin computar en dichas sumas las transferencias que reciban de la Nación y del Departamento, todo de conformidad con las certificaciones motivadas que expida la respectiva contraloría departamental.

"3º Que a juicio de los organismos departamentales de planeación, tenga capacidad para organizar un presupuesto anual no inferior a doscientos mil pesos ($ 200.000.00), sin computar las transferencias que recibe de la Nación y del Departamento.

"4º Que en el poblado destinado a cabecera residan no menos de 3.000 personas, según certificado del Departamento Administrativo Nacional de Estadística; que existan allí mismo locales adecuados para el funcionamiento de oficinas públicas, casa municipal, cárcel, centro de salud y escuela, como mínimo, o que cuente con recursos suficientes para construirlos o que su establecimiento esté previsto en los programas nacionales, regionales o departamentales.

"5º Que la creación sea solicitada por no menos de cuatro mil ciudadanos domiciliados dentro de los límites que se piden para el

nuevo municipio, y que las firmas de los solicitantes estén autenticadas por el Juez del municipio o municipios de los cuales se segrega el que se pretende crear.

"6º Que los organismos departamentales de planeación conceptúen sobre la conveniencia económica y social de la nueva entidad, teniendo en cuenta su capacidad fiscal, sus posibilidades económicas y su identificación como área territorial de desarrollo".

Pues bien, basta leer la constancia del folio 19 del informativo, expedida por el señor Jefe Regional del Banco de Datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (Regional Centrooccidente), para evidenciar que el primero de los requisitos exigidos por el artículo primero de la Ley 14 de 1969 no se cumplió, pues, se repite, dice la norma en mención que para que una porción de territorio de un Departamento pueda ser erigida en Municipio, "se necesita *que concurran* las siguientes condiciones: "1º Que tenga por lo menos 20.000 habitantes y que el municipio o municipios de los cuales se segrega quede cada uno con una población no inferior a 25.000 habitantes, según certificación detallada del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (se subraya).

Dice la constancia referida, lo siguiente:

"El suscrito Jefe del Banco de Datos de la Regional Centrooccidental del Dane, hace constar:

"Que de acuerdo a los resultados definitivos del XV Censo Nacional de Población y IV de Vivienda realizado en 1985, el número de habitantes empadronados en el corregimiento de Barcelona del municipio de Calarcá (Quindío) fue:

"En el centro poblado	5.098
"En el resto del corregimiento incluyendo población dispersa	1.688
Total de habitantes	6.786

"Fuente: DANE, tabulado Base geográfica Censo 85 Cartografía centro poblado de Barcelona y Mapa rural de Calarcá sector I, secciones 3, 4 y 5.

"Dado en Armenia a los 28 días del mes de octubre de 1987. a solicitud de la doctora Olma Inés Beltrán Ospina, Alcaldesa de Calarcá".

Por manera que es clara y ostensible la violación por parte del acto acusado de la norma citada de la Ley 14 de 1969, pues la población mínima exigida por la disposición en modo alguno se atempera a ella, siendo así que no tenía esa cifra la porción territorial que pretendía fuera erigida en municipio, circunstancia que se patentiza a través de la prueba documental citada y transcrita antes, que se relaciona íntima y directamente con el proceso de expedición de la Ordenanza impugnada a términos del artículo 187 de la Carta (numeral 4º). Esta disposición faculta a las Asambleas para crear municipios, pero eso sí, "llenando estrictamente los requisitos que establezca la

ley", que en la actualidad es la Ley 14 de 1969. Además, la posibilidad de suspender provisionalmente la ordenanza sobre la base del análisis probatorio documental, es viable aquí como atrás se explicó según el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, medida que se justifica, puesto que de no obrarse así, se haría en cierta forma engañosa la institución de la medida excepcional de la suspensión, a pesar de aparecer demostrado de modo fehaciente, como en el caso de autos, los hechos que sirvieron de fundamento al demandante para impetrarla.

Y lo hasta aquí dicho es suficiente y releva a la Sala del análisis de las demás normas citadas como violadas, puesto que la Ley 14 de 1969 en su artículo 1º exige que los requisitos allí consignados para la creación del municipio sean concurrentes, esto es, que se junten para los fines previstos en la norma.

No sobra anotar como circunstancia relevante en el expediente, la objeción que por motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad formuló el señor Gobernador del Departamento al acto enjuiciado, así como el posterior cuestionamiento del mismo que hizo ante el Tribunal Administrativo del Quindío.

Las razones anteriores indican que la providencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, en cuanto negó la suspensión provisional de la Ordenanza por la cual se creó el Municipio de Barcelona, debe ser revocada para en su lugar disponerse esa medida cautelar.

Y en tal virtud el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

Revócase la providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío el 18 de noviembre de 1987 en cuanto negó la suspensión provisional del acto acusado y, en su lugar, *suspéndese provisionalmente* la Ordenanza expedida por la Asamblea Departamental del Departamento del Quindío el 30 de noviembre de 1984, "por la cual se crea el Municipio de Barcelona y se dictan disposiciones para su organización".

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 29 de enero de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CODIGO FISCAL DE SANTANDER.—

CONFIRMA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 54, ordinal 6º; artículo 62, ordinales 5º y 6º parcialmente; artículo 78 parcialmente; artículo 450, inciso 2º; artículo 461, literales A y B.

Por cuanto que tales normas a) dan facultad a la Contraloría de intervención directa en los asuntos puramente administrativos lo cual repugna según el artículo 17 de la Ley 3ª de 1986. b) Señalan el 2% como porcentaje mínimo que la Contraloría debe recibir de todas las entidades sometidas a su auditaje, desconociendo el artículo 6º de la Ley 6ª de 1958.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 799. Demandante: Alvaro Beltrán Pinzón, Gobernador de Santander.

No entra la Sala a considerar el recurso de alzada interpuesto por el señor Contralor General de Santander, por medio de apoderado, porque dicho funcionario carece de aptitud procesal para representar a la Contraloría General de ese Departamento, que es una dependencia de este último ente territorial. Al respecto la Sala se ha pronunciado así en providencia de 12 de septiembre de 1987, proceso número 611:

"I. Cuando el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo establece que tanto las entidades públicas como privadas que cumplen funciones públicas pueden comparecer como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso-administrativos, no está admitiendo, como lo pretende el recurrente que tal comparecencia sea independiente del carácter de personas jurídicas que ellas posean o no, es decir, no está la norma previendo que cualquier organismo aunque carezca de personería jurídica o legitimación adjetiva tiene entidad para comparecer en el proceso en cualquiera de las situaciones antes enunciadas. Por el contrario, la norma reitera la preceptiva del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil que exige para ser parte en un proceso, el carácter de persona natural o jurídica, cuando dispone que tales entidades actuarán en el proceso por medio de sus representantes. La representación de un ente pre-

supone la existencia del mismo en el ámbito jurídico con capacidad y autonomía para actuar y comprometerse por sí mismo, es decir, con los atributos inherentes a la personería jurídica.

"De otra parte, es la ley, entendida en sentido amplio, la que determina quién lleva o a quién compete la representación de las distintas personas jurídicas de derecho público, que para el caso del Departamento, es el artículo 194, ordinal 4º, de la Carta radica en cabeza del Gobernador.

"Las Contralorías Departamentales son entidades carentes de personería jurídica y como tales hacen parte integrante de la persona jurídica territorial denominada Departamento, luego mal pueden comparecer como parte a cualquier título en un proceso, con lo cual no se le está coartando, como afirma el recurrente, ningún derecho, sino simplemente radicando el derecho de accionar o de comparecer al proceso y por tanto de defender presuntos intereses en litigio en cabeza del representante legal de la persona jurídica de la cual forman parte que es el Gobernador del respectivo Departamento.

"Cosa distinta es que para el caso de la Nación, el mismo artículo 149 antes citado haya previsto que la representación judicial de tal persona jurídica la ejerza la persona de mayor jerarquía en la entidad del orden nacional que haya expedido el acto o producido el hecho objeto del proceso. Significa lo anterior, que en el caso de que el acto o el hecho material de un proceso provenga de la Contraloría General de la Nación, el ente demandado será la Nación, no la Contraloría General de la República, por las razones antes explicadas —carencia de personería jurídica— aunque la representación de aquélla competa por expresa disposición al señor Contralor General de la República, quien actuará en el proceso, se insiste, no a nombre de la Contraloría sino de la Nación.

"II. El artículo 146 del Código Contencioso Administrativo permite a cualquier persona, cuando se trate de pretensiones de simple nulidad, intervenir en el proceso como parte coadyuvante o impugnadora. Es decir, la norma parte del mismo supuesto antes mencionado —existencia de la personería jurídica— cuando se trate de un ente o entidad pública o privada, razón para concluir que las contralorías, como tales y con apoyo en el artículo citado e invocado por el recurrente, tampoco pueden legalmente comparecer en carácter de coadyuvante o impugnadores en el proceso, pues no tienen vocación jurídica para ello.

"III. Situación distinta a las antes analizadas, es que la persona natural que detente el cargo de Contralor, puede en su condición de tal —persona natural— intervenir en el proceso como coadyuvante o impugnador, en razón de que en tal caso no está actuando como representante de un ente sino a título personal y como interesado en adherir o controvertir una demanda que eventualmente pueda favorecer o perjudicar los intereses de la respectiva Contraloría".

Habrá entonces de inadmitir dicho recurso, a términos del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

Se resuelve de plano en cambio el recurso de apelación interpuesto por el abogado Reinaldo Ramírez, obrando en su propio nombre, contra el auto de 23 de octubre del año pasado, por medio del cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, dentro del juicio de nulidad del Código Fiscal de dicho Departamento, decretó la suspensión provisional de algunas de sus disposiciones.

Hechos:

La Asamblea de Santander, mediante la Ordenanza 07 de 1986 (noviembre 6), facultó al Contralor Departamental para que "efectúe la recopilación de normas que rigen el Departamento de Santander, municipios, entidades descentralizadas, juntas de acción comunal, entidades de beneficio común, tales como el Decreto 1395 de 1985; Ordenanza 24 de 1982; Decretos 1222 y 1333 de 1986, entre otras, y proceda a ordenar el articulado y la denominación de los nuevos artículos, corregir los errores de ortografía, gramaticales y de imprenta y dirija la edición del nuevo Código Fiscal".

Así las cosas, el Código Fiscal de Santander quedó unificado y constituido por 800 artículos. Ocurrió sin embargo que el Gobernador de dicho Departamento, por intermedio de apoderado, solicitó su nulidad ante el Tribunal Contencioso "por las razones de inconstitucionalidad e ilegalidad a que conducen los vicios de incompetencia funcional por parte de las autoridades que participaron en su expedición y desviación de las atribuciones tanto de la Corporación como de los empleados que dictaron las normas acusadas".

Decisión del Tribunal:

Predica la demanda la existencia de una evidente violación legal y constitucional por parte de algunas de las disposiciones que llegaron a conformar el mencionado nuevo Código Fiscal de Santander; susceptibles, en consecuencia, según el mismo libelo, de la suspensión provisional.

Dicha medida cautelar fue aplicada por el *a quo* a las normas que específicamente señaló la parte resolutiva, numeral 2, de la providencia que fuera recurrida; y lo hizo así por cuanto las consideró, luego de análisis comparativo, manifiestamente contrarias a los mandatos u ordenamientos de superior jerarquía.

Estimó el Tribunal de instancia que las disposiciones del Código Fiscal acusado a las cuales aplicó la suspensión provisional, como son los artículos 54 ordinal 6º, 62 ordinal 5º parcialmente y ordinal 6º parcialmente, 78 parcialmente y 127, resultan abiertamente contrarios al artículo 17 de la Ley 3ª de 1986, e igualmente al artículo 298 del Decreto 222 de 1983, y al artículo 313 del Decreto 1222 de 1986 y a los artículos 273 y 274 del Decreto 1333 de 1986, pues estos "excluyen a la Contraloría de toda intervención en asuntos administrativos distin-

tos a su propia organización". Además, consideró el Tribunal que el artículo 450, inciso 2º del estatuto acusado, "que señala el 2% como porcentaje mínimo que la Contraloría debe recibir de todas las entidades sometidas a su auditaje, es claramente contrario al artículo 6º de la Ley 6ª de 1958, que limita la participación de la Contraloría a un máximo del 2% del presupuesto del Departamento, sin que en tal porcentaje puedan incluirse los presupuestos de otras entidades, así estas se hallen sometidas a la vigilancia de la Contraloría", y que el artículo 461, ordinal 2º, literal C del numeral 3º, literal A la palabra "aprobar" y literales B, C, y D, también acusado, es contrario al artículo 17 de la Ley 3ª de 1986 por cuanto la intervención de la Contraloría, en la formalización previa a la suscripción de los contratos, resulta indebida al tenor de esta disposición.

Sobre el particular discurrió así el *a quo:*

"Referente a la solicitud de suspensión provisional de varios artículos del Código demandado, es necesario analizar si se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

"En efecto, la petición fue presentada en el mismo escrito de demanda o sea oportunamente; se solicitó y sustentó de manera expresa la suspensión de determinadas disposiciones; la suspensión en este caso no está prohibida por la ley; y como se trata de acción de simple nulidad, no es necesario comprobar el perjuicio que sufre o podría sufrir el actor. Cumplidos así los requisitos descritos, resta examinar si las normas invocadas como transgredidas son pertinentes y sobre este aspecto la Sala observa:

"El artículo 54 del Código Fiscal de Santander dice que salvo disposición en contrario, la celebración de los contratos a que se refiere ese estatuto, deben someterse, entre otros requisitos a los previstos en el numeral 6º de tal artículo que dice: 'Actuación de la Contraloría: a) Revisión por parte de la Oficina Jurídica; b) Resolución de garantías y constitución de reservas'.

"Confrontada la parte transcrita con lo que al respecto disponen la Ley 3ª de 1986, artículo 17; el Decreto 222 de 1983, artículo 298; y los Decretos 1222 y 1333 de 1986, artículos 313 y 273 y 274 en su orden, su contradicción es manifiesta y por tanto la suspensión es procedente, pues las disposiciones en comento excluyen a la Contraloría, de toda intervención en asuntos administrativos distintos a su propia organización.

"Igual acontece con el artículo 62 que fija participación del Contralor o su delegado en la custodia de los documentos inherentes a licitaciones, así como en la numeración y rubricación de las propuestas de los participantes en licitaciones; el artículo 78 que señala participación al auditor fiscal en la adjudicación de concursos públicos; el 491 que impone la asistencia del Contralor o su representante a todas las Juntas o Comisión de licitaciones o adjudicaciones y de compras, con derecho a intervenir en las deliberaciones; los artículos 127 y 484 que dan competencia exclusiva al Contralor para fijar la cuantía de las garantías.

"Como fácilmente se aprecia, tales normas dan facultades a la Contraloría de intervención directa en los asuntos puramente administrativos, lo cual resulta abiertamente contrario al artículo 17 de la Ley 3ª de 1986.

"El artículo 450 del Código Fiscal acusado, que señala el 2% como porcentaje mínimo que la Contraloría debe recibir de todas las entidades sometidas a su auditaje, es claramente contrario al artículo 6º de la Ley 6ª de 1958, que limita la participación de la Contraloría en un máximo del 2% del Presupuesto del Departamento, sin que en tal porcentaje puedan incluirse los presupuestos de otras entidades, así estas se hallen sometidas a la vigilancia de la Contraloría.

"También es contraria al artículo 17 de la Ley 3ª de 1986, el artículo 461 en sus numerales 2, literal c) y 2 literales A) y B), C) y D) que facultan al Contralor para asistir con voz, pero sin voto, a las sesiones de las Junta Directivas de los diferentes organismos descentralizados del Departamento; aprobar órdenes de suministro para compras que por razón de la cuantía no exijan determinados requisitos; e intervenir en el señalamiento del precio de arrendamiento de bienes de propiedad del Departamento o de las entidades descentralizadas; fijar la cuantía de las fianzas que deban prestar los adjudicatarios de licitaciones o subastas o quienes se obliguen a la ejecución de obras o servicios; y exigir el otorgamiento de las garantías antes mencionadas e impartirles su aprobación. En efecto, toda esta intervención de la Contraloría en la formalización previa a la suscripción de los contratos, resulta indebida al tenor de la norma citada al principio de este acápite" (fls. 232 a 235).

Consideraciones de la Sala:

El apelante no sustentó el recurso interpuesto, privando así a la Sala de la oportunidad de conocer la inconformidad que enunciara contra la decisión del *a quo*.

En consecuencia, ante la total ausencia de razonamiento contra la providencia recurrida, y al hecho de que la percepción efectuada por el juzgador de instancia, a través de una sencilla comparación sobre la violación de normas superiores por parte de las demandadas, se acomoda a los principios legales que permiten la medida de la suspensión provisional, de la cual trata el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, esta Sala confirmará el numeral 2 de la parte resolutiva de la providencia recurrida con excepción de los siguientes textos respecto de los cuales levantará la suspensión provisional: Artículo 461, numeral 3º, literales C) y D) y artículo 127 en cuanto hace a la facultad otorgada al Contralor para exigir el otorgamiento de garantías, la fijación de su cuantía y término de ellas, de que hablan tales textos, porque es cuestión dudosa cuya dilucidación requiere del debido análisis minucioso no propio de la presente medida precautoria. Se pregunta así si tal facultad es inherente a la actividad

de vigilancia de la gestión fiscal, que es la órbita de la Contraloría, o en cambio, es eminentemente administrativa propia del Gobernador. En la sentencia se harán las precisiones de rigor.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

1º Inadmítese el recurso de apelación interpuesto por el señor Contralor General del Departamento de Santander mediante procurador judicial.

2º Confírmase la providencia apelada, con excepción de los siguientes preceptos a que se refiere su numeral 2º; artículo 461, numeral 3º, literales C) y D) y el artículo 127.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de veinticinco (25) de febrero de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SESIONES EXTRAORDINARIAS DE LAS CORPORACIONES PUBLICAS (CONGRESO, ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES, CONCEJOS MUNICIPALES).—

Aplicación de la excepción de inconstitucionalidad al Decreto 1442 de 1979, artículo 2º.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., once de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 531. Actor: Sixto Francisco Cerquera Rivera.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 6 de noviembre de 1986 proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, dentro del proceso de nulidad del Decreto departamental número 770 de diciembre 2 de 1985 y de las Ordenanzas números 24, 26, 27, 28, 31 y 35 de 1985 expedidas por la Asamblea Departamental del Huila en desarrollo de aquél.

La sentencia recurrida denegó las pretensiones del actor por encontrar que frente a las normas invocadas como infringidas por los actos acusados, estos se avienen en todo a aquéllas, no encontrándose la violación aludida por el demandante.

Finalmente, el fallo recurrido contiene un aparte de una providencia de la Sala Electoral, en la cual se dice:

"La Sala Electoral comparte ampliamente las consideraciones tenidas en cuenta por el *a quo* para decretar la medida previsoria de suspensión del acto acusado, habida circunstancia de que el texto constitucional ameritado al efecto, contiene una limitante absoluta como es la de que las Asambleas Departamentales que en sesiones extraordinarias tiene que ocuparse exclusivamente de los asuntos que los Gobernadores sometan a su consideración (art. 185, ordinal 2º). Es natural comprender que tales Corporaciones en el ejercicio ordinario de sus actividades pueden ejercer por medio de ordenanzas cualesquiera de las atribuciones asignadas en el texto del artículo 187 de la Carta, pero necesariamente en el ámbito extraordinario de sesiones, su marco de acción está supeditado a la iniciativa gubernamental en cuanto al asunto que al efecto se someta.

"Cualquier otra interpretación en tema tan claro implica un desconcertante error y si ésta ha de servir como fundamento del

de vigilancia de la gestión fiscal, que es la órbita de la Contraloría, o en cambio, es eminentemente administrativa propia del Gobernador. En la sentencia se harán las precisiones de rigor.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

1º Inadmítese el recurso de apelación interpuesto por el señor Contralor General del Departamento de Santander mediante procurador judicial.

2º Confírmase la providencia apelada, con excepción de los siguientes preceptos a que se refiere su numeral 2º; artículo 461, numeral 3º, literales C) y D) y el artículo 127.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de veinticinco (25) de febrero de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SESIONES EXTRAORDINARIAS DE LAS CORPORACIONES PUBLICAS (CONGRESO, ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES, CONCEJOS MUNICIPALES).—

Aplicación de la excepción de inconstitucionalidad al Decreto 1442 de 1979, artículo 2º.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., once de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 531. Actor: Sixto Francisco Cerquera Rivera.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 6 de noviembre de 1986 proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, dentro del proceso de nulidad del Decreto departamental número 770 de diciembre 2 de 1985 y de las Ordenanzas números 24, 26, 27, 28, 31 y 35 de 1985 expedidas por la Asamblea Departamental del Huila en desarrollo de aquél.

La sentencia recurrida denegó las pretensiones del actor por encontrar que frente a las normas invocadas como infringidas por los actos acusados, estos se avienen en todo a aquéllas, no encontrándose la violación aludida por el demandante.

Finalmente, el fallo recurrido contiene un aparte de una providencia de la Sala Electoral, en la cual se dice:

"La Sala Electoral comparte ampliamente las consideraciones tenidas en cuenta por el *a quo* para decretar la medida previsoria de suspensión del acto acusado, habida circunstancia de que el texto constitucional ameritado al efecto, contiene una limitante absoluta como es la de que las Asambleas Departamentales que en sesiones extraordinarias tiene que ocuparse exclusivamente de los asuntos que los Gobernadores sometan a su consideración (art. 185, ordinal 2º). Es natural comprender que tales Corporaciones en el ejercicio ordinario de sus actividades pueden ejercer por medio de ordenanzas cualesquiera de las atribuciones asignadas en el texto del artículo 187 de la Carta, pero necesariamente en el ámbito extraordinario de sesiones, su marco de acción está supeditado a la iniciativa gubernamental en cuanto al asunto que al efecto se someta.

"Cualquier otra interpretación en tema tan claro implica un desconcertante error y si ésta ha de servir como fundamento del

acto que se enjuicia, el desbordamiento institucional resulta manifiesto..." (auto de 17 de febrero de 1986, expediente 002).

La sustentación del recurso:

El actor, en su recurso de apelación expone lo siguiente:

"El Decreto 1442 de 1979 que reglamenta las sesiones (sic) de las Asambleas Departamentales y a su vez reglamenta el artículo 85 de la Constitución Nacional, es una norma 'imperativa'. *Ordena* que *'fuera de los casos planteados en el decreto de convocatoria, no podrán someterse otros a las asambleas departamentales en sesiones departamentales (sic) en sesiones extraordinarias'* ".

Más adelante agrega:

"Se ha dicho por los tratadistas del derecho público que se debe cuidar celosamente el contexto general de las normas. La verdad es que en la sentencia, vuelvo y repito con todo respeto, no veo la dirección, el camino que indique claramente qué hay que seguir haciendo; el fallo sobre lo planteado no dice por qué *no* se acogieron mis peticiones, o *por qué si* los gobernadores pueden incluir más cosas en sesiones extraordinarias, fuera de las enumeradas en decreto de convocatoria, las razones son lo importante en este caso porque lo contrario estaríamos frente al derecho frío, sin argumentos. Yo creo que entonces le corresponde al máximo tribunal de lo contencioso administrativo definir mediante jurisprudencia, el camino a seguir en estos casos".

El concepto Fiscal:

En esta instancia, sin que las partes hubieren intervenido el señor Fiscal Primero de la Corporación produjo su concepto de fondo en los siguientes términos:

"De la comparación de las anteriores normas citadas, teniendo como normas generales la Constitución en su artículo 185 y como norma especial el Decreto 1442 de 19 de junio de 1979 en su artículo 2º y, además, con los hechos demostrados, aparece primero una clara contradicción entre el artículo 4º del Decreto 770 de diciembre 2 de 1985, que autoriza la presentación de nuevos proyectos de Ordenanzas a consideración de la honorable Asamblea Departamental, a lo largo del término de las sesiones extraordinarias, con el artículo 2º del Decreto 1441 (sic) de 19 de junio de 1979, que expresa claramente sin lugar a confusión alguna al decir que: 'En las sesiones extraordinarias las Asambleas se ocuparán exclusivamente en los asuntos que los Gobernadores sometan a su consideración en el Decreto de convocatoria'. Contradicción ésta en que se basó el Gobierno Departamental para incluir

en el estudio de las sesiones extraordinarias de la Asamblea Departamental del Huila, asuntos o proyectos que no se habían mencionado en el Decreto de convocatoria.

"Así, pues, el resultado de esta contradicción entre el artículo 2º del Decreto 1442 de 1979, que desarrolla el artículo 185 de la Constitución, con el artículo 4º del Decreto 770 de diciembre 2 de 1985 acusado, es una contradicción que no es meramente formal, sino de fondo porque toca el contenido de la norma, entendiendo como recuerda oportunamente el actor, que la diferencia entre las sesiones ordinarias y extraordinarias, se funda precisamente en la característica de poderse en las sesiones ordinarias tocar los proyectos, asuntos o planes que van surgiendo y por el contrario estar, las sesiones extraordinarias sujetas exclusivamente a los asuntos indicados previamente en el Decreto de convocatoria. De esta manera se ve claramente como la violación que argumenta el actor, fluye de una sencilla comparación".

Consideraciones de la Sala:

Quizás una de las atribuciones del Gobierno nacional o departamental que más importancia ha tenido en las necesarias relaciones con los cuerpos de representación popular —Congreso, Asamblea— a través de los tiempos, ha sido esta del Presidente o Gobernador, de convocarlos a sesiones extraordinarias fuera de sus respectivos períodos ordinarios.

En ejercicio de esta facultad constitucional el Presidente de la República y los Gobernadores, impulsan la labor del Congreso o Asambleas en un orden de actividad, supeditados a las materias y proyectos que estimen conveniente presentar a su consideración, en procura de la buena marcha de la administración pública que se ve en la necesidad de contar con el aporte también extraordinario de tales corporaciones por un tiempo determinado.

Respecto al Congreso y Asambleas, la Constitución ha establecido de manera similar esta atribución para el Presidente, Gobernadores, dentro de su órbita respectiva, en los siguientes términos:

Artículo 68: "También se reunirá el Congreso por convocatoria del Gobierno y durante el tiempo que éste señale, en sesiones extraordinarias. En este caso no podrá ocuparse sino en los negocios que el Gobierno someta a su consideración" (art. 2º, Acto legislativo número 1 de 1938).

El artículo 118 *ibídem*, le confiere al Presidente de la República la atribución especial en relación con el Congreso, de convocarlo a sesiones extraordinarias (numeral 2º).

Artículo 185. "Las Asambleas se reunirán ordinariamente cada año en la capital del Departamento, por un término de dos meses. Los Gobernadores podrán convocarlos a sesiones extraordinarias *para que se ocupen exclusivamente de los asuntos que ellos les sometan*" (El subrayado es de la Sala).

En cuanto a los Concejos también existe la norma. El artículo 80 del actual Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986) prevé las reuniones extras del Cabildo, así: "También se reunirán extraordinariamente los Concejos por convocatoria del Alcalde respectivo. En estos casos se ocuparán exclusivamente de los asuntos que someta a su consideración la *autoridad que los convoque*" (Se subraya).

De la atenta lectura de estos preceptos de la Carta se puede deducir con toda claridad las siguientes consecuencias no susceptibles de erradas interpretaciones como la que se desprende de la demanda que se estudia:

a) El Congreso y las Asambleas no pueden ocuparse sino en relación con los proyectos que se les someta al estudio por el Gobierno, siendo descartable toda iniciativa parlamentaria o de los diputados; precisamente porque de conformidad a las normas transcritas tendrán que ocuparse *exclusivamente* de los asuntos que el Gobierno proponga o presente.

De manera excluyente el Gobierno maneja los temas y las materias de las sesiones extraordinarias hasta el punto de transgredir dichas normas la aprobación de una ley u ordenanza que no sea de su procedencia a diferencia de lo que ocurre en las ordinarias en las cuales la ley o la Ordenanza, en términos generales, pueden provenir del Gobierno, de las Cámaras o de las Asambleas, indistintamente, según el caso.

b) Es preciso afirmar, que al decir la norma que el Congreso, o en el caso *sub exámine*, la Asamblea, no puede ocuparse de asuntos distintos a los que el Gobierno presente a su consideración, impone una limitación constitucional en cuanto hace a la iniciativa del respectivo proyecto o asunto; pero en ningún caso está indicando que sea indispensable determinar en el decreto de convocatoria las materias o proyectos sobre los cuales deberá ocuparse la Corporación durante las sesiones extraordinarias.

Puede precisar y agotar todo el temario en el decreto de convocación, o puede, perfectamente, como lo hizo en el decreto demandado, hacer una relación de los principales y expresar en su articulado que además se estudiarán los proyectos que durante dicho período extraordinario presente, o también en el curso de las sesiones someter nuevos proyectos ya sea prorrogando o no el término según la urgencia o necesidad del Gobierno.

Es entendido que las posibilidades de iniciativa del Gobernador sólo se agotan cuando terminan las respectivas sesiones. Interpretar lo contrario conduciría al quebrantamiento de la norma supralegal que está por encima de la contenida en el decreto reglamentario citado como objeto de violación o quebranto en la demanda, concretamente el artículo 2º del Decreto 1442 de 19 de junio de 1979, el cual fue dictado por el Ministro delegatario en ejercicio de las facultades que le fueron concedidas por el Decreto 1243 de 1979, entre las cuales estaba la potestad reglamentaria del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional.

c) El artículo 2º del Decreto 1442 supracitado, dice:

"En las sesiones extraordinarias las Asambleas Departamentales se ocuparán exclusivamente de los asuntos que los Gobernadores sometan a su consideración en el Decreto de convocatoria.

"En consecuencia los diputados no podrán someter a la consideración de la Asamblea ningún proyecto de ordenanza o de acto administrativo durante tales sesiones, ni considerar proyectos pendientes o en tránsito que el Gobernador no haya incluido en el Decreto de convocatoria".

Observando en su conjunto este contexto, se puede ver que su finalidad no fue otra que la de hacer énfasis en la limitación de iniciativa impuesta en el artículo 185 de la Carta a los diputados, pero no podía rebasar el alcance mismo de esta preceptiva de superior jerarquía limitando, a su vez, la facultad del Gobernador de proponer y adelantar "exclusivamente" durante el período de sesiones extraordinarias las iniciativas legislativas u ordenanzales que considere oportuno hacer a partir de la convocatoria respectiva, so pena de incurrir en el quebrantamiento de la norma superior de la Constitución que prima sobre dicho decreto reglamentario, como se dijo anteriormente. En este sentido, la Sala deja de aplicarlo en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 215 de la Constitución Nacional.

Apartándose, pues, del concepto del distinguido colaborador Fiscal, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase en todas sus partes la sentencia de 6 de noviembre de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, dentro del proceso de nulidad del Decreto departamental número 770 de 2 de diciembre de 1985, y de las Ordenanzas números 24, 26, 27, 28, 31 y 35 de 1985, expedidas por la Asamblea Departamental del Huila.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez, No asistió.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO II

ACTOS DEL GOBERNADOR

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS POR SERVICIOS.—

DECLARASE LA NULIDAD del literal c) del artículo 10 y del aparte final: "y fijar las distintas escalas de remuneración" del artículo 11 del Decreto número 0665 de 22 de diciembre de 1980 expedido por el Gobernador del Departamento del Quindío.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinte de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 534. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 26 de noviembre de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, en cuanto denegó la súplica de la demanda.

Antecedentes:

A. La demanda.

1. El ciudadano José Jesús Laverde Ospina, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandó la declaratoria de nulidad del Decreto número 0665 de 22 de diciembre de 1980 expedido por el Gobernador del Departamento del Quindío, "por medio del cual se convierte en Instituto descentralizado la Caja de Previsión Social Departamental del Quindío".

2. Como hechos de la demanda se aducen en síntesis, los siguientes:

1º La Asamblea del Departamento del Quindío por medio de la Ordenanza número 50 de 27 de noviembre de 1980 autorizó al Gobernador de ese Departamento para revisar la estructura de la Caja Departamental de Previsión Social del Quindío.

2º El señor Gobernador por medio del Decreto demandado no revisó la estructura de la mencionada entidad, sino que procedió a crear la Caja Departamental de Previsión Social, a fijar la planta y remuneración de los distintos cargos, a señalar el aporte anual que el Departamento debe apropiar para su funcionamiento, a determinar

la composición de la Junta Administrativa entre cuyos miembros figura un representante de las asociaciones de jubilados legalmente reconocidas, a crear un Consejo Técnico y a facultar al Gerente de ésta para dictar unas resoluciones.

3º Como normas violadas y concepto de violación de las mismas, plantea el actor la infracción de la Ordenanza número 50 de 27 de noviembre de 1980, de los artículos 187, numerales 5º, 6º y 7º y 194, numeral 9º de la Constitución Nacional y del artículo 97, numerales 16 y 25 del Código de Régimen Político y Municipal, para lo cual aduce en síntesis lo siguiente:

a) El crearse una Caja de Previsión, fijar la planta de personal y la remuneración para los distintos cargos, así como al expedirse otras normas, fueron extralimitadas las funciones por parte del Gobernador y rebasada la autorización dada en la Ordenanza número 50 que versa solamente sobre la revisión de la estructura de la Caja Departamental de Previsión Social, lo que implicaba en aplicación de los numerales 5º y 6º del artículo 187 de la Carta que aquél debía presentar un proyecto de Ordenanza, para que fuera la Asamblea la que aprobara, si lo consideraba del caso, la creación, estructura, escala salarial de los distintos cargos, con base en la iniciativa del Gobernador como gestor del gasto público;

b) Al crear en el artículo 10 del acto acusado una Junta para que, según el artículo 11 del mismo Decreto, coadyuve al manejo de la Caja de Previsión y tenga facultades al nivel del Ejecutivo Departamental, viola hasta la más elemental norma de derecho positivo.

Invoca el autor en apoyo de la anterior afirmación dos providencias de esta Corporación, así:

"Siendo el Gobernador del Departamento el jefe de la administración seccional, a quien compete dirigir la acción administrativa nombrando y separando libremente a sus agentes, toda creación de Juntas hechas por las Asambleas Departamentales que conduzca, en el fondo, a arrebatar al Gobernador parte de sus prerrogativas constitucionales, choca contra claros preceptos de orden superior. Tales disposiciones que lo son el artículo 195 (sic) de la Constitución Nacional y el ordinal 2º del artículo 127 de la Ley 4ª de 1913, no permiten el establecimiento de juntas autónomas encargadas de dirigir parte del movimiento de la Administración y es de ella el único responsable" (Auto del Consejo de Estado de noviembre 24 de 1944, *Anales*, Tomo LIII, números 341-346, pág. 282).

"El honorable Consejo de Estado en junio 10 de 1947, Tomo LVI, números 357-361, página 40 —dijo entre otras cosas—, lo siguiente:

"'...en los artículos 6º de la Ley 93 de 1938, del Decreto 224 de 1938, Decreto 2554 de 1950, artículo 2º de la Ley 12 de 1936, artículo 1º del Decreto 1991 de 1963, artículo 3º del Decreto 1559 de 1963 y 10 del Decreto 621 de 1974. Todas estas disposiciones guardan armonía con el artículo 187, ordinal 6º de la Constitución Nacional (art. 57 del Acto legislativo número 1 de 1968) que pres-

cribe como función de las Asambleas crear, a iniciativa del Gobernador, establecimientos públicos departamentales, conforme a las normas que determina la ley'. Extractos del honorable Consejo de Estado en octubre de 1978";

c) El Gobernador debió pues circunscribirse a revisar la Caja Departamental y no crear un organismo paralelo o gemelo al existente desde 1978, para luego sí hacer uso del mandato constitucional y presentar a consideración de la Asamblea un proyecto de Ordenanza en que se señalara la reestructuración y delegación administrativa que se le pudiera dar al Gerente del citado establecimiento público departamental (fls. 1 a 5).

B. La sentencia recurrida.

El Tribunal Administrativo del Quindío en sentencia de 26 de noviembre de 1986 denegó la súplica de la demanda con fundamento en las consideraciones que se resumen, así:

1. La infracción a la Ordenanza número 50 de 17 de noviembre de 1980 y a los ordinales 5º y 6º del artículo 187 de la Carta, únicas normas respecto de las cuales expuso el actor el concepto de la violación deben analizarse en conjunto, ya que se entrelazan, pues el cargo consiste en afirmar que el señor Gobernador al expedir el Decreto demandado rebasó las atribuciones conferidas en la Ordenanza mencionada y como consecuencia dictó un acto que es por atribución constitucional del resorte de la Asamblea Departamental a iniciativa de aquél.

2. En el artículo 1º de la Ordenanza número 50 se faculta al Gobernador, hasta el día 28 de febrero de 1981, "para revisar la estructura de la Caja Departamental de Previsión del Quindío, y lograr su conversión, dentro del mismo término, como establecimiento público de carácter Departamental, ...con patrimonio propio, personería jurídica, autonomía administrativa y tutela gubernamental".

"La palabra revisar empleada en la norma transcrita da la impresión de que no se confirió la facultad para crear el organismo autónomo al cual dio vida el Decreto 0665 de 1980. Pero como con la autorización se buscaba que se lograra la conversión de la Caja Departamental de Previsión '...como establecimiento público...', no cabe duda de que en la Ordenanza se contempló la creación de un nuevo ente, el cual vendría a reemplazar el existente, esto es, el organizado por medio del Decreto número 0187 de 14 de abril de 1978, proferido por la señora Gobernadora del Departamento del Quindío. Convertir una cosa en otra implica necesariamente la creación o nacimiento de ésta y, de contera, la desaparición de aquella".

El contenido de los artículos 2º y 3º de la citada Ordenanza, al prever la integración de la Junta Directiva del nuevo organismo y facultar al Gobernador para "...efectuar las adiciones, traslados y los movimientos presupuestales indispensables para el cumplimiento de la presente Ordenanza" no deja dudas sobre la autorización para crear el organismo, pues sólo así se explican tales normas.

En la Ordenanza número 50, la Asamblea hizo uso de la facultad contemplada en el artículo 187, numeral 10 de la Carta y delegó en el

Gobernador la función que le atribuye a aquélla el numeral 6º *ibídem* atinente a la creación de establecimientos públicos y el Gobernador ejerció tal delegación en legal forma.

3. Si el Gobernador estaba autorizado para crear el establecimiento público, como se dejó sentado, obviamente también lo estaba para fijar su estructura, planta de personal y remuneración a las distintas categorías de empleos, pues no se concibe un organismo de tal índole sin la determinación de tales aspectos, funciones estas que competen a la Asamblea según el ordinal 5º del artículo 187 citado y de las que se desprendió la Asamblea en este caso, para delegarlas en el Gobernador. "...inane hubiera sido que el Gobernador hubiese recibido la facultad del numeral 6º y que en cambio, no se le hubiera entregado la del numeral 5º, ambos del artículo 187 de la Constitución Nacional, pues estas son normas complementarias".

4. El Gobernador tiene facultad propia para presentar proyectos de Ordenanza para la creación de establecimientos públicos, como lo consigna el numeral 6º del artículo 187 de la Carta y por tanto, no necesitaba autorización de la Asamblea para la presentación del proyecto de creación del ente mencionado. Tal iniciativa no se requiere en cambio para que la Asamblea expida la Ordenanza que faculte al Gobernador para crearlo en virtud de Decreto y este es el asunto que aquí se debate.

5. Mal puede afirmarse que en virtud del Decreto cuestionado se generó la existencia de dos organismos paralelos con las mismas finalidades, ya que el Decreto 0665 subrogó el Decreto 187 de 1978, es decir, lo dejó sin vigencia al convertir el organismo existente en un establecimiento público del orden departamental.

6. El Decreto 1050 de 1968, en sus artículos 25 y 26, que rigen lo atinente a la creación y formación de los establecimientos públicos en el orden nacional y que regían en la fecha de expedición del Decreto demandado en el orden departamental y municipal —hoy Decretos número 1222 y 1333 de 1986— preceptúa que la dirección de los establecimientos públicos estará a cargo de una Junta Directiva y señala sus funciones, entre las cuales se encuentra la de adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca (art. 26, ordinal b). Por tanto, el artículo 11 del Decreto 0665 de 1980 desarrolla las previsiones del Decreto 1050 de 1968, artículo 26, ordinal b), al contemplar que la Junta Directiva expedirá el decreto orgánico de la Caja de Previsión, la forma de atender los fines perseguidos por él, aprobar el manual de funciones y fijar las escalas de remuneración.

"Para más claridad sobre el punto deben diferenciarse los estatutos básicos de los establecimientos públicos y los que organizan internamente los mismos. Aquellos señalan la estructura del ente, su naturaleza, objeto, financiamiento, etc., sin entrar a proveer en detalle toda la organización y funcionamiento de los mismos, funciones estas últimas que deben ser dictadas por las Juntas de las entidades conforme lo prevé el artículo 26 del Decreto 1050 de 1968" (fls. 57 a 69).

C. El recurso de apelación.

Sostiene en resumen la parte demandante, al sustentar el recurso de apelación, lo siguiente:

a) Todo el Decreto demandado es violatorio de los artículos 187, numerales 5º y 6º y 194, numeral 9º de la Constitución Nacional, a más de la creación de un organismo gemelo al que venía funcionando;

b) "El señor Gobernador delegó en una Junta de CAPREQUINDIO, una función que no era delegable, pues las facultades *pro témpore* entregadas por la honorable Asamblea del Quindío a través de la Ordenanza número 50 de noviembre 27 de 1980, en ningún momento lo facultaba para delegar en otro organismo la facultad extraordinaria dada transitoriamente al Ejecutivo Departamental" (fl. 70).

D. El concepto de la Fiscalía.

Considera el señor Fiscal Primero debe confirmarse la sentencia recurrida y para ello aduce la validez de los argumentos del fallo de primera instancia (fls. 10 a 16).

Consideraciones:

I. Para mayor claridad estima la Sala debe dividirse el análisis del Decreto impugnado en dos partes concernientes, respectivamente, a: A. Creación del establecimiento público materia del Decreto, señalamiento de su estructura, funciones, planta de personal, remuneración para los distintos cargos; B. Composición y funciones asignadas a la Junta Directiva, así:

A.

1. La primera parte del Decreto acusado, conforme a la distribución antes indicada, se halla contenida en los artículos 1º a 9º y 12 a 16 del mismo.

2. La Ordenanza número 50 de 27 de noviembre de 1980, en su artículo 1º (fl. 9) autorizó al Gobernador del Departamento, hasta el día 28 de febrero de 1981, para revisar la estructura de la Caja Departamental de Previsión del Quindío y "lograr su conversión... como establecimiento público de carácter departamental..."

La autorización mencionada encuentra su apoyo constitucional en el numeral 10, última parte del artículo 187 de la Carta, en armonía con el numeral 6º *ibídem*, que atribuyen, respectivamente, a las Asambleas Departamentales la facultad de autorizar al Gobernador para ejercer, *pro témpore*, precisas funciones asignadas a ellas y la de crear, a iniciativa del Gobernador, establecimientos públicos conforme a la normación legal.

Del contexto del artículo 1º de la Ordenanza citada, se desprende con toda claridad que la autorización impartida por la Asamblea no tiene el alcance limitado que pretende inferir el demandante y consistente en la simple introducción de modificaciones en la estructura administrativa de la Caja de Previsión Social Departamental del Quindío, creada por Decreto número 0187 de 14 de abril de 1978 (fls. 6 a 8) como dependencia adscrita a la Gobernación del Departamento, sin poder tocar por tanto, el aspecto atinente a la categoría jurídico-administrativa de la misma, es decir, lo que respecta a su naturaleza como organismo descentralizado del orden local.

El artículo 1º invocado contiene expreso mandato en el sentido de que la revisión de la estructura del organismo mencionado se hará dentro del marco de su conversión de dependencia centralizada en organismo descentralizado, concretamente en establecimiento público departamental y como tal autónomo administrativamente dentro de la órbita departamental.

3. Como bien lo expresa el Tribunal la revisión de la estructura administrativa y, más aún, la conversión de un ente en otro de categoría y naturaleza jurídica distinta, implica de suyo el señalamiento de las dependencias que lo integran a todo nivel, de los objetivos y las funciones dentro de un marco general, de la planta de personal que ha de cumplir aquellos y desarrollar estas y correlativamente de la remuneración para tales cargos, así como lo concerniente a los aspectos conformación del patrimonio, todo lo anterior dentro del contexto que para ello señale la ley, tal como lo dispone el numeral 6º del artículo 187 de la Constitución Nacional, a cuyo acatamiento debe sujetarse no solamente la Asamblea Departamental cuando sea ella directamente quien efectúe tal revisión, a través de la expedición de una Ordenanza, sino como es apenas obvio, el Gobernador cuando actúa, como en el caso *sub lite*, por la vía del otorgamiento de facultades o de autorización.

La Ley a que se refiere la norma citada, para la fecha de expedición del Decreto impugnado, se halla contenida en las normas que integran la Reforma Administrativa de 1968, específicamente en los Decretos-ley 1050 y 3130 de ese año, que en defecto de regulación especial para el orden local, eran aplicables a este sector, como en reiteradas oportunidades lo ha sostenido esta Corporación. Así, para no mencionar sino uno de los más recientes pronunciamientos en este sentido, baste citar el fallo de 29 de julio de 1987, procedente de esta Sección, con ponencia de quien es también el conductor del presente proceso, Expediente número 173, Actores: Henry Ruiz Tose y Alirio Calderón Benavides, en el cual se dijo:

> "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 número 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 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 éstas y de sus representantes legales».

" 'En idéntica forma el artículo 30 del Decreto-ley 467 de 1986 hace igual prescripción para las entidades descentralizadas de Intendencias y Comisarías, sólo difieren en que en este caso los órganos que pueden crearlas son, respectivamente, los concejos intendenciales o 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 de 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)".

4. De la atenta lectura de los artículos 1º a 9º y 12 a 16 del Decreto acusado, no infiere la Sala violación alguna de las normas que integran los Decretos antes mencionados y como la Ordenanza confirió facultades al Gobernador para regular los aspectos antes señalados, según se anotó, tampoco se configura infracción por extralimitación de la citada Ordenanza.

5. No es exacto tampoco, como lo pretende el recurrente que se haya creado un organismo paralelo al existente y que se haya desconocido la iniciativa del Ejecutivo local para la creación del segundo.

En efecto, como lo sostiene el Tribunal, el Decreto impugnado transformó el organismo existente en una nueva entidad con carácter autónomo, como se desprende de la simple lectura del encabezamiento de aquél y de otra parte, la iniciativa proveniente del Ejecutivo local para la creación de establecimientos públicos de tal orden, a que se refiere el ordinal 6º del artículo 187 de la Carta, tiene aplicabilidad

cuando dicha creación ha de efectuarse por la Asamblea Departamental y concierne al origen del proyecto mismo de Ordenanza a someterse a consideración de ésta.

Pero no es ésta la situación que se presenta en el caso *sub lite*, en la medida en que la creación del ente no proviene de la Asamblea Departamental, sino del Ejecutivo local en uso de autorización conferida al efecto.

B.

1. La segunda parte en que se dividió, como atrás se expuso, el análisis de las normas que conforman el Decreto acusado, se halla contenida en los artículos 10 y 11 de éste.

Afirma el demandante que al preverse en el artículo 10 del Decreto 0665 la participación de un representante de las asociaciones de jubilados legalmente reconocidas, como miembro integrante de la Junta Directiva de la entidad, se extralimitó o desbordó la Ordenanza número 50 que en su artículo 2º regula la composición de tal Junta Directiva.

El artículo 2º invocado no determina en forma completa o a cabalidad la composición de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social Departamental del Quindío. Establece limitantes en cuanto al número máximo total de integrantes de ella y en cuanto al señalamiento de la procedencia u origen de tres de tales miembros. Dispone que en su composición la Junta Directiva no excederá de seis miembros, dos de los cuales serán diputados elegidos por la Asamblea Departamental a este efecto y "un (1) representante de los empleados jubilados".

El artículo 10 del Decreto 0665 dispone la integración de la Junta Directiva por seis miembros, con lo cual acata la primera de las limitantes previstas en la norma de autorización, así como la participación de dos Representantes de la Asamblea Departamental, pero en lo que atañe a la representación de los empleados jubilados, prevista en aquella, establece una restricción que la Ordenanza no contempla, con lo cual la extralimita.

En efecto, de conformidad con el artículo 2º, parte final de la Ordenanza número 50, la participación en la composición de la Junta Directiva, a través de un miembro, corresponde a los "empleados jubilados", no a "las asociaciones de jubilados, legalmente reconocidas", como lo preceptúa el artículo 10 del Decreto demandado.

Al otorgarse la mencionada participación, por conducto de un representante, a las asociaciones de jubilados legalmente reconocidas, excluyendo por tanto, a los empleados jubilados que no se encuentren asociados, o que estándolo no hayan obtenido para la asociación el respectivo reconocimiento legal y no contemplándose la participación en dicha Junta Directiva de un representante de estos —empleados jubilados— evidentemente se restringió el alcance del artículo 2º, parte final de la citada Ordenanza.

No puede tampoco concluirse que la participación de los empleados jubilados se da a través del "representante de los afiliados" que

prevé el literal d) del artículo 10 cuestionado, en la medida en que aquellos tienen el carácter de afiliados a la Caja de Previsión, puesto que la Ordenanza expresamente dispone que tal representación corresponde a los afiliados con carácter de empleados jubilados.

No significa lo anterior, que el Decreto no pueda disponer la participación de uno o más representantes de los afiliados, o de uno o más representantes de las asociaciones de empleados jubilados legalmente reconocidas, significa que de los seis miembros que como máximo conforman la Junta Directiva, obligatoriamente debe incluirse un representante de los empleados jubilados, ya que la norma de autorización previó en forma expresa y precisa tal participación y limitarla a las asociaciones de jubilados implica restringir ésta y por tanto vulnerarla, razón para que proceda la declaratoria de ilegalidad del literal c) del artículo 10 del Decreto 0665.

2. Sostiene el demandante que en el artículo 11 del Decreto impugnado se le asignaron a la Junta Directiva de la Caja de Previsión Departamental del Quindío funciones de coadyuvancia respecto a su manejo y por tanto, funciones propias del Ejecutivo local, delegándole además, atribuciones que *pro témpore* entregó la Asamblea al Gobernador, no previendo, ni autorizando subdelegación de las mismas.

3. Dispone el artículo 11 del Decreto 0665 que a la Junta Directiva le corresponde expedir las normas orgánicas de la Caja de Previsión y entre estas, las atinentes a "la forma como habrá de atenderse a los fines perseguidos por el presente Decreto, aprobar el manual de funciones y fijar las distintas escalas de remuneración".

El ejercicio por la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social del Quindío de las dos primeras competencias antes indicadas, hace parte de lo que se denomina señalamiento de la estructura interna o estatuto orgánico de la entidad, cuya expedición compete a la Junta Directiva en los establecimientos públicos, tal como lo señalan los artículos 24 del Decreto-ley 3130 y 26 literal b) del Decreto-ley 1050 de 1968, razón para que no pueda afirmarse, como lo pretende el recurrente, que en estos dos aspectos haya injerencia de dicha Junta en funciones propias y exclusivas del Gobernador, ni que éste haya delegado en ella funciones propias de la Asamblea a su turno delegadas *pro témpore* en el Gobernador y que como tales no podían ser materia de subdelegación.

Se trata simplemente de una reiteración, por parte del artículo 11 aparte señalado del Decreto 0665, de lo ya previsto expresamente para todas las Juntas Directivas de los establecimientos públicos, carácter que tiene la Caja de Previsión Social Departamental del Quindío.

Luego por este aspecto, no se ha incurrido en violación de norma alguna.

4. Situación distinta se presenta en lo que concierne a la atribución contemplada en el último aparte del artículo materia de estudio, atinente a la fijación de las distintas escalas de remuneración, competencia que el artículo 187, numeral 5º de la Carta radica en cabeza de la Asamblea Departamental y que si bien el Gobernador puede

ejercer *pro témpore* en virtud de autorización que ésta le confiera en forma precisa y en aplicación del ordinal 10 *ibídem*, no puede ser ejercida por la Junta Directiva de un establecimiento público sobre la base de una subdelegación no prevista y en forma indefinida, como ocurre en el caso *sub lite*.

Se ha incurrido pues, por este aspecto, en violación del artículo 187, ordinal 5º de la Constitución Nacional y se ha extralimitado la autorización conferida por la Ordenanza número 50, razones para que proceda declarar la ilegalidad del aparte correspondiente del artículo 11 del Decreto acusado.

Por las razones antes anotadas procede revocar parcialmente la sentencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en desacuerdo con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

I. Revócase la sentencia de 26 de noviembre de 1986 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, en cuanto no declaró la nulidad del literal c) del artículo 10 y del aparte final "y fijar las distintas escalas de remuneración" del artículo 11 del Decreto número 0665 de 22 de diciembre de 1980 y en consecuencia, declárase la nulidad de los mencionados literal y aparte.

II. Confírmase la sentencia de 26 de noviembre de 1986 expedida por el Tribunal Administrativo del Quindío, en cuanto respecta a las disposiciones no declaradas nulas en el punto anterior de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de diecisiete (17) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Ausente con excusa; *Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

POLICIA LOCAL.—

La limitación del ejercicio de un derecho, es legal. Derecho de propiedad. Artículo 30 de la Constitución Nacional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinticinco de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Referencia: Expediente número 732. Asuntos Departamentales. Actor: Ultradifusión Limitada.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de julio 11 de 1987 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el presente proceso sobre nulidad del numeral 3º del artículo 419 del Decreto 1637 de 26 de agosto de 1983 originario de la Gobernación de Antioquia.

Antecedentes:

En libelo presentado el 28 de abril de 1986, solicitó la sociedad "Ultradifusión Ltda.", a través de apoderado y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la declaratoria de nulidad de la disposición aludida, que se halla dentro del Decreto 1637, por el cual se expide el Código de Policía para el Departamento de Antioquia y que reza:

"Se prohíbe la instalación de vallas comerciales publicitarias en los siguientes lugares: ...3. Sobre las terrazas, techos y marquesinas de cualquier edificación ubicada en el área urbana".

Sostiene el actor que la referida disposición es contraria a la Constitución Nacional y a diversos artículos de los Decretos 3133 de 1968 y 1355 de 1970.

Impulsado el proceso y agotada su tramitación, puso el Tribunal del conocimiento fin a la primera instancia mediante su sentencia de julio 11 de 1987, negando las súplicas de la demanda, decisión que fundamentó en las consideraciones que se transcriben:

"La Asamblea Departamental de Antioquia mediante Ordenanza 25 de 1982 revistió al Gobernador del Departamento de precisas facultades extraordinarias por un lapso de ocho meses contados a partir de 27 de diciembre de 1982 para expedir con asesoría de la comisión

de Código y Régimen Político, un nuevo Código de Policía y sobre materias no reglamentadas por normas superiores y fue así como en el término previsto y en agosto 26 de 1983 se dictó el Decreto 1637 de 1983 en donde en su artículo 419 se estipuló lo siguiente: ...

"'.....

"'Se prohíbe así la instalación de vallas comerciales o publicitarias en diferentes lugares, pero sólo el numeral 3º es el que se señala como infringido...'

"No habrá que hacer mayores disquisiciones y de entrada, para admitirse que la Asamblea Departamental tenía capacidad de reglamentación.

"Al efecto:

"La Constitución Nacional en su artículo 187 dispuso que corresponde a estas por medio de ordenanzas una serie de funciones donde una de ellas taxativamente indicada en el numeral 9º ..., es la de reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal y por eso es de destacarse la introducción que se le dio al decreto ordenanzal en sus considerandos, donde se recalcaba que las facultades extraordinarias otorgadas al gobernante eran específicamente sobre materias no reglamentadas por superiores.

"El Decreto 1355 de 1970 y desarrollando facultades extraordinarias conferidas por la Ley 16 de 1968 contiene el Código Nacional de Policía que rige para todo el país y allí en su artículo 8º y en el capítulo dedicado a los reglamentos, dispuso que el Gobierno nacional podría reglamentar el ejercicio de la libertad en aquellas materias sobre las cuales no se haya ocupado la ley, las Asambleas Departamentales en lo que no haya sido objeto de la ley o reglamento nacional y los Concejos de lo no reglamentado por la ley, el decreto nacional u ordenanza, configurando así una verdadera escala reguladora y donde el Decreto-ley del año de 1970 es fundamental observarse, por cuanto siendo ley y norma superior, estipula limitantes válidos para los reglamentos locales.

"Su artículo 122 dispuso que la policía no puede intervenir para limitar el ejercicio del derecho de propiedad sino por vía de seguridad, salubridad y estéticas públicas, en un capítulo referenciado a tal derecho, que el accionante encuentra vulnerado totalmente.

"Este dictado sin embargo auspicia el contenido de la prohibición impuesta en el artículo 419 del Código de Policía para el Departamento de Antioquia y es de admitirse qué factores de seguridad y estética públicas fueron los previstos por el gobernante para determinar la no instalación de vallas comerciales o publicitarias en las terrazas, techos y marquesinas de edificaciones ubicadas en el área urbana...

"Es cierto que el Código Nacional de Policía en el capítulo dedicado a la libertad del comercio e industria, garantizado además por el artículo 32 de la Constitución Nacional, estipula que la publicidad con fines comerciales podrá ser limitada por reglamento con el fin de que por este medio no sean sorprendidos en su buena fe los compradores y consumidores, pero está mal llegar a concluir como

lo hace el interesado (fl. 29) para hallar que ésta es su única limitación que se le puede dar a la publicidad, porque un reglamento de policía debe recoger un sinnúmero de prohibiciones que consultan igualmente innumerables actividades humanas, que es dable encauzar dentro de una sociedad.

"El enfoque que motiva a la sociedad Ultradifusión Limitada parte además de una premisa falsa, esto es, que se ha consagrado una prohibición total a la instalación de vallas comerciales o publicitarias, algo que no es válido porque múltiples lugares no contemplados en los nueve numerales del artículo 419 pueden ser utilizados".

Contra el fallo de primer grado interpuso el actor el recurso de apelación, sustentándolo ante el *a quo*. Dice en síntesis el recurrente que la norma acusada viola el artículo 32 de la Constitución Nacional que consagra el derecho de propiedad, por cuanto está "prohibiendo uno de sus atributos como es el dispositivo o sea el derecho de toda persona a arrendar su propiedad, de la misma manera que prohíbe también el uso y goce"; que sí se quebranta el artículo 110 del Código Nacional de Policía, ya que el acto acusado contiene una prohibición absoluta, atentatoria del derecho de libre comercio e industria; que no es cierto que la finalidad de la norma tuvo origen en la conservación de la estética y la seguridad pública; que el reglamento de policía no puede prohibir absolutamente el derecho de propiedad, que fue lo que hizo la disposición demandada al estatuir la prohibición absoluta de instalación de las vallas en edificaciones privadas.

Concepto Fiscal:

Dice el señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo que "comparte las juiciosas apreciaciones consignadas en el fallo recurrido sobre la materia y es también del parecer que deben negarse las peticiones del libelo demandatorio", por cuanto "no es exactamente que se hubiera prohibido totalmente la instalación de vallas publicitarias o comerciales, lo que hizo la norma acusada, fue prohibir que estas se instalaran en todas partes y que su proliferación fuera tal que resultaba imposible su control. Por ejemplo, en el artículo cuestionado se prohibió tal instalación en los templos, museos, zonas de uso público, como parques, plazas verdes, deportivas, etc., por tanto no encuentra la Fiscalía que al quererse reglamentar sobre la materia de las vallas o avisos publicitarios, se esté coartando la libertad de trabajo, o impidiendo que éste cumpla su función social, por el contrario, se está garantizando y ordenando el ejercicio de la actividad comercial dentro de unas normas legales que permitan su correcto funcionamiento". Añade el colaborador Fiscal que "no todos los lugares son aptos para colocar vallas o avisos publicitarios, así que es lógico que la Administración esté en la obligación de reglamentar lo concerniente a esas vallas y de ver dónde son los mejores sitios que no riñan con el buen gusto y la estética".

Alegato de las partes:

Presentó alegato de conclusión en esta instancia únicamente el Gobernador del Departamento de Antioquia, en representación del

ente territorial, mediante apoderado, haciendo un extracto de las argumentaciones expuestas por la parte demandada en el curso del proceso y de las motivaciones del fallo apelado, de lo cual concluye que el fallo del Tribunal debe ser confirmado, "ya que el Gobernador de Antioquia, actuando en calidad de autoridad administrativa, con plena competencia y en cumplimiento de sus funciones, procedió a reglamentar una norma superior que en ningún momento contraviene principios constitucionales ni de ninguna índole".

Consideraciones de la Sala:

Poco es lo que hay que añadir a los conceptos emitidos por el fallador *a quo* y por el colaborador Fiscal, cuyo enfoque y conclusiones finales comparte esta Sala en su integridad. Baste con decir que el derecho de propiedad que repetidamente invoca el actor no es en manera alguna absoluto. El mismo canon constitucional que lo consagra (art. 30) estatuye perentorias limitaciones a su disfrute por motivos de interés público o social y en razón de la función social en él implícita. Y el artículo 122 del Decreto 1355 de 1970 admite la limitación del ejercicio del derecho de propiedad, por obra de la intervención de las autoridades de policía, en aras de la "seguridad, salubridad y estética públicas". Así las cosas, la prohibición de instalar vallas publicitarias sobre las terrazas, techos y marquesinas de edificaciones ubicadas en el área urbana, obedece a obvios motivos de seguridad ciudadana y de estética pública, como hasta la saciedad lo han demostrado con sus argumentaciones tanto la parte demandada, como el Tribunal del conocimiento y el Ministerio Público.

Es por otra parte equivocado sostener, como lo hace el apelante, que al tenor del artículo 110 del Código Nacional de Policía, la publicidad comercial *solamente* puede ser limitada con el fin de que "no sean sorprendidos en su buena fe los compradores o consumidores". Tal no es el sentido de la norma. Este artículo no hace más que prescribir sobre un factor limitante de la publicidad, sin vedar implícita o explícitamente otros. Ni la finalidad perseguida por el ordinal acusado fue la prevista en la norma en cuestión.

Por último, no se entiende cómo pueda tener carácter de absoluta la prohibición de instalar vallas en ciertos lugares, clara y taxativamente especificados en el acto acusado. Absoluta sería la prohibición total del empleo de vallas publicitarias, cosa que en parte alguna pretende el Decreto parcialmente demandado, el cual, debe recalcarse una vez más, no hace otra cosa que reglamentar, o si se quiere, *limitar*, el ejercicio de un derecho, en obedecimiento a diáfanas normas constitucionales y legales.

Refutados como han sido los motivos de disconformidad expuestos por el recurrente, ha de concluirse que la sentencia apelada amerita ser confirmada en su integridad.

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

Falla:

Confírmase en todas sus partes la sentencia de julio 11 de 1987 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia dentro del presente proceso ordinario promovido por la sociedad Ultradifusión Limitada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 24 de junio de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO III

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

SORTEO.— Concepto.

El sorteo que verifique un ESTABLECIMIENTO PUBLICO DE BENEFICENCIA. No tiene el carácter de ACTO ADMINISTRATIVO, por cuanto ninguna norma le da esa denominación; ha de concluirse que tal acto reviste una INDOLE DE DERECHO PRIVADO, cuyo control por lo mismo compete en forma privativa a la JURISDICCION ORDINARIA. NULIDAD DE LO ACTUADO POR CARENCIA DE JURISDICCION.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero sustanciador: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 504. Asuntos Municipales. Actor: Alvaro Garzón Serrano.

A fin de que se dicte sentencia que decida la segunda instancia, ha llegado a Despacho el expediente contentivo de la acción de nulidad promovida por el señor Alvaro Garzón Serrano contra la decisión adoptada por la Beneficencia Departamental del Norte de Santander contenida en Acta número 2113 de 31 de julio de 1985. Observa el suscrito Consejero que en el proceso se ha incurrido en una nulidad no saneable que vicia toda la actuación, declarable de oficio, según pasa a estudiarse a continuación.

Antecedentes:

En libelo presentado el 2 de septiembre de 1985, solicitó el mencionado demandante "se decrete la *nulidad* del sorteo de la Lotería de Cúcuta, efectuado el día 31 de julio de 1985, en el municipio de Bochalema (N. de S.), a las 10 p.m., según consta en el Acta 2113 emanada de la Gerencia de la Beneficencia", y que como consecuencia de la anterior declaratoria se disponga:

"1º Que se declare nulo el sorteo antes referido, por ser violatorio y contrario a las leyes.

"2º Que como consecuencia lógica de la anterior declaración, se deje sin efectos legales el sorteo 2113 de la Lotería de Cúcuta ya mencionado".

Puso el Tribunal Administrativo de Norte de Santander fin a la primera instancia mediante sentencia de 30 de septiembre de 1986, por la cual resolvió así:

"*Artículo único: Decrétase la nulidad* del sorteo número 213 de la Lotería de Cúcuta, efectuado el día 31 de julio de 1985, en el Municipio de Bochalema, Norte de Santander".

Contra la anterior decisión interpuso la Junta Departamental de Beneficencia de Norte de Santander el recurso de apelación, debidamente sustentado en segunda instancia, en el curso de la cual se constituyó como parte impugnadora la "Federación de Loterías de Colombia", solicitando "se decrete la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso de la referencia en virtud de haberse adelantado éste ante jurisdicción diferente de la legalmente competente".

Concepto Fiscal:

Concluye el señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo "que el proceso adelantado ante el Tribunal *a quo* está viciado de nulidad por cuanto por tratarse de un contrato de derecho privado de la Administración, su juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria y no a la contencioso administrativa", por lo cual, dice finalmente "la sentencia recurrida debe ser revocada y en su lugar proferirse un fallo inhibitorio".

Para resolver se considera:

Como lo anota con toda razón el impugnador, "el sorteo" es "una etapa de la ejecución del contrato (de rifa o lotería) que permite determinar, por efecto de la suerte, que no de la voluntad o de la inteligencia, los ganadores del juego". Siendo así las cosas, es de toda evidencia que el sorteo llevado a cabo por la Junta de Beneficencia del Norte de Santander no encaja dentro de la definición que del acto administrativo trae el inciso 2º del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo: Conductas y abstenciones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo o inmediato la voluntad o la inteligencia.

Y enfocado el acto demandado como producto que es de una relación contractual, se tiene que de conformidad con el numeral 8º del artículo 132 los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de los asuntos "referentes a contratos administrativos, interadministrativos, y de los de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad..." Y el artículo 16 del Decreto 222 de 1983 relaciona en forma taxativa cuales son los contratos, administrativos, advirtiendo en su inciso final: "Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad".

Si por consiguiente el sorteo que verifique un establecimiento público de beneficencia no tiene el carácter de un acto administrativo, ni tampoco el de un contrato administrativo, por cuanto ninguna norma le da tal denominación, ha de concluirse sin lugar a dudas

que tal acto reviste una índole jurídica de derecho privado, cuyo control por lo mismo compete en forma privativa a la jurisdicción ordinaria.

Quiere decir lo anterior que desde un principio se adelantó el presente proceso ante Tribunal no competente, pues la jurisdicción contencioso-administrativa carece de facultad para conocer sobre este tipo de asuntos, incurriéndose por ende en la causal de nulidad contemplada en el ordinal 1º del artículo 157 del Código de Procedimiento Civil: "Cuando corresponde a distinta jurisdicción".

No es atendible la sugerencia del colaborador Fiscal en el sentido de que se profiere un fallo inhibitorio, por cuanto esta clase de decisiones si bien tienen como fundamento la ausencia de un presupuesto procesal que hace imposible un pronunciamiento de mérito, parte de la base de la competencia del fallador para conocer del negocio, circunstancia que no se da en el caso presente. De todos modos concuerda el suscrito Consejero sustanciador con la apreciación de que se ha incurrido en un motivo de nulidad, por lo cual acepta parcialmente el concepto del colaborador Fiscal.

Por lo anteriormente expuesto *se resuelve:*

Declárase nulo todo lo actuado en el presente proceso, a partir del auto admisorio de la demanda.

Cópiese, notifíquese y vuelva al Tribunal de origen.

Samuel Buitrago Hurtado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SINDICATOS.— Suspensión en el ejercicio de los cargos directivos.

No puede paralizar, por sí sola la organización sindical, la Junta Directiva no es el único órgano de funcionamiento sindical, pues existen, además, la asamblea general y las comisiones de ejecución y disciplina, de propaganda, hospitalaria y de salubridad y, finalmente, la de reclamos.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veinticuatro de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 2748. Actor: Sindicato de Trabajadores de Fundición y Repuestos, S. A. FURESA.

Se le reconoce personería al abogado Alberto León Gómez Zuluaga, como apoderado del Sindicato de Trabajadores de Fundición y Repuestos S. A. —FURESA—.

El Sindicato demandante solicita se decrete la suspensión provisional de las Resoluciones 0429 de 3 de diciembre de 1986 y 005 de enero 6 de 1987 y proferidas por la Inspección Primera de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia y la 0039 de 5 de febrero siguiente expedida por la Jefatura de dicha Sección, por medio de las cuales se suspendieron en su cargos a los miembros de la Junta Directiva del mencionado Sindicato.

El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, consagratorio de la medida solicitada, exige para su prosperidad que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas y, tratándose de acciones distintas de la de nulidad, como esta, "...deberá aparecer comprobado además, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor".

Acerca del segundo requisito, o sea, la prueba siquiera sumaria del perjuicio que sufre o que podría sufrir el Sindicato demandante, se afirma en la demanda:

"En cuanto al perjuicio que puede sufrir la organización, la prueba de estos surge de los efectos mismos de los actos atacados: Al no poder actuar los directivos, se ha generado una verdadera parálisis

de la organización sindical. Esta no puede actuar efectivamente sin la gestión de sus directivos y estos no pueden hacerlo mientras esté en firme el acto que los suspendió" (fl. 55).

Como se ve, la parte demandante pretende probar los perjuicios con los efectos de los actos acusados, afirmando que como consecuencia de ellos, al no poder actuar los directivos, se ha paralizado la organización sindical.

Ocurre, empero, que la suspensión en el ejercicio de los cargos de los directivos sindicales no puede paralizar, por sí sola, la organización en tanto que conforme a la ley (arts. 362, 385, 406 del Código Sustantivo del Trabajo) y a sus estatutos (fls. 31 a 42), la Junta Directiva no es el único órgano de funcionamiento sindical, pues, existen, además, la asamblea general que puede sustituir a los directivos que llegaren a faltar, y las comisiones de ejecución y disciplina, de propaganda, hospitalaria y de salubridad y, finalmente, la de reclamos (fl. 38).

No habiendo probado la parte demandante, ni siquiera sumariamente, el "perjuicio" que afirma, huelga el estudio del primer requisito que exige el artículo 152 mencionado, o sea, la manifiesta violación de las normas que invoca la demanda.

En mérito de lo dicho, se dispone:

Niégase la suspensión provisional solicitada.

Admítese la demanda presentada por el Sindicato de Trabajadores de Fundición y Repuestos S. A. "FURESA".

Notifíquese, personalmente al Agente del Ministerio Público, al Ministro de Trabajo y Seguridad Social y al Gerente de la sociedad Fundiciones y Repuestos Limitada FURESA y por estado. Para la última notificación personal se comisiona al Juzgado Laboral del Circuito de Envigado. Líbrese el oficio correspondiente.

Fíjese en lista por el término de 10 días para los efectos del numeral 3 del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

Solicítense los antecedentes administrativos.

En fin, cúmplase.

Aydée Anzola Linares.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

CATASTRO.— Formación y conservación.

Ley 14 de 1983, artículo 4º; Decreto 3496 de 1986, artículo 8º.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., seis de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Proyectó: *Doctor Luis Miguel Quiñones F.*, Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 739. Actor: Alvaro García García.

Procede la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado a resolver el recurso de *apelación* interpuesto a través de apoderado por la actora contra la providencia dictada en primera instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca de fecha 28 de julio de 1986, en cuanto no accedió a decretar la suspensión provisional de los actos administrativos acusados.

El acto atacado:

Por conducto de apoderado el actor acudió al Tribunal de origen en acción de restablecimiento del derecho presuntamente conculcado por la Resolución número 25-000-0044 de 28 de diciembre de 1984, expedida por el Director-Jefe de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca, mediante la cual ordenó "la inscripción en el Catastro de todos los predios urbanos del Municipio de Zipaquirá efectuados de conformidad con los trámites señalados en la parte motiva de la presente providencia". Dicha acción también la planteó el acusador contra las Resoluciones números 25-000-0003-85 de 23 de abril de 1985 y 25-000-0006-85 de 11 de junio de 1985, por las cuales, en su orden, se denegó el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la primera Resolución citada y se confirmó la segunda Resolución.

Lo que dice el auto apelado:

En lo pertinente, dice la providencia atacada en apelación, después de transcribir el inciso tercero del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo respecto de la prueba sumaria del perjuicio causado o eventual, que "como demostración sumaria del perjuicio que podría sufrir el actor señala en el séptimo cargo: *'Las Resoluciones acusadas causan agravio injustificado a mi poderdante y que-*

brantan los artículos 30 y 34 de la Constitución Política'. A. El predio de mi mandante, el día 31 de diciembre de 1984 anocheció valiendo $ 442.000.00 y una hora después, el día 1º de enero de 1985, amaneció valiendo $ 3.723.000.00. No aparece justificado ante la lógica jurídica y ante la equidad, el malabarismo en la interpretación de la ley adoptada por las autoridades correspondientes. B. Ese malabarismo legal respecto de mi poderdante le implica un crecimiento confiscatorio de sus impuestos de renta (presuntiva) impuesto patrimonial y predial como pasa a explicar" (Las subrayas son del *a quo*). Y continúa el auto atacado: "Efectuado un análisis de los actos acusados y de las disposiciones superiores cuya violación se alega, encuentra la Sala que de su confrontación no aparece la manifiesta discordancia que daría lugar a la nulidad cautelar (sic) solicitada de conformidad con el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo. Las infracciones que señala el libelista suponen un previo análisis sobre la naturaleza y alcance de los actos acusados que no podrían ser objeto de decisión por parte de esta corporación con base en una sencilla comparación como lo previene la norma citada. Por lo expuesto no es procedente decretar la suspensión provisional..."

La petición de la medida cautelar:

Tanto en el libelo de demanda, como en escrito separado de ésta que presentó el accionante con anterioridad a dictarse el auto admisorio (V. fls. 23-24 y 59 a 75), el actor impetra el decreto de la medida precautelativa suspensiva de los actos que acusa, enuncia las normas superiores que a su juicio se están quebrantando de modo ostensible y señala los motivos o razones de la violación alegada.

Se considera:

En primer lugar precisa indicar que el Tribunal de origen, no obstante enunciarlo, por ninguna parte de su providencia hace o desarrolla el análisis que expresa.

En segundo término, al folio 36 del expediente obra una certificación expedida el 1º de agosto de 1985 por el Jefe de la Oficina Delegada de Catastro de Zipaquirá de la Seccional de Catastro de Cundinamarca del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en donde se especifica que el predio urbano número 01-00-047-0016-000 de propiedad de Alvaro García García (el aquí demandante), situado en la "calle 1ª número 7-36, carrera 7ª número 1-20, área 1.241 metros cuadrados" tiene un avalúo vigente desde el 1º de enero de 1985 de $ 3.723.000.00 y que ese mismo predio "figuró con avalúo de $ 442.000.00 hasta el 31 de diciembre de 1984". Esta fotocopia del IGAC tiene nota de correspondencia exacta con su original que tuvo a la vista el Notario Quinto de Bogotá el 8 de septiembre de 1985.

A folios 21 y 73 del informativo obra un cuadro comparativo del actor en donde demuestra cómo el inmueble antes especificiado, para aspectos impositivos, frente a un avalúo vigente en 31 de diciembre de 1984, de $ 442.000.00, y un avalúo catastral de $ 3.723.000.00 vigente a partir del 1º de enero de 1985, sufrió un incremento del ochocientos

cuarenta y tres por ciento (843%). Obviamente esta comparación de avalúos y el porcentaje de incremento que lleva implícito, apareja la prueba sumaria que exige el artículo 152, tercer inciso del Código Contencioso Administrativo. Por este aspecto, pues, en contra de lo que expresa el *a quo* en su auto confutado, se satisface la exigencia legal al respecto.

En tercer lugar, como la providencia del *a quo* deniega la medida precautelativa solicitada por no acreditarse sumariamente el perjuicio alegado y se acaba de ver que sí existe dicha prueba sumaria que conlleva un incremento desproporcionado de avalúos, falta por examinar si existe o no quebranto palmario de normas superiores para determinar si se accede o no a la suspensión provisional pedida.

Tanto en la demanda misma como en el escrito separado que presentó el actor, formula siete (7) cargos de flagrante violación por parte de los actos acusados a disposiciones de superior estirpe. En el escrito sustentatorio del recurso propuesto por el demandante (V. fls. 82 a 84), y alegando que para decretar la suspensión provisional solamente se requiere que prospere uno de los cargos hechos a los actos atacados, reitera a su juicio la ostensible violación de que trata su cargo tercero: "Violación por falta de aplicación del inciso 2º del artículo 4º de la Ley 14 de 1983, del artículo 8º del Decreto reglamentario 3496 de 1983 y de los artículos 57, 63 y 120-3 de la Constitución Política".

Entre las disquisiciones que despliega el actor al sustentar dicho tercer cargo expresa:

"La tramitación surtida por la Seccional de Catastro de Cundinamarca, carece de fundamentación legal, por cuanto no estuvo precedida del Decreto del Gobierno nacional, en que éste fijara las categorías de precios unitarios.

"El Gobierno nacional ha debido previamente fijar las categorías de precios unitarios, para que la Resolución de la Seccional tuviera fundamentación legal.

"(...) Apenas hasta el día 10 de enero de 1986, el Gobierno nacional fijó las categorías de precios para los terrenos y las construcciones, para dar así cumplimiento a lo establecido en el artículo 4º de la Ley 14 de 1983. El Decreto 90 de 1986 fue publicado en el Diario Oficial número 37305 de 11 de enero de 1986, fecha a partir de la cual comienza su vigencia y el Gobierno cumplió dicha función" (Cfr.: fls. 83-84).

Efectivamente, como dice el apelante, apenas mediante el Decreto número 90 de 10 de enero de 1986, que según su artículo 4º "rige a partir de la fecha de su publicación", la que tuvo ocurrencia el 11 de enero de 1986, solamente desde esta fecha entró en vigencia el Decreto definitorio correspondiente (90 de 1986), reglamentario del artículo 4º de la Ley 14 de 1983 que manda:

"Artículo 4º A partir de 1º de enero de 1984 para los fines de formación y conservación del catastro, el avalúo de cada predio se determinará por la adición de los avalúos parciales practicados independientemente para los terrenos y para las edificaciones en él comprendidas.

"Los terrenos y las edificaciones, o las fracciones de áreas de uno y de otros, en el caso que no fueren del todo homogéneos respecto a su precio, se clasificarán de acuerdo con las categorías de precios que defina el Gobierno nacional en todo el país".

A su turno, el Decreto número 3496 de 1983 expresa en su *"Artículo 8º* Avalúo de la formación. El avalúo de la formación catastral se obtendrá para zonas homogéneas geoeconómicas teniendo en cuenta los valores unitarios que las autoridades catastrales determinen para edificaciones y terrenos, los cuales se clasificarán dentro de las categorías de precios unitarios que establezca el Gobierno nacional por intermedio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público".

En providencia recaída en un caso semejante al *sub exámine*, y que perfectamente encaja al aquí debatido, proferida por esta Sección Primera el 19 de mayo de 1987 con ponencia del mismo Consejero conductor del proceso en referencia (V. Expediente número 437, actor: María Teresa García), dijo el Consejo de Estado después de la transcripción que hace de los artículos 4º de la Ley 14 de 1983 y 8º del Decreto 3496 de 1983, lo siguiente:

> "La lectura de los textos anteriores demuestra que para formar y conservar el catastro, las entidades administrativas encargadas de ellos, en este caso el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, deben someterse a un trámite determinado y sujetarse también a la clasificación que establezca el Gobierno, por categorías de precios para terrenos y edificaciones, sin que sea posible admitir que esta labor la cumpla aquel establecimiento público de manera autónoma y en sustitución del Presidente y el Ministro del ramo, en ejercicio de competencia que de manera expresa y excluyente atribuye la ley al Gobierno así integrado, o que dicha autoridad administrativa pueda proceder a la formación del catastro con prescindencia o con antelación a la actuación gubernamental, que fue precisamente lo que ocurrió con los actos administrativos acusados, cuya lectura constituye la demostración palmaria del ejercicio de una atribución que no corresponde al Instituto Geográfico.
>
> (.....)
>
> "Se echa de menos en la transcripción anterior el antecedente de la función básica que debió cumplir el Gobierno nacional, según se ha visto. Pero lo que demuestra que ese antecedente no existió, es el Decreto 90 de 1986 (enero 10) 'por el cual se fijan las categorías de precios para los terrenos y las construcciones', que constituye la medida necesaria del Gobierno y que debe ser expedida con antelación a la formación del catastro. Como los

actos administrativos son anteriores a este requisito indispensable, evidentemente resultan de manera ostensible contrarios a la Ley 14, artículo 4º, y al Decreto 3496, artículo 8º, ambos de 1983, por lo cual se impone adoptar la medida cautelar de la suspensión provisional".

Mediante esta providencia acabada de transcribir parcialmente, la Sección Primera revocó "el numeral 2º del auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de enero de 1986" y, en su lugar, dispuso suspender de manera provisoria los efectos de las resoluciones del IGAC allí acusadas.

No son menester mayores consideraciones para determinar la prosperidad de la medida cautelar que ha solicitado el apelante.

En mérito de lo apuntado, el Consejo de Estado, a través de su Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo,

Resuelve:

Primero. Revocar el proveído de 28 de julio de 1986, materia de apelación, en cuanto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca determinó que "no es procedente decretar la suspensión provisional".

Segundo. Suspender provisionalmente los efectos de las Resoluciones emitidas por el Director-Jefe de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca, distinguidas con los números 25-000-0044-84 (de 28 de diciembre de 1984), 25-000-0003-85 (de abril 23 de 1985) y 25-000-0006-85 (de junio 11 de 1985), mediante las cuales se ordenó la inscripción en el Catastro de todos los predios urbanos del Municipio de Zipaquirá, Cundinamarca, y se ratificó tal determinación, pero únicamente en relación con el predio de referencia catastral número 01-00-047-0016-000, ubicado en la zona urbana del Municipio de Zipaquirá, Departamento de Cundinamarca, con dirección "calle 1ª número 7-36, carrera 7ª número 1-20, área: 1.241 metros cuadrados", del que figura como propietario el señor Alvaro García, identificado con la cédula de ciudadanía número 2.882.777 expedida en Bogotá, D. E.

Tercero. Comunicar lo resuelto en esta providencia al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la Dirección General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi —IGAC—, al Director-Jefe de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca y a la Oficina Delegada de Catastro de Zipaquirá, para que se abstenga de dar cumplimiento a las Resoluciones cuyos efectos se han suspendido provisionalmente.

Cuarto. Prevenir a las dependencias administrativas relacionadas en el punto segundo antecedente, sobre la prohibición de reproducir en forma alguna, idéntica, similar o equivalente, lo dispuesto en las Resoluciones especificadas en el ordinal primero de esta providencia, en cuanto se refiere con el predio urbano de Zipaquirá identificado como queda en el mismo ordinal primero.

Quinto. Notificar personalmente esta providencia, con entrega de copia de la misma, al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y al Director-Jefe de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca.

Sexto. Notificar por Secretaría este proveído al Fiscal Primero del Consejo de Estado.

Séptimo. Las comunicaciones y notificaciones ordenadas en los puntos segundo y cuarto de esta providencia, las hará el Tribunal de origen.

Octavo. En firme esta providencia devuélvase el expediente al *a quo*, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cuatro de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez, Ausente.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACTOS DE CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA.—

No son actos de carácter definitivo que pongan fin a una actuación administrativa, y por tanto no es procedente contra ellos la acción de nulidad ni de restablecimiento del derecho.

LA DEMANDA SOBRE DEBIDA EJECUCION DE TALES ACTOS SE HACE ANTE LA JUSTICIA ORDINARIA.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., doce de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Proyectó: *Doctor Antonio José Arciniegas A.*, Abogado asistente.

Referencia: Expediente número 2623. Apelación interlocutorios. Actor: Germán Gómez Garzón.

Se decide el recurso de apelación, interpuesto por el apoderado del actor, contra el auto inadmisorio de la demanda proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de octubre de 1986.

La providencia recurrida:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el auto apelado, inadmitió la demanda presentada por el apoderado de Germán Gómez Garzón, en la cual impetró la nulidad, con restablecimiento del derecho, de la Resolución número 2275 de 30 de abril de 1986, expedida por la Revisor Fiscal de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

El *a quo* inadmitió la demanda, por considerar que la Resolución impugnada no es susceptible de acción ante esta jurisdicción especial, por ser un acto ejecutorio que se limita a acatar la orden impartida por el fallo de ese Tribunal, fechado el 14 de marzo de 1986, que ordenó reintegrar al demandante al servicio y pagarle lo dejado de devengar deste que fue retirado del servicio hasta su reintegro.

Estimó el Tribunal que las acciones relativas al cumplimiento, por parte de las entidades administrativas, de las sentencias judiciales deben ejercerse ante la justicia ordinaria que es la competente para proveer sobre esa materia.

Fundamentos de la apelación:

El recurso de apelación fue sustentado con las razones siguientes:

"1. Afirma el Tribunal que no cabe acción contenciosa administrativa contra la Resolución número 2275 de 30 de abril de 1986 proferida por la Revisora Fiscal de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, por cuanto este es un 'acto ejecutorio que se limita a acatar la orden impartida por el fallo aludido'. Si se observa con cuidado la situación, se verifica que precisamente la acción se origina porque la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá no acató los precisos términos del fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 14 de marzo de 1986.

"2. En cuanto a que la Resolución demandada sea un simple acto ejecutorio, no compartimos dicho criterio por las siguientes razones:

"A) En la sentencia de 14 de marzo de 1986 se resolvió sobre unas *pretensiones,* algunas de las cuales en el campo económico, fueron 'genéricas', es decir, se determinaron algunos elementos para luego 'concretarlos', de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 170 y 172 del Código Contencioso Administrativo;

"B) En caso de las condenas *in género* en el campo laboral-público, se han presentado dos tendencias que son:

"1ª Se afirma que la condena *in género* debe ser *liquidada* ante el mismo Juez Contencioso Administrativo, para lo cual se apoya dicha tesis en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo que habla que la condena se debe liquidar en forma incidental de acuerdo con los parámetros del Código de Procedimiento Civil.

"2ª La condena *in género* en el campo laboral-administrativo se liquida o concreta ya sea por la entidad pública que sufre la condena o por el Juez Laboral Ordinario cuando se adelanta el Ejecutivo para lograr el cumplimiento judicial de la sentencia. En nuestro ámbito jurídico-administrativo, la tendencia que se ha abierto campo es la segunda, es decir que la liquidación de la condena *in género* se hace por la Administración o por el Juez Laboral Ordinario;

"C) Así las cosas, la Administración Pública tiene entonces una doble 'competencia' en estos casos porque, de un lado tiene que expedir el *acto de ejecución de la sentencia*; y de otra parte, *debe liquidar la condena in género,* lo cual realmente no tiene el mismo contenido y precisamente por tal razón es que en ocasiones las entidades expiden dos actos administrativos diferentes y complementarios: El primero como ejecución de la sentencia y el segundo con la liquidación de la condena económica, lo cual es perfectamente lógico, aunque también se da el caso que en un solo acto se adopten las dos decisiones como en el *sub lite.*

"Ahora bien, en el momento que la Administración por su cuenta *liquida la condena in género* no se está limitando a 'cumplir' lo decidido en la sentencia sino que va más allá de su deber

inicial al *concretarle el alcance de la condena,* y al hacerlo es posible que incurra en yerros, por lo cual, en primer lugar, debe dar la oportunidad al interesado para que ejerza 'la defensa en vía administrativa' de sus intereses, y así, la misma entidad tiene la oportunidad de entrar a resolver la controversia y evitar eventualmente, el gasto inoficioso de jurisdicción si la Administración reconoce su equivocación. En este mismo sentido se pronuncia el doctor Carlos Betancur Jaramillo en su obra Derecho Procesal Administrativo (Editorial Señal, Segunda Edición, 1985, págs. 418, 419, 420, 421).

"En consecuencia, y de acuerdo con lo anteriormente expuesto, es claro que la Resolución acusada no es un simple 'acto de ejecución' que se limitó a acatar lo señalado por el Tribunal.

"3. En la providencia impugnada se expresa que las acciones respectivas frente a la Resolución atacada, deben adelantarse ante la justicia ordinaria a la cual corresponde proveer lo relacionado con el cumplimiento de las sentencias judiciales. En principio la tesis expuesta por el Tribunal en este punto podría ser válida, si la actuación se solucionara con un simple ejecutivo laboral; pero como ya lo vimos, a través del contenido de la Resolución impugnada, se están desconociendo una serie de derechos de mi representado que no podrían ser reivindicados mediante un ejecutivo laboral, toda vez que lo que en realidad se está controvirtiendo es el alcance de la condena" (fls. 30 a 32).

Para resolver, *se considera:*

El recurrente pide que se revoque el auto inadmisorio de la demanda para que, en su lugar, se disponga su admisión por las razones de que, la Resolución administrativa acusada no es un simple acto ejecutorio de la sentencia proferida por el mismo Tribunal el 14 de marzo de 1986, sino que concretó y liquidó el alcance de la condena *in género* contenida en ella, desconociendo una serie de derechos del demandante "que no podrían ser reivindicados mediante un ejecutivo laboral", y, esa Resolución administrativa "no acató los precisos términos del fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 14 de marzo de 1986".

En la demanda se pidió, la declaración de nulidad de la Resolución número 2275 de 30 de abril de 1986, expedida por la Revisor Fiscal de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá para dar cumplimiento a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, el 14 de marzo de 1986, que declaró la nulidad, con restablecimento del derecho, de la Resolución ordinaria número 1190 de 26 de noviembre de 1982, expedida por el Revisor Fiscal de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, en virtud de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor.

También se pidió en la demanda y, como consecuencia de la anterior declaración de nulidad que, se ordene el pago al demandante de las diferencias de sueldos dejados de devengar por causa del acto acusado, que no cumplió debidamente la sentencia del Tribunal, más

los intereses moratorios del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y, la reubicación del actor en el cargo que le corresponde según esa sentencia.

La Sala encuentra acertada la decisión apelada, toda vez que la Resolución acusada en la demanda es un acto de cumplimiento de la sentencia proferida por el *a quo* el 14 de marzo de 1986, pero no un acto de carácter definitivo que ponga fin a una actuación administrativa, no siendo, por ende, procedente la acción ejercitada tendiente a su declaración de nulidad y el restablecimiento de derechos del actor (arts. 50, inciso final; 84, inciso 4º; 85; 135, inciso 1º; 176 del C. C. A.).

Por otra parte, la obligatoriedad y la fuerza de la cosa juzgada propias de la sentencia (arts. 174 y 175 del C. C. A.), para cuyo cumplimiento se expidió la Resolución acusada en la demanda, permiten demandar su debida ejecución ante la justicia ordinaria, conforme al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

El doctor Carlos Betancur Jaramillo, en su "Derecho Procesal Administrativo", 1985, páginas 420 y 421, se expresa así:

> "Dicha Resolución (de reintegro) no es más que un acto de cumplimiento de un fallo judicial y no la culminación de una actuación administrativa que, como es sabido, es antecedente del proceso y no consecuencia del mismo.
>
> "Tanto es así que la reapertura del debate gubernativo y el posible paso jurisdiccional equivaldrían al desconocimiento de la cosa juzgada. Bastaría que la Resolución de cumplimiento no acatara todos los términos del fallo o los desconociera en algún sentido para que el administrado tuviera que embarcarse en un nuevo proceso; proceso que a su turno daría lugar a otro, y éste a otro, indefinidamente. Así las cosas, ante la negativa de la administración, su silencio, o la orden de indebido cumplimiento, el administrado no tendrá que ejercer nuevamente los controles de legalidad. La fuerza de la cosa juzgada le permitirá acudir a la justicia para la ejecución compulsiva del fallo, tal como lo da a entender el Consejo de Estado en sentencia de 29 de septiembre de 1961. Allí se lee: 'Si la administración no se aviene a cumplir voluntariamente la sentencia, o no la cumple debidamente y en ella se imponen obligaciones distintas al pago de una suma líquida de dinero, quien ganó el pleito no debe promover un nuevo recurso contencioso administrativo, contra el acto de la administración que contraviene la sentencia o le da un indebido cumplimiento, pues la ley indica el camino a seguir en tal evento, cual es el procedimiento señalado en el capítulo 7 del título XV de C. J. De no ser ello así, resultaría prácticamente indefinida la Resolución de las cuestiones sometidas al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa ya que por otros nuevos y sucesivos recursos quedaría enervado el carácter de firmeza y obligatoriedad de las sentencias proferidas por esta jurisdicción'.

"Se aclara que la referencia hecha por el Consejo de Estado y que tiene su apoyo en el artículo 123 de la Ley 167 hay que entenderla hoy con relación al nuevo Código de Procedimiento Civil o Decreto 1400 de 1970. Además, lo precedente conserva vigencia frente al nuevo Código Administrativo porque hasta aquí las normas son similares".

De acuerdo con lo expuesto, no es procedente la acción de restablecimiento del derecho ejercitada contra la Resolución acusada en la demanda y que fue expedida para dar cumplimiento a la sentencia ejecutoriada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de marzo de 1986.

Las condenas contenidas en esa sentencia, son ejecutables ante la jurisdicción ordinaria, en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Consecuentemente, la demanda no es admisible, debiendo confirmarse el auto apelado.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 11 de mayo de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente con excusa legal; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

JUECES DE INSTRUCCION MILITAR.—

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 240. Demandante: Oscar Ibarra Ortiz (Fiscal del Tribunal Administrativo de la Guajira).

El actor de la referencia, en ejercicio de la acción establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó la nulidad del artículo 4º y del artículo 9º, apartes 1º y 3º de la Resolución número 329 de 31 de agosto de 1985, expedida por la Directora Seccional de Instrucción Criminal de los Distritos Judiciales de Valledupar y Riohacha "por la cual se radican y distribuyen los Juzgados de instrucción criminal elegidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha para el período 1985-1987".

Normas acusadas:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, según marconigrama de 26 de agosto de 1985, eligió como *radicados* a los Jueces 6º y 7º de Instrucción Criminal, respectivamente en Riohacha y Maicao. Ocurrió, sin embargo, que por medio del acto acusado se resolvió lo siguiente:

> "*Artículo 4º* Fijar la sede en la Cabecera del Distrito Judicial de Riohacha y jurisdicción en todo el territorio de este Distrito y con carácter de *ambulantes*, a los Juzgados *sexto* (6º) y *séptimo* (7º)".
>
> "*Artículo 9º* Las entregas que hayan de realizarse con motivo de esta radicación y distribución, se cumplirán de la siguiente manera:
>
> "El Juzgado Segundo de Instrucción Criminal Ambulante con sede en Riohacha, le entregará al Juzgado Sexto de Instrucción Criminal.
>
> ".....
>
> "El Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal Ambulante con sede en Riohacha, le entregará al Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal" (Subrayas de la Sala).

La demanda:

Considera el demandante que la Directora Seccional de Instrucción Criminal, a través de la Resolución acusada, usurpó la competencia nominadora del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, pues al asignarles el carácter de *ambulante* a los Jueces nombrados como *radicados* por esta entidad, violó con tal acto los "artículos 54 y 60 del Código de Procedimiento Penal y 10 del Decreto 2267 de 1969", y pide, en consecuencia "la declaración de nulidad de los artículos 4º y 9º (apartes 1º y 3º) de la Resolución número 329 del 31 de agosto de 1985".

Alegato de las partes:

No hicieron uso del traslado para alegar.

Concepto del Ministerio Público:

Concluye que el acto demandado se ajusta a lo ordenado por el artículo 54 del Código de Procedimiento Penal y conceptúa consecuentemente que se deben despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda y agrega: "No obstante este Despacho igualmente observa que el acto demandado versa sobre la distribución de Juzgados de Instrucción Criminal para el período 1985-1987 (ver encabezado Resolución 329 de 1987), de donde fácilmente es colegible que un pronunciamiento de fondo sobre la legalidad del mismo resultaría completamente inocuo, dado que a estas alturas el acto demandado causó plenos efectos y que ya no encontramos en un nuevo período judicial; de todas maneras, y como quiera que la distribución anterior de los Juzgados en el Distrito Judicial de marras pudo ser mantenida para el período 1988-1990, no sobraría de una vez por todas sentar el precedente respectivo fallando en el fondo el negocio *sub júdice*.

Consideraciones de la Sala:

Observa la Sala que la consideración del demandante no tiene asidero legal que permita atender su pedimento, atinente a declarar la nulidad del artículo 4º y apartes 1º y 3º del artículo 9º de la Resolución número 329 de 31 de agosto de 1985, proferida por la Directora Seccional de Instrucción Criminal de los Distritos Judiciales de Valledupar y Riohacha. Y no lo es, por cuanto los actos administrativos acusados, lejos de ser violatorios de los artículos 54 y 60 del Código de Procedimiento Penal y 10 del Decreto 2267 de 1969, tienen su fundamento, precisamente, en tales disposiciones, por cuanto:

En primer lugar, el Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial, al efectuar los nombramientos de los Jueces de Instrucción Criminal no puede asignarles sino un número de orden, es decir, no puede otorgarles el carácter de ambulante o radicado, ni determinar el lugar de su radicación, pues el artículo 65 del Código de Procedimiento Penal establece que "los Jueces de Instrucción Criminal serán distinguidos con un número de orden. Tal nomenclatura se llevará en forma independiente para cada Distrito Judicial, y la asigna

el respectivo Tribunal Superior al hacer los nombramientos". En segundo término, según el artículo 60 *ibídem*, una vez hecha la elección de los Jueces de Instrucción Criminal por parte de la Sala Plena del respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial, "el Presidente de la Sala Penal del Tribunal informará de ella al Director Seccional de Instrucción Criminal respectivo para que éste haga la distribución de los Jueces de Instrucción designados, conforme al artículo 54 de este Código", y es así como el nombrado Director Seccional, que tiene además la facultad de coordinar administrativamente el funcionamiento de tales Juzgados según el artículo 10 del Decreto 2269 de 1969, procede con sujeción a la última norma procedimental citada, esto es, a ubicar a tales funcionarios como radicados o ambulantes, los primeros con sede en la cabecera del respectivo distrito judicial o en cabecera de circuito, y los segundos en cabecera de distrito judicial.

Para el caso que ocupa la atención de la Sala, en los artículos del acto demandado se dio cumplimiento al artículo 54 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto los Jueces 6º y 7º de Instrucción Criminal fueron radicados en la cabecera del Distrito Judicial de Riohacha, en su carácter legal de ambulantes.

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 y de acuerdo con el concepto de la Fiscalía,

Falla:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Samuel Buitrago Hurtado, Ausente; *Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

TITULOS DE IDONEIDAD.— Reglamentación del ejercicio de las profesiones.

DECRETASE LA NULIDAD de los artículos 6º y 8º del Acuerdo número 014 de 11 de marzo de 1983, proferido por la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional del Tolima "CORTOLIMA".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Prmiera.— Bogotá, D. E., veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 368. Actor: Lubín Piedrahíta Gutiérrez.

El actor de la referencia, actuando en nombre propio, en ejercicio de la acción establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó la nulidad de los artículos sexto y octavo del Acuerdo número 014 de 11 de marzo de 1983, proferido por la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional del Tolima "CORTOLIMA", "por el cual se dictan normas de carácter administrativo para la normalización de la contaminación en el Departamento del Tolima y se le dan atribuciones al Director Ejecutivo de 'CORTOLIMA' para su implementación y control".

Normas acusadas:

El texto de los artículos demandados, del mencionado Acuerdo, es del siguiente tenor literal:

"*Artículo sexto.* Los estudios de impacto ambiental en el Departamento del Tolima, deberán ser efecutados por una firma o profesional matriculado e inscrito en el Registro de Consultores de 'CORTOLIMA', clasificados en la especialidad de Ingeniería Sanitaria, Biología y/o Ecología, con base en el Manual de Procedimientos que emitirá 'CORTOLIMA' ".

"*Artículo octavo.* A partir de la fecha toda industria que se establezca en el Departamento del Tolima, deberá hacer el estudio de impacto ambiental de acuerdo a las especificaciones dadas por 'CORTOLIMA' ".

La demanda:

Según el libelo, el artículo sexto anteriormente transcrito, viola en forma flagrante el artículo 39 de la Carta por cuanto "CORTOLIMA"

exige que "los estudios de impacto ambiental *deberán* (se subraya en la demanda) ser efectuados por firmas o profesionales matriculados e inscritos en el registro de consultores" de dicha entidad, con lo cual quebranta el mandato constitucional de que solamente la ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones. Agrega la demanda que si solamente los consultores de "CORTOLIMA" pueden realizar estudios de impacto ambiental, "está desconociendo los títulos de idoneidad expedidos por las universidades del país".

El artículo octavo, también transcrito anteriormente, extralimita lo dispuesto en el artículo 28 del Código de Recursos Naturales al exigir el estudio de impacto ambiental previo a toda industria que se establezca en el Departamento del Tolima, ya que tácitamente las califica como productoras de deterioros graves a los recursos renovables, cuando esta útima disposición textualmente expresa:

> "Para la ejecución de obras, el establecimiento de industrias, o el desarrollo de cualquiera otra actividad, que por sus características pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables, o al ambiente, o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, será necesario el estudio ecológico y ambiental previo y además obtener licencia.
>
> "En dicho estudio se tendrá en cuenta, aparte de los factores físicos, los de orden económico y social, para determinar la incidencia que la ejecución de las obras mencionadas puedan tener sobre la región".

Alegato de las partes:

La parte actora no hizo ninguna manifestación en esta oportunidad procesal. Mas la parte demandada, por intermedio de su apoderado legalmente reconocido, consideró, como en la contestación de la demanda, que el artículo sexto del Acuerdo de "Cortolima" en ningún momento es violatorio del artículo 39 de la Constitución Nacional, por cuanto no coarta la libertad de escoger profesión u oficio, ni reglamenta el ejercicio de las profesiones, ni exige títulos de idoneidad, sino que *"ha querido CORTOLIMA es que las cosas que tienen su especialidad, no sean suministradas por toda clase de personas ya que en la ejecución de las funciones están implícitos intereses de orden social que tienen una utilidad máxima a todas las personas que conforman la comunidad..."* (subrayas del texto). Por otra parte, en cuanto al artículo octavo, del mismo Acuerdo, considera que "CORTOLIMA" no se excedió en la reglamentación del artículo 28 del Código de Recursos Naturales y del Medio Ambiente, puesto que "el reglamento desde el punto de vista material no se diferencia de la ley..." Solicita, en último término, que se revoque la providencia que decretó la suspensión provisional de los artículos cuestionados, y que se despache desfavorablemente las pretensiones de la demanda y se decrete, en consecuencia, la legalidad y vigencia de los artículos sexto y octavo del Acuerdo 014 de 11 de marzo de 1983, emanado de la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional del Tolima "CORTOLIMA".

Concepto de la Fiscalía:

Estima el señor Fiscal Primero de la Corporación que "poco hay que agregar a las consideraciones jurídicas aducidas por el actor, recogidas y complementadas por el Magistrado conductor, en la providencia de 22 de julio de 1986 en la que decretó la suspensión provisional de los artículos 6º y 8º del Acuerdo 014 de 1983 de CORTOLIMA". Y agrega el Ministerio Público:

> "Dichos planteamientos, por demás clarísimos, no pudieron ser desvirtuados por el apoderado de la entidad demandada y por el contrario, los mismos se corroboraron a través del proceso: En consecuencia, demostrada la ilegalidad de los textos demandados, es viable expedir sentencia de fondo que convierta en decisión permanente y definitiva lo que se adoptó como provisional en la providencia que obra a folios 56 a 62".

Consideraciones de la Sala:

Estima ésta que permanecen incólumes los razonamientos esgrimidos por el Consejero ponente al decretar la suspensión provisional de los textos acusados, por no haber sido desvirtuados y ahora se reiteran como motivación de esta sentencia, de conformidad con el concepto también del honorable Fiscal Primero ante esta Corporación:

> "a) Dispone el artículo 39 de la Carta Política:
>
> "Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones.
>
> "Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas.
>
> "....."
>
> "Dicho artículo 39 de la Constitución Nacional, que se afirma vulnerado, en lo que concierne a la idoneidad profesional para la elaboración de estudios que por su naturaleza se ubiquen dentro de la consultoría y que sean contratados por la Administración Pública a nivel nacional y en lo que toca específicamente con la exigencia de hallarse el posible contratista inscrito, clasificado y calificado en el Registro de Consultores de la respectiva entidad o de FONADE, ha sido desarrollado por el Decreto-ley número 222 de 1983 y por su Decreto reglamentario número 1522 del mimo año, pero no existe ley expedida por el legislador ordinario o extraordinario que establezca tales exigencias para contratos de estudios distintos de la consultoría celebrados con entidades públicas y menos aún cuando se trate de estudios elaborados para una persona natural o jurídica de derecho privado que por proyectar la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier otra actividad que por sus características pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducir modificaciones considerables al paisaje, deba en cumplimiento del artículo 28 del Decreto-ley número 2811 de 1974 (Código Nacional de los Recursos

Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente) presentar el estudio ecológico y ambiental, previamente a la expedición de la licencia o permiso para la ejecución de la obra o desarrollo de la actividad, por parte de la autoridad competente.

"Además, el artículo 6º del Acuerdo quebranta el artículo 39 de la Carta respecto de la libertad de escogencia de trabajo que comprende no sólo la libertad de selección de profesión u oficio sino la de, una vez escogidos estos, poderlos ejercer. En efecto: Si bien los ingenieros sanitarios, biólogos y ecólogos por la naturaleza de su función profesional son adecuados para adelantar *los estudios de impacto ambiental* de que da cuenta el mencionado artículo 6º, no puede consagrarse la exclusión de otras clases de profesiones afines que bien podrían con idoneidad llevar a cabo aquéllos.

"De lo anterior se concluye que el artículo sexto del Acuerdo número 014 de 11 de marzo de 1983 viola ostensiblemente el artículo 39 de la Carta Política, al haberse arrogado la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional del Tolima atribuciones que la Constitución Nacional confirió con carácter exclusivo al legislador y, también, al obstaculizar la libertad de trabajo en los términos vistos, por lo cual habrá de prosperar el cargo formulado contra la norma antes citada;

"b) El artículo 8º del Acuerdo número 014 de 1983 acusado, obliga a elaborar el estudio de impacto ambiental para el establecimiento de *toda industria* en el Departamento del Tolima, sujetándose tal estudio a las especificaciones dadas por 'CORTOLIMA', mientras que el artículo 28 del Decreto-ley número 2811 de 1974 que se afirma infringido por aquél, *exige tal estudio, en tratándose del establecimiento de industrias, únicamente cuando por las características de la industria en cuestión, pueda producirse deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducirse modificaciones considerables o notorias al paisaje.* Se deduce pues, de la simple lectura de los textos citados que el primero de ellos rebasa o excede lo dispuesto en el segundo que es de otra parte, de mayor jerarquía dentro de la escala normativa, por lo cual habrá de prosperar el segundo de los cargos formulados".

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:

Declárase la nulidad de los artículos sexto y octavo del Acuerdo número 014 de 11 de marzo de 1983 proferido por la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional del Tolima "CORTOLIMA".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Samuel Buitrago Hurtado, Ausente; *Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CORPORACION AUTONOMA REGIONAL.—

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiuno de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 82. Actor: Carlos Galindo Pinilla.

Antecedentes:

El doctor Carlos Galindo Pinilla, obrando en su propio nombre demandó en acción pública la nulidad del artículo 1º del Acuerdo número 29 de 1979 (diciembre 19) expedido por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca —CVC—, pero sólo en cuanto incluye en la Zona de Influencia del Proyecto de Regulación del Río Cauca, los municipios de Roldanillo, La Unión y Toro, que integran el Distrito de Riego RUT. La demanda fue presentada el 5 de octubre de 1982 y tramitada conforme a las disposiciones legales vigentes, admitida, notificada a la CVC, e impugnada por esta. Abierto el proceso a pruebas por el término correspondiente y vencido éste, las partes y el Ministerio Público alegaron de conclusión, y cuando el asunto estaba para fallo, sobrevinieron los acontecimientos trágicos de 6 y 7 de noviembre de 1985, sucesos durante los cuales desapareció el expediente por incendio. Reconstruido éste por petición del actor, fueron practicadas algunas pruebas y corrido traslado para alegar. En cumplimiento del auto correspondiente, nuevamente las partes y el Ministerio Público consignaron sus criterios y conclusiones, en el mismo sentido en que lo habían hecho con anterioridad. Ahora es tiempo de que el Consejo de Estado se pronuncie para dar por terminado este proceso.

El acto acusado:

Acuerdo número 29 de 1979 (diciembre 19) de la CVC, que en lo pertinente dice:

"ACUERDO NUMERO 29 DE 1979
"(Diciembre 19 de 1979)

"Por el cual se aprueba la Zona de Influencia de las obras del Proyecto de Regulación del Río Cauca, Primera Parte, para los fines del cobro de la contribución de Valorización.

"El Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, CVC, en uso de sus atribuciones legales y en especial de la función conferida por el numeral 2º del artículo 12 del Acuerdo 8º de 1978, aprobado por el Decreto ejecutivo 1020 de 1978 (Estatuto de Valorización de la CVC) y,

"CONSIDERANDO:

"Que por el Acuerdo 21 de noviembre de 1978 se ordenó la ejecución de las obras del Proyecto de Regulación del Río Cauca.

"Que por el Acuerdo 17 de junio de 1979 se ordenó la distribución, liquidación y cobro de la Contribución de Valorización por la construcción de la Presa en el sitio de Salvajina, corregimiento de Suárez, Municipio de Buenos Aires, Departamento del Cauca, y obras preliminares del citado proyecto, relacionadas en los ordinales a) y b) del numeral 2º del artículo 2º del mencionado Acuerdo 21 de 1978.

"Que previos los correspondientes estudios del área que ha de beneficiarse con la construcción de estas obras, adelantadas por la Subdirección Técnica de la CVC, la Oficina de Valorización de la Corporación elaboró el plano de la Zona de Influencia de las obras, a escala 1:20.000, que comprende un área de beneficio de 138.000 hectáreas aproximadamente entre los proyectos de diques marginales al río Cauca y la línea límite de esta zona, localizada en parte de los Municipios de... Roldanillo, La Unión, Toro... en el Departamento del Valle del Cauca, desde el punto denominado la Balsa, Departamento del Cauca, hasta el río La Vieja en el Municipio de Cartago por la margen derecha y hasta el río Cañaveral en el Municipio de Ansermanuevo por la margen izquierda, identificado como Plano de la Zona de Influencia Obras Proyecto de Regulación del Río Cauca, Primera Parte.

"Que en su sesión del día 6 de diciembre de 1979, el Comité Asesor de Valorización recomendó al Consejo Directivo de la Corporación la determinación de la Zona de Influencia de estas obras, de conformidad con el plano a que se refiere el considerando anterior.

"Que al tenor del numeral 2º del artículo 12 del Acuerdo 8º de 1978, Decreto ejecutivo 1020 de 1978, corresponde al Consejo Directivo de la Corporación aprobar la Zona de Influencia de cada obra.

"ACUERDA:

"*Artículo primero*. Apruébase como Zona de Influencia de las Obras del Proyecto de Regulación del Río Cauca, Primera Parte, a que se refiere el segundo de los considerandos anteriores, para los efectos de la distribución, liquidación y cobro de las contribuciones de valorización, la determinada en el Plano de la Zona de Influencia elaborado por la Oficina de Valorización de la Corporación a escala 1:20.000, que comprende un área de beneficio

de 138.000 hectáreas aproximadamente entre los Proyectos de Diques marginales al río Cauca y la línea límite de esta zona, localizada en parte de los Municipios de Buenos Aires, Santander de Quilichao y Puerto Tejada en el Departamento del Cauca y de ...Roldanillo, La Unión, Toro... en el Departamento del Valle del Cauca, según el plano original que en esta fecha se firma por el Presidente y Secretario del Consejo Directivo, el Director Ejecutivo y el Jefe de la Oficina de Valorización de la Corporación y el Presidente del Comité Asesor de Valorización.

"*Artículo segundo.* El Plano en mención es parte integrante del presente Acuerdo".

No obstante lo anterior, y según ya se dijo, la demanda se contrae a la petición de nulidad del artículo primero y en cuanto se refiere a los municipios de Roldanillo, La Unión y Toro, en el Departamento del Valle.

La demanda:

Considera el actor violadas distintas disposiciones contenidas en la Ley 135 de 1961 y su Decreto reglamentario 3337 del mismo año, la Ley 25 de 1921, el Decreto-ley 164 de 1976, el Decreto 1020 de 1978, así como los principios generales de equidad e igualdad ante las cargas públicas, los cuales de alguna manera se encuentran consignados en la legislación nacional. Para precisar los conceptos de violación y después de enumerar y explicar los presuntos hechos que sirven de base a la demanda, ésta se extiende en razonamientos que pueden resumirse en los siguientes puntos:

1. El acto administrativo por medio del cual la CVC delimitó la zona de influencia de las obras supuestamente construidas por ella y que es materia de la acción, es un acto general, impersonal y abstracto, por cuanto hace parte de una primera etapa del proceso de valorización, etapa que tiene ese carácter, por contraposición a una segunda integrada por la distribución y cobro de la contribución, y que se expresa a través de actos particulares y concretos. En efecto, "la primera etapa, en cuanto a través de ella se señalan los parámetros cardinales que han de regir la imposición, es lo que se denomina *establecimiento de la contribución* y, como quiera que implica una serie de decisiones abstractas y de especial trascendencia sobre un conglomerado aún indeterminado de sujetos, los estatutos de valorización reservan la competencia para expedir los actos correspondientes a órganos superiores a la Administración Pública, cuando no a Corporaciones de origen popular, como ocurre en las esferas municipal y departamental. En cambio, los actos de la segunda fase, en cuanto son actos de ejecución, de contenido eminentemente técnico y que vienen a configurar una operación administrativa de distribución y de liquidación, deben ser dictados o expedidos por órganos administrativos subordinados" (fl. 6).

Teniendo en cuenta el anterior planteamiento, la demanda señala cómo los actos de la primera etapa, si bien en sí mismos no afectan ni causan daño o agravio a derechos concretos, sí tienen virtualidad para producir efectos en derecho por cuanto generan competencias

para que autoridades inferiores desencadenen y cumplan la segunda etapa, virtualidad de producir efectos jurídicos que los sustrae de la calificación de simples actos preparatorios o de trámite. Para explicar la diferencia entre una y otra etapa, dice el actor:

"La relación que existe entre los actos o normas relativos al establecimiento de la contribución de valorización y de los actos atinentes a la distribución y liquidación del gravamen, es la misma que media entre la ley o los reglamentos y los actos administrativos de su aplicación o ejecución concreta. Así como la ley o el reglamento son actos generales de voluntad del cuerpo legislativo y de la suprema autoridad administrativa, con su autonomía, su entidad y su dinámica propias, los actos administrativos de ejecución concreta también tienen su propia entidad e individualidad, no obstante la subordinación jurídica en relación con los primeros. De análoga manera las disposiciones que establecen la contribución de valorización y los actos de distribución y liquidación de la misma tienen cada uno en su orden, entidad jurídica propia". Por ello la ley ha consagrado dos medios diferentes de tutela de la legalidad: Una objetiva y otra de los derechos subjetivos.

De lo anterior concluye que el acto o actos que constituyen el "establecimiento de una contribución de valorización" (entre los cuales incorpora la fijación de la zona de influencia que apenas precisa el "ámbito territorial") son demandables en acción pública de nulidad, mientras que los de distribución y cobro de la contribución lo son a través de la de restablecimiento del derecho (plena jurisdicción al tiempo de la demanda). Por eso afirma:

"En el caso de esta demanda, el objeto de la pretensión de simple nulidad es uno de los actos de establecimiento de la contribución de valorización, cuyo contenido es general, por su propia naturaleza, según quedó demostrado anteriormente. Se ataca la delimitación de la 'zona de influencia', esto es, uno de los elementos o factores del establecimiento de la contribución, el que determina el *ámbito territorial* de vigencia o aplicación del correspondiente conjunto normativo especial; en otras palabras, el objeto de la pretensión radica en uno de los elementos esenciales de ese mismo conjunto de reglas generales: *El ámbito espacial de su aplicación.*

"Se afirma en la demanda que la inclusión dentro de la zona de influencia del territorio correspondiente a tres municipios está viciada de nulidad. Dentro de ese territorio existe un número indeterminado y muy grande de propiedades inmuebles, algunas de las cuales podrían resultar eventualmente gravadas y otras que no lo serían. Nada de esto puede determinarse *'a priori'*, ni interesa a los fines de esta demanda" (fl. 10).

Adelantándose a posibles planteamientos distintos al suyo, examina de nuevo el proceso de valorización en sus etapas y explica cómo el acto de delimitación del área de influencia no es en manera alguna preparatorio de la operación administrativa de liquidación y distribución. Y remata este primer punto así:

"Las consideraciones precedentes tienen por objeto destacar que en esta demanda *no se propone un contencioso de impuestos,* sino que se formula *una pretensión de simple nulidad contra un acto de*

contenido general, anterior a la operación administrativa de distribución y liquidación de la contribución, acto que tiene una entidad jurídica propia. La circunstancia de ser acto condicionante de la operación administrativa subsiguiente no le priva de su autonomía jurídica, que no solamente es formal, sino material, de la misma manera que el reglamento tiene una entidad distinta a la de la ley y a la de los actos posteriores de ejecución concreta, a pesar de la subordinación sucesiva que media entre ellos. Se trata en este caso de *actos separables,* como los denomina la jurisprudencia francesa para distinguirlos del acto complejo o conjunto de actos inseparables que forman una unidad, para efectos de la pretensión contenciosa administrativa, como ocurre con la operación de liquidación de impuestos" (fl. 12).

2. El distrito de riego dentro del cual se hallan los municipios afectados por el Acuerdo materia de la demanda, fue construido por el Incora, ampliado y administrado por el Himat, sin que la CVC a través de sus actividades haya llevado a cabo obras en la zona, capaces de generar beneficios prediales que causan valorización.

3. En consecuencia, las obras que haya podido ejecutar, ejecute o prospecte construir en lugares distintos, como es el caso de la Presa "Salvajina", situada a gran distancia del distrito RUT, no benefician a los predios comprendidos por éste.

4. Pretender cobrar valorización en las condiciones anteriores constituye una injusticia y una actividad ilegal que viola las disposiciones citadas anteriormente y contradice los principios de equidad y de igualdad ante las cargas públicas.

La impugnación:

La Corporación Autónoma Regional del Cauca —CVC—, a través de apoderado, considera en su impugnación de la demanda que el Acuerdo 29 de 1979 no puede ser objeto de demanda alguna ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo por cuanto es apenas un acto de trámite expedido por la entidad pública para hacer posible los actos definitivos de distribución y liquidación de la contribución. Además, encuentra jurídicamente inadmisible que después de tres años de expedido el Acuerdo 29 de 1979, y cuando la Corporación ya ha vencido todas las etapas para hacer efectivo el cobro del gravamen, sin agotar la vía gubernativa, se pretenda la nulidad del acto que fijó la zona de influencia de las obras, a través de una acción improcedente, como lo ha señalado la jurisprudencia. En el alegato de conclusión, la CVC ratifica los anteriores puntos de vista, y concluye:

"De conformidad con lo analizado, la fijación de la zona de influencia de las obras efectuadas por el Consejo Directivo de la CVC mediante el Acuerdo 29 de 1979, que se acusa de nulidad parcial, es simplemente *la primera etapa del trámite administrativo para la distribución de las contribuciones de valorización por una obra de interés público.* Pero esta determinación de la zona de influencia *no constituye ningún gravamen fiscal sobre los terrenos en ella comprendidos* y sus alcances se limitan a determinar una base territorial presumiblemente

beneficiada por la obra, para que los dueños de los predios allí comprendidos sean citados para la elección de la Junta de Propietarios que ha de representarlos en las diferentes etapas de estudio del presupuesto y de la distribución de las contribuciones. No tiene, por tanto, el Acuerdo de fijación de zona de influencia de una obra el carácter de acto administrativo o de acto de trámite que ponga fin a la actuación administrativa, pues su finalidad no es otra que servir de medio instrumental para que la administración llegue posteriormente y después de agotar otras etapas intermedias, al acto final y definitivo, que es, como ya se ha dicho, en el presente caso, la Resolución OV-001 de 26 de marzo de 1982 del Director Ejecutivo y el Jefe de la Oficina de Valorización de la CVC, que distribuyó y asignó las contribuciones de valorización por las Obras del Proyecto de Regulación del Río Cauca, Primera Parte" (fl. 277).

Se refiere también la CVC a la historia del Distrito de Adecuación de Tierras, a la influencia que las obras emprendidas para la regulación del río Cauca tienen en el área objeto del Acuerdo atacado, a los costos de las mismas y a las experiencias que en materia de protección de las tierras cobijadas por el Proyecto, han sido comprobadas.

El concepto Fiscal:

El señor Agente del Ministerio Público solicita que el Consejo pronuncie decisión inhibitoria, porque considera que el acto acusado no es materia de acción pública de nulidad. Para llegar a esa conclusión sostiene y sustenta tres zonas fundamentales:

a) La demanda está viciada de ineptitud porque el Acuerdo 29 de 1979 es un mero acto de trámite, porque "del mismo encabezado del acto demandado que reza 'por el cual se aprueba la Zona de Influencia de las obras del Proyecto de Regulación del Río Cauca, Primera Parte, *para los fines del cobro de la contribución de valorización*' (se subraya), se colige que el mismo es el comienzo de una serie de pasos que, en conjunto, conforman un acto administrativo complejo pero determinado: El cobro de la contribución de valorización como consecuencia de las obras que la CVC va adelantar para regular el río Cauca" (fl. 376);

b) Aún aceptando que el acto es demandable, hay también ineptitud sustantiva de la demanda, porque formando aquél parte de una cadena, era necesario demandar también todos y cada uno de los actos que integran el acto complejo, para que no queden vigentes los otros posteriores al único que fue acusado (fl. 377); y

c) El análisis cuidadoso del Acuerdo 29 de 1979 indica que la delimitación de la zona de influencia no crea situación jurídica concreta y se limita a concretar geográficamente el Proyecto para hacer posibles los demás actos posteriores que dan origen a la obligación pecuniaria de los propietarios (fl. 378).

Consideraciones del Consejo de Estado:

Lo primero que conviene advertir es que esta Corporación ha hecho un examen cuidadoso de los planteamientos formulados por las partes y por el Ministerio Público, y no duda en consignar su reconocimiento por aportes tan valiosos como los que constituyen tales razonamientos, que han orientado en buena parte el trabajo de interpretación de las normas legales que aquí aparece.

En términos generales, cualquier proceso administrativo que haga posible el establecimiento, distribución, liquidación y cobro de la contribución de valorización una vez creada por la ley, se sujeta a las siguientes etapas:

1ª Autorización legal para que las autoridades administrativas de diferente orden que ejecuten obras de interés público local o regional puedan cobrar a los propietarios de bienes inmuebles el beneficio que estos reciben como consecuencia directa o indirecta de la construcción de tales obras.

2ª Expedición por parte de la entidad administrativa correspondiente o por la ley del estatuto general y básico en cuyas normas se precise cómo ha de proceder el organismo para establecer, liquidar, distribuir y cobrar las contribuciones; y

3ª Aplicación concreta de ese estatuto a una obra determinada.

En el caso de la Corporación Autónoma Regional del Cauca —CVC—, su Consejo Directivo expidió el Acuerdo número 8º de abril 4 de 1978 "por el cual se adopta el reglamento general sobre establecimiento, liquidación, distribución y cobro de la contribución de valorización por obras que ejecute la Corporación", Acuerdo aprobado por el Decreto ejecutivo 1020 de 1978, y cuyo fundamento se halla en la Ley 25 de 1921 que estableció en aquella época el llamado "impuesto" directo de valorización como una contribución sobre las propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés público local, como limpia y canalización de ríos, construcción de diques para evitar inundaciones, desecación de lagos, pantanos y tierras anegadizas, regadíos y otras análogas. Pero también sirven de fundamento a ese Acto administrativo la Ley 25 de 1959 que autorizó a los establecimientos públicos para hacer efectivo el llamado "impuesto" de valorización en casos como los ya mencionados en la legislación de 1921, y el Decreto legislativo 1604 de 1966, que hizo extensivo el "impuesto" de valorización ya establecido desde 1921 a todas las obras de interés público que ejecuten la Nación, los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios o cualquier otra entidad de derecho público y que beneficien a la propiedad inmueble. Vale la pena anotar cómo, en esta ocasión, con mejor técnica, el gravamen comenzó a denominarse "contribución de valorización" en cambio de "impuesto".

El Reglamento General mencionado señala las siguientes etapas a las cuales debe someterse la CVC en el establecimiento, liquidación y cobro de la contribución, etapas que precisa el Capítulo V (arts. 42 y 43), así:

"*Artículo 42*. El trámite para la distribución de las contribuciones de valorización a causa de la construcción de una obra de interés público a cargo de la Corporación, estará integrado por las siguientes etapas administrativas:

"1ª Decisiones del Consejo Directivo de la Corporación en que se ordene el cobro de la contribución de valorización por una obra y se fija su zona de influencia.

"2ª Citación a los propietarios que han de ser gravados con las contribuciones y elección de la junta de propietarios.

"3ª Elaboración del proyecto de presupuesto o del cuadro de costos de la obra, según el caso, y del proyecto de distribución de las contribuciones por parte de la Oficina de Valorización de la Corporación y estudio de estos proyectos por el Comité Asesor de Valorización.

"4ª Traslado a la junta de propietarios de la obra, de los proyectos de que trata el punto anterior, con la información, documentación y estudios en que ellos se fundamentan. Este traslado se surtirá en la Oficina de la Corporación que se haya destinado para las reuniones de la junta de propietarios, por el término de dos (2) meses, notificando al presidente de la junta la fecha de iniciación y vencimiento del mismo en comunicación dirigida a dicha oficina.

"Igualmente se avisará por dos periódicos de circulación regional, a los propietarios en general, para que puedan acudir ante la junta de propietarios, informarse sobre el proyecto de distribución y presentar por escrito sus objeciones u observaciones individuales.

"Durante el término de traslado de que trata este numeral, se efectuarán las reuniones que fueren necesarias de la junta de propietarios, con asistencia del Jefe de la Oficina de Valorización y de los funcionarios de su dependencia que éste designare, para el estudio de los proyectos y el análisis de las objeciones u observaciones que se propusieren y de las peticiones que al efecto se formularen.

"5ª Vencido el término de traslado de los proyectos a que este artículo se refiere, las objeciones y observaciones escritas que hubieren presentado tanto la junta de propietarios como los propietarios individualmente, pasarán al estudio del Comité Asesor de Valorización, el cual se pronunciará sobre ellas previo su análisis detallado con el Jefe de la Oficina de Valorización.

"6ª El proyecto de presupuesto o el cuadro de costos de la obra pasará al estudio del Consejo Directivo de la Corporación, por conducto del Director Ejecutivo, con la documentación en que se fundamente, las objeciones u observaciones que hubieren propuesto la junta de propietarios o los propietarios individualmente y el concepto del Comité Asesor de Valorización y el Consejo Directivo procederá a impartir aprobación al presupuesto o al cuadro de costos, según el caso con las modificaciones que estimare convenientes, y a definir el monto total que ha de distribuirse en contribuciones de valorización por la obra.

"7ª Con base en el monto total aprobado por el Consejo Directivo para la distribución y previo el estudio de las objeciones u observa-

ciones presentadas por la junta de propietarios o por los propietarios individualmente al proyecto de distribución, y del concepto del Comité Asesor de Valorización, el Director Ejecutivo de la Corporación y el Jefe de la Oficina de Valorización expedirán la resolución distribuidora de las contribuciones de valorización por la obra o conjunto de obras de que se trate, debidamente motivada. De esta resolución formarán parte integrante el cuadro de distribución con los nombres de los propietarios, dirección e identificación de los inmuebles, área gravada de cada uno de ellos y contribuciones que les correspondan. También se considerarán parte integrante de la distribución, como fundamentos y antecedentes técnicos de la misma, los cálculos y factores empleados, la memoria explicativa de los estudios de beneficio y las conclusiones sobre las objeciones u observaciones propuestas y sobre el concepto del Comité Asesor de Valorización".

"*Artículo 43*. En la resolución distribuidora de las contribuciones se determinarán los plazos que para su pago haya fijado previamente el Consejo Directivo de la Corporación, los intereses de financiación y de mora que han de cobrarse y los recursos de que goza el contribuyente contra el acto administrativo de imposición, con los requisitos para su ejercicio".

En desarrollo de las normas contenidas en los textos citados, la Corporación procedió, en el caso que es materia de la controversia, a expedir los siguientes actos:

a) Acuerdo número 21 de 1978 (noviembre 15) por el cual ordenó la ejecución de las obras y actuaciones comprendidas dentro del Proyecto de Regulación del Río Cauca, entre las cuales señaló la adquisición de inmuebles, la construcción de diversas obras en el sitio denominado "Salvajina" ubicado en el municipio de Buenos Aires, Departamento del Cauca, así como otras obras para ser ubicadas en la denominada "planicie";

b) Acuerdo número 17 de 1979 (junio 27) por medio del cual se ordenó la ejecución de las obras mencionadas en el Acuerdo 21 de 1978 por el sistema de valorización y se determinó como primera parte del Proyecto de Regulación del Río Cauca, la integrada por algunas de las obras que ordenó el primer Acuerdo;

c) Acuerdo número 29 de 1979 (diciembre 19), materia de este proceso y "por el cual se aprueba la Zona de Influencia de las obras del Proyecto de Regulación del Río Cauca, Primera Parte, para los fines del cobro de la contribución de Valorización";

d) Acuerdo número 30 de 1979, por el cual se reglamentó la constitución y elección de la Junta de Propietarios que prevén los artículos 20 a 34 (Capítulo III) del Reglamento General, para la intervención en la etapa de elaboración del presupuesto de las obras y del proyecto de distribución de las contribuciones, lo mismo que para la vigilancia de la inversión de los fondos;

e) Acuerdo número 17 de 1981, por medio del cual la Corporación dio respuesta a las observaciones y objeciones formuladas por la Junta de Propietarios al presupuesto de las obras, aprobó éste y fijó el monto distribuible en contribuciones de valorización; y

f) Resolución número OV-001 de 1982 (marzo 26) expedida por el Director Ejecutivo y el Jefe de Valorización de la CVC, que en los considerandos recoge las etapas hasta entonces cumplidas, aprueba la distribución y asignación de las contribuciones de valorización, fija plazos para el pago de las mismas, señala la forma de hacerlo, establece descuentos por pago de contado, indica quiénes de los propietarios están exentos de la contribución, y precisa la forma de notificación de esta providencia, así como los recursos que contra ella proceden y los requisitos para interponerlos válidamente.

Conviene anotar que esta Resolución número OV-001 de 1982 ha sido muy útil como prueba válidamente aportada al proceso, para precisar las distintas etapas a que se refiere esta parte de la sentencia.

Ahora bien, en la secuencia que anteriormente fue descrita qué papel juega, qué importancia tiene, de qué naturaleza es el Acuerdo 29 de 1979, acusado en este proceso?

Considera la Sala que tiene razón el actor cuando afirma que el acto por medio del cual la CVC señaló la zona de influencia de las obras que constituyen la Primera Parte del Proyecto de Regulación del Río Cauca no es un simple acto preparatorio o de trámite, como lo sostienen, el Ministerio Público y la parte opositora. Para llegar a esa conclusión, vale la pena tener en cuenta la jurisprudencia del Consejo que ahora se ratifica por considerarla válida, y según la cual "se suele distinguir la actividad de la administración en actos administrativos en sentido estricto, o negocios jurídicos de derecho público y meros actos administrativos. Los actos administrativos, negocios jurídicos, son declaraciones de la voluntad de la autoridad administrativa con la intención de producir efecto jurídico; se caracterizan, pues, porque el órgano administrativo quiere el acto en sí y el efecto jurídico que de él emana. En los meros actos administrativos la voluntad del órgano se reduce al cumplimiento de determinada actividad sin ocuparse de los efectos que ella pueda producir, los cuales son únicamente los que el derecho establece" (Sección Cuarta, Auto, enero 20 de 1972. *Anales*, 1972, 1er. Semestre, Tomo 82, números 432-433, pág. 273).

Completa el criterio sobre acto de trámite o preparatorio, el tratadista Manuel María Díez, para quien el acto denominado "mero acto administrativo" produce efectos pero sólo entre los funcionarios que integran la administración y es relevante dentro de la misma. Y precisa: "En las relaciones externas entre el órgano administrativo y el sujeto extraño a la administración que tiene un interés en el desenvolvimiento favorable del procedimiento administrativo, del que el parecer (se refiere al concepto u opinión interna que sirve para explicar esta clase de actos) constituye una etapa o un momento, su realización produce el efecto de mero hecho en cuanto que el sujeto extraño a la administración, en relación con el acto preparatorio, no tiene interés legítimo para recurrir" (El Acto Administrativo, 2ª edición, Tipográfica Editora Argentina S. A., Buenos Aires, 1961, pág. 143).

No cabe duda de que el acto por medio del cual la CVC delimita la zona de influencia de las obras, contiene una manifestación de

voluntad con destino a la producción de efectos jurídicos, como que por medio de ella está indicando en relación con cuáles predios ha de predicarse la contribución de valorización, lo cual hace desaparecer la posibilidad de que esa manifestación de voluntad constituya un simple acto preparatorio o de trámite.

Pero esa manifestación de voluntad no tiene por objeto crear una situación jurídica general, impersonal y abstracta, como lo sostiene el demandante. Y si bien es cierto que el proceso de valorización se desenvuelve en etapas, unas de las cuales son creadoras de situaciones generales, y otras de situaciones jurídicas particulares y concretas, no lo es menos que resulta equivocado situar la manifestación de voluntad administrativa que contiene el Acuerdo 29 de 1979 en el primer grupo. El Consejo considera cierta esta afirmación por lo que a continuación se expresa:

El artículo 35 del Reglamento General de valorización de la CVC consigna una buena definición de lo que constituye la "zona de influencia", en los siguientes términos: "Denomínase zona de influencia la extensión hasta cuyos límites llegan los efectos de beneficio de una obra". Y agrega: "Para determinar la zona de influencia se tendrán en cuenta no sólo las áreas que por su ubicación respecto a la obra reciben un beneficio directo, sino también las que reciben un beneficio indirecto, pero de evidente apreciación" (fl. 84). Esa determinación no se limita al simple señalamiento del "ámbito espacial" dentro del cual existe un número indeterminado y muy grande de propiedades inmuebles, algunas de las cuales podrían eventualmente resultar gravadas y otras que también eventualmente podrían estar excluidas del gravamen, como lo supone el actor. No. Precisada la zona de influencia, se sabe con certeza que todas las propiedades localizadas dentro de sus límites o "ámbito", están sometidas al pago de la contribución de valorización, salvo que en relación con algunas se demuestren los hechos exceptivos que los mismos reglamentos señalan. Allí no hay indeterminación por la simple circunstancia de que el Acto administrativo que fija la zona no contenga el listado de los predios y su extensión, porque lo cierto es que en ese momento existen perfectamente identificados en las oficinas de catastro y tesorerías de los municipios los predios aquellos a los cuales, específicamente se refiere el Acuerdo al limitar el área de influencia de las obras. Tanto equivale decir en el texto de la decisión administrativa, conforme a la definición del Reglamento, que reciben beneficio las áreas comprendidas dentro de los límites de la zona de influencia, como afirmar que todos los predios allí localizados, o que los siguientes predios (enumerándolos), por estar situados dentro de la zona, reciben beneficio.

Por ello no es verdad que pueda afirmarse válidamente que dentro de esa área específicamente señalada pueden existir, eventualmente, algunas propiedades gravadas y otras no, porque no existe eventualidad, ni tampoco indeterminación en cuanto al número de propiedades, por grande que éste sea, comprendidas por los límites de la zona demarcada. En el momento de precisar el área, se sabe con certeza, cuántos predios existen dentro de ella, qué superficie tienen, cuál su avalúo catastral, quiénes son sus propietarios, y los demás

factores que suelen aparecer en las Oficinas Seccionales del catastro. En consecuencia, el Acuerdo acusado, en verdad, lo que está diciendo es que cada uno de los predios situados en el "ámbito espacial" está sometido a la contribución, salvo que cada uno de esos mismos predios perfectamente individualizados se halle en la situación exceptiva prevista por las normas que expidió la misma CVC. Por todo ello resulta válido afirmar que el acto acusado contiene una manifestación de voluntad administrativa creadora de situaciones individuales, particulares y concretas.

Para reforzar lo anterior, vale la pena decir recordando a Stassinopoulus, que el acto por el cual se determina el área o zona de influencia, es particular porque se agota por una sola aplicación, como ocurriría si su naturaleza fuera de carácter general. Y así lo ha entendido el Consejo de Estado, conforme a la siguiente jurisprudencia: "Y es necesario para distinguir cuándo se está frente a situaciones jurídicas individuales o particulares, tenerse en cuenta la finalidad y alcances del acto administrativo, el propósito que con él se persigue. Si éste contiene por sí mismo una disposición que no desaparece al ser aplicada a un caso concreto, sino que sobrevive a esta aplicación y puede y debe aplicarse mientras no se derogue, a todos los casos idénticos al previsto, la situación jurídica es de carácter general, impersonal, abstracta. Si, por el contrario, la administración dispone exclusivamente para un caso particular, y aplicada la decisión al caso previsto desaparece su objeto, la situación que crea el acto administrativo es individual y subjetiva" (Sección Primera, Sentencia, diciembre 13 de 1983. *Anales*, 1983, 2º Semestre, números 479-480).

El autor citado anteriormente aclara y explica el punto relacionado con el acto general o reglamentario y el particular, en términos que se acomodan muy bien a la situación que ha venido debatiéndose en este proceso:

"En el momento en que se dicta el acto reglamentario, no puede saberse cuáles son las personas a las cuales se les aplicará. Ese es el tipo ideal del acto reglamentario; pero no sucede siempre así. Algunos actos reglamentarios conciernen a un pequeño número de personas, otros se aplican a una región restringida, otros en fin, no son válidos sino durante un breve lapso. En cambio, hay actos individuales que se aplican a gran número de personas. No es pues la generalidad numérica sino la generalidad abstracta la que da al acto el carácter de reglamentario. No debe considerarse, pues, como acto reglamentario un acto que se dirige a los ciudadanos Pedro, Pablo, etc., enumerados individualmente, aun cuando su número sea grande; muy por el contrario, un acto que se dirija a los cuidadanos cuyo nombre comience por 'y' es reglamentario, aunque no haya, por casualidad, sino un ciudadano con ese pronombre" (El Acto Administrativo, 1981, pág. 47; Publicaciones Jesca, Bogotá. Traducción de Francisco Sierra Jaramillo).

La particularidad del Acuerdo como acto administrativo puede observarse en la forma como continúa desenvolviéndose el proceso de la valorización. En efecto, porque la precisión sobre la zona implica la precisión sobre los predios beneficiados, el paso siguiente fue la constitución y elección de representantes de los propietarios de esos

mismos predios para que en nombre de los dueños, participaran en los diversos aspectos y en las varias gestiones y actuaciones destinadas a concluir con la elaboración de los presupuestos de las obras, la distribución de las contribuciones y ejercieran vigilancia de la inversión decretada para el Proyecto, todo en favor de esos propietarios que estaban allí como titulares del dominio de los inmuebles a que específicamente se refirió el Acuerdo de marras.

Así mismo, la Resolución OV-001 de 1982, teniendo en cuenta que ya estaban determinados los predios objeto del beneficio, se limitó, al tiempo de aprobar la distribución y asignación del gravamen, a incorporar la identificación de esos inmuebles y de sus propietarios, asignando proporcionalmente los valores que a cada uno correspondía y que resultaba de la combinación de factores previamente determinados, entre los cuales ocupó lugar preponderante como creador de situaciones particulares, según se ha visto, el acto acusado.

Así las cosas, la acción debió ser propuesta dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación o publicación del acto, conforme a las reglas del artículo 83 de la Ley 167 de 1941, vigente cuando se instauró la demanda. Del mismo modo la alegación de la demanda, de ser el Acto 29 de 1979 un acto de contenido general, quedaría desvirtuada al aplicarse la teoría llamada de "los motivos determinantes de la acción", elaborada y consolidada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual, "la acción de nulidad procede, en principio, contra todos los actos administrativos, generales o particulares, con el objeto de tutelar o garantizar el orden jurídico, como se ha expuesto; pero sí, mediante la petición de nulidad del acto se pretende la tutela de derechos particulares, civiles o administrativos, para restablecerlos o precaver su violación, como la Sala sostuvo en la mencionada sentencia (se refiere a la de agosto 10 de 1961), se trata de una pretensión litigiosa, que se promueve contra la administración y que debe hacerse valer conforme al régimen de la acción de plena jurisdicción..." (Sala Plena, sentencia, agosto 21 de 1972. *Anales*, 1972, 2º semestre, Tomo 83, números 435-436, pág. 372). Y como resulta evidente por lo aquí expuesto y por todo lo que aparece en el proceso, que la pretensión del actor, en últimas, persigue sustraer del pago de la contribución de valorización a los propietarios de inmuebles localizados dentro del área de influencia de las obras correspondientes al Proyecto de Regulación del Río Cauca, Primera Parte, la demanda fue formulada extemporáneamente.

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

Resuelve:

Declararse inhibido para decidir en el fondo sobre la pretensión de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

AGUAS.— CONCESION DE APROVECHAMIENTO DE ESTAS POR EL INDERENA. Decreto-ley 2811 de 1974 y Decreto reglamentario 1541 de 1978.

Tiene que sujetarse a la disponibilidad del recurso hídrico.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintitrés de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Proyectó: *Doctor Luis Miguel Quiñones F.*, Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 458. Actor: Inés Villa viuda de Arroyave.

Se resuelve el recurso de apelación instaurado por el Inderena, a través de apoderado, contra la sentencia de primera instancia proferida el 8 de agosto de 1986 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

En acción de restablecimiento del derecho y por conducto de apoderado, la señora Inés Villa viuda de A., demandó ante esta Corporación las Resoluciones números 0515 de 19 de julio de 1977, 0591 de 9 de agosto de 1978, 0153 de 11 de abril de 1980 y 0328 de 25 de julio de 1983, emanadas de la Gerencia Regional Occidental de Medellín, Antioquia, del Instituto Nacional de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, INDERENA.

Por competencia, en razón de la cuantía, el Consejo de Estado remitió las diligencias al Tribunal Administrativo de Antioquia, por auto visible a folios 47 a 49. Mediante proveído que obra a folio 54, el *a quo* admitió la demanda. Tramitado el proceso y practicadas las pruebas pedidas y decretadas, el Tribunal de origen desató el negocio en primera instancia con la sentencia que viene en apelación.

El Agente del Ministerio Público ante el *a quo* conceptuó en su oportunidad que debía accederse a las "súplicas de la demanda en la proporción que indica la Resolución 0591 de 9 de agosto de 1978" (fls. 129-130).

El recurrente expresa en su escrito sustentatorio (fls. 146 a 148) que la sentencia del Tribunal de Antioquia es contradictoria porque se fundamenta en "un caudal inexistente" del arroyo o quebrada La Miel, toda vez que lo que decide "sería lógico desde el punto de vista teórico, mas no así en la práctica".

En otro alegato el apoderado del Inderena (ver cuaderno número 2, fls. 7 y 8), naturalmente defiende los actos administrativos acusados y ataca la sentencia recurrida, "pues el análisis que efectuaron los peritos en la primera instancia del proceso y en el cual se fundamentó el fallo apelado, carece de suficiente piso o fundamento técnico".

Por su parte, en la vista de fondo que emitió el Fiscal Primero del Consejo de Estado (fls. 14 a 19 del cuaderno número 2), conceptúa que "debe despacharse favorablemente el recurso interpuesto y en consecuencia revocar la providencia apelada".

Se considera:

Como hechos fundamentales el actor expone que la señora Inés Villa viuda de Arroyave es poseedora de la finca "El Edén", ubicada en la vereda La Corrala o La Corralita, jurisdicción municipal de Caldas, Antioquia, predio servido desde hace más de 20 años por la fuente de agua (arroyo o quebrada La Miel), "que nace a lindes del mismo"; que el Inderena concedió el aprovechamiento de aguas sobre tal fuente a doña Elvia Agudelo C., por Resolución número 0515 de julio 19 de 1977, modificada por la Resolución 0591 de agosto 9 de 1978, con el fin esencial de señalar la asignación conforme al caudal de aguas suspuestamente disponible. Ante solicitud posterior de Clímaco Gallego, Elvia Agudelo y Rudesindo Echavarría, Inderena redujo el derecho de la actora a disfrutar de las aguas que corren por su fundo y le impuso una multa inconsulta y arbitraria, oportunamente atacada en reposición; que al desatar esta reposición el Inderena dictó la Resolución 0328 de 25 de julio de 1983, por la cual dispuso conminar a la señora viuda de Arroyave "por haber suspendido el aprovechamiento en beneficio de los demás usuarios..."; que el otorgamiento de la merced de aguas de que tratan los actos acusados le ocasionan a la actora serios perjuicios, al privársele del elemento hídrico necesario para satisfacer los requerimientos domésticos y agrícolas de su predio, en especial en la época de sequía cuando la fuente prácticamente se seca; que los inmuebles en cuyo beneficio se estableció la merced de aguas pueden captarlas en forma abundante de la quebrada La Curuba que discurre por el pie de una de ellas, razón esta que indica que el Inderena actuó con criterio "de comodidad", sin respetar la prioridad que debe primar en casos como este, con lo cual quebrantó los artículos 89 del Decreto-ley 2811 de 1974 y 37 del Decreto 1541 de 1978. Tal violación obedece a que el Inderena, con sus actos acusados, no respetó esenciales principios de equidad y justicia frente a la ley que manda claramente que la concesión de un aprovechamiento de aguas tiene que sujetarse a la disponibilidad del recurso hídrico y a las necesidades que surjan del objeto al cual se destina, siendo así que en el caso de autos la concesión se otorgó sin existir recursos suficientes, en perjuicio del predio El Edén y, más grave todavía, si se tiene en cuenta que las fincas en cuyo favor se estableció la merced de aguas las pueden obtener en abundancia de la quebrada La Curuba.

Como consecuencia de la nulidad impetrada, en orden al restablecimiento del derecho de la actora pide su apoderado que se legalice en favor de ésta el total del caudal de aguas de que tratan los actos acusados.

Como es obvio, el fallo del *a quo* materia de apelación examina junto con los actos administrativos acusados, las probanzas que se produjeron en el plenario, esto es, las declaraciones testimoniales recibidas, la diligencia de inspección judicial practicada *in situ* y el dictamen producido por los expertos designados al efecto.

De las declaraciones juramentadas rendidas por Félix Antonio Restrepo Vélez, Serafín Torres Mena y Raúl Toro Cano, que aparecen a folios 125 a 127, todos conocedores de la finca El Edén de la señora Inés Villa viuda de Arroyave, se deduce, en síntesis, que en tal predio tiene nacimiento una fuente de agua, la quebrada La Miel, cuyo caudal no es abundante y en época de verano es bien escaso y "no le alcanza a doña Inés" ni a las otras personas "que en épocas de inverno, con los derrames, se benefician". Como se afirma en la sentencia apelada, de la copia tomada de la actuación administrativa de la "escritura referente al trabajo de liquidación, participación y adjudicación de bienes pertenecientes a la sucesión de Manuel Salvador Arroyave, donde consta la adjudicación del inmueble (se refiere al predio La Miel) a la demandante y a sus hijos (...) y durante toda la actuación administrativa se aceptó a la demandante como dueña de la finca".

A su turno, el acta de la diligencia de inspección judicial practicada al fundo El Edén obra a folios 82 a 84 y según la cual dicho predio está afectado a la explotación de plátano, café, caña de azúcar, frutales, legumbres, "todo en pequeña escala"; cuenta con casa de habitación aproximadamente de 180 metros cuadrados y tiene una cabida de cerca de 14 hectáreas. Respecto de la "identificación de las fuentes de aguas", dice el acta: "A unos cien metros de la casa de habitación de la señora Inés Villa viuda de V. (sic) y en dirección ascendente se aprecia un dispositivo para la toma del agua de una fuente sin nombre y por medio de un dispositivo o pequeño tanque de repartimiento de la siguiente forma: En la salida de toma de 2" de diámetro para Elvia Agudelo, Rudelio Echavarría y Clímaco Gallego y una toma en tubería de media pulgada para el predio de Inés Villa. Se advierte que la fuente aflora en un resumidero situado en predio de la señora Inés Villa. Aproximadamente a unos doce metros de distancia del dispositivo del reparto de aguas en dirección descendente se aprecia un tanque de almacenamiento de más o menos unos 3 X 4 y 1.50 de profundidad. Se deja constancia que el tanque almacena aguas únicamente para Inés Villa: El agua para los otros predios se viene rastrera unos 60 metros donde se hunde por atenores. A unos 80 metros de donde la fuente es conducida por atenores nuevamente se destapa y sigue rastrera. Ya en predios de Elvia Agudelo hasta unos 5 metros de un tanque de 80 X 80 donde se reparte por cuatro tubos de ½; dos para dos predios de Elvia Agudelo y dos para los otros dos beneficiarios de la fuente que son Rudelio Echavarría y Clímaco Gallego. A unos 50 metros aproximadamente de el predio de Elvia Agudelo y este último tanque se aprecia la casa de la misma. En la misma dirección y en plano descendente se encuentran los predios de Rudelio Echavarría y Clímaco Gallego y estas casas están más cerca de La Curuba que de la toma de aguas de la finca de propiedad de Inés Villa y Elvia Agudelo. Descendiendo unos 200 metros de la casa que

corresponde al predio superior de la señora Elvia Agudelo corre en dirección oriente-occidente y descendiendo de la montaña, la quebrada denominada 'La Curuba' y la cual nace entre predios de don Gilberto Montoya y Elvia Agudelo; quebrada esta que a simple vista porta gran cantidad de agua y desciende por las cabeceras o parte alta de los predios de Elvia Agudelo y Gilberto Montoya y más adelante sirve de lindero de los predios de Rudelio Echavarría y Clímaco Gallego". Se anota que aunque la redacción del acta de la diligencia de inspección judicial incurre en varios yerros, su contenido fundamental es claro.

El dictamen pericial obra a folios 90 a 95 del expediente. Los expertos designados por el *a quo* fueron el abogado Jorge Ariel Martínez Peláez y el "ingeniero civil, especializado en hidráulica", Gustavo Patiño Duque. En contra de lo que asevera el apoderado del Inderena a que atrás se aludió, el dictamen pericial en el cual basó su decisión el Tribunal de origen, lo acoge el Consejo de Estado por cuanto de tal pieza probatoria surgen la firmeza, la precisión y la calidad de los fundamentos técnicos que la ley exige para dicho medio de prueba, lo mismo que la competencia de los expertos. De igual modo ha de observarse que durante el traslado que se dio del dictamen, nadie lo objetó, ni pidió su aclaración, adición o ampliación. Para una comprensión técnica de los puntos fundamentales presentados a los peritos para su concepto, merecen transcribirse los siguientes apartes de la experticia:

"...las diferentes resoluciones del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente —INDERENA— por medio de las cuales se otorgó la merced de aguas con respecto del arroyo 'La Miel' que nace en la finca de la señora Inés Villa y se reglamenta el uso de las mismas, reconoce reiteradamente a favor de ésta el derecho de aprovecharse de un 20% del caudal total, mientras que el 80% restante lo otorga a favor de las fincas 'La Esperanza' y 'La Reina', ambas de propiedad de Elvia Agudelo; de la propiedad de Rudelio Echavarría y de la propiedad de Clímaco Gallego, por iguales partes. Y para dar cumplimiento a lo anterior ordena el Inderena por medio de la Resolución número 0328 de 1983 (fl. 20 del expediente) que se coloque en el tanque de reparto un tubo de ½" para dar salida al gasto adjudicado a la señora Inés Villa viuda de A. y otro tubo de 2" para dar salida al gasto adjudicado a los otros cuatro predios agraciados con la merced de agua. Y es aquí donde está el gravísimo error. Veamos:

"La descarga en unidades cúbicas por unidad de tiempo (metros cúbicos, galones, litros, etc., por segundo) a través de toda clase de conductos está dada por la fórmula:

$Q = KVA$

En que:

Q = Unidades cúbicas por unidad de tiempo

K = Coeficiente de rugosidad del conducto

V = Velocidad del fluido

A = Sección transversal del conducto.

"Si el conducto es un tubo de sección circular, entonces:

$$Q = KV\frac{\pi D^2}{4}$$

"En nuestro caso podemos suponer que K y V son constantes y por tanto afirmar que las descargas son directamente proporcionales al cuadrado de los diámetros, lo cual nos permite establecer la siguiente relación:

$$\frac{Q_1}{Q_2} = \frac{D_1^2}{D_2^2}$$

"Llamemos Q_1 la descarga o gasto para la finca de la señora Inés Villa viuda de A., a través de un tubo de diámetros D_1; y Q_2 la descarga o gasto sumado para los otros cuatro predios a través de un tubo de diámetros D_2. Partiendo de la base que el agua se adjudicó por iguales partes a los cinco predios, es decir, que a la señora Inés Villa corresponde una parte y a los demás beneficiarios en conjunto cuatro partes; y que estos toman sus cuatro partes a través de un tubo de 2". Por tanto la relación se descarga y diámetros sería así:

$$\frac{Q_1}{Q_2} = \frac{1}{4} = \frac{D_1^2}{2^2}, \text{ de donde}$$

$$D_1^2 = \frac{4}{4} = 1, \text{ ó}$$

$$D_1 = 1"$$

"Es decir, que para el predio de la señora Inés Villa de A., debió colocarse un tubo de 1" para que recibiera el 20% del caudal total a ella adjudicado (La Sala ha destacado).

"Y veamos el grave error en que se ha incurrido al colocarle un tubo de ½".

$$\frac{Q_1}{Q_2} = \frac{A_1}{A_2} = \frac{\pi D_1^{2/4}}{\pi D_2^{2/4}} = \frac{D_1^2}{D_2^2} = \frac{(1/2)^2}{2^2} = \frac{1}{16}$$

$$\text{de donde } Q_1 = \frac{Q_2}{16}$$

"O sea que la demandante, propietaria de la finca en donde está el nacimiento del arroyo 'La Miel', sólo recibe 1/16 de lo que reciben en conjunto los demás beneficiarios de la merced de aguas otorgada por el INDERENA; lo cual equivale a un 5.88% del aforo total. Si el

aforo en época de estiaje es de 0.5 litros por segundo, la demandante a través del tubo de ½" sólo recibe 0.029 litros por segundo, o sea un poco más de la cuarta parte de los 0.1 que le otorgan las resoluciones del Inderena: Lo que es absolutamente insuficiente para una finca en que además de una familia normal hay semovientes y beneficiadero de café".

Los anteriores apartes del dictamen pericial pertenecen a la respuesta del cuestionario sometido a los expertos oficiosamente por el Tribunal de origen, al cual también alude lo siguiente de la experticia:

"1. De acuerdo con lo que pudimos observar el día de la inspección judicial no aparece que sea factible el que los predios de Rudelio Echavarría, Baudilio Zapata y Elvia Agudelo puedan tomar agua de la quebrada La Curuba para conducir por gravedad a sus respectivas casas, dada la enorme diferencia de nivel entre estas y el lecho de la susodicha quebrada en los sitios que marcan linderos con los mencionados predios. A simple vista pudimos apreciar que la cabecera de la quebrada La Curuba, donde pudiera tomarse el agua para traerla por gravedad a las casas de los predios en cuestión está tan retirada que la conducción, sea por canal abierto, sea por tubería, resultaría muy gravosa".

"2. *Evidentemente, la forma como se hizo el reparto del escaso caudal del arroyo llamado 'La Miel' fue absolutamente equivocada en contra de los derechos reconocidos por el mismo INDERENA a favor de la señora Inés Villa viuda de A., propietaria de la finca 'El Edén' y demandante en este proceso*" (Subrayas fuera del texto).

En cuanto al cuestionario que por parte de la actora se les sometió a los peritos, éstos se expresan:

"1º El caudal asignado por el Inderena a la señora Inés Villa viuda de A., fue de 0.1 litros por segundo, mínimo en época de estiaje. Esto equivale a 8.640 litros por día (8.64 M^3) que se considera suficiente para una finca como la de la demandante.

"Pero una cosa es el caudal asignado, que como afirmamos es suficiente, y otra el que realmente está recibiendo al imponérsele el tubo de ½", que como ya lo analizamos a espacio al dar respuesta al cuestionario del honorable Tribunal, es insuficiente.

"Además, como pudimos comprobar el día de la inspección judicial, la captación del nacimiento es tan deficiente que a pesar de que la diligencia se efectuó en época de invierno la cantidad de agua que llega al pequeño tanque de distribución no alcanza a ser los 0.5 litros por segundo aforado por el INDERENA en período de estiaje.

"2º A falta de mejores elementos de juicio, como serían los registros periódicos tomados durante un lapso de siquiera 10 años que seguramente no existen, nos atenemos al aforo practicado por el INDERENA, o sea el de 0.5 litros por segundo en época de estiaje. Siempre y cuando se mantengan las condiciones protectoras del nacimiento.

"3º Es evidente que el caudal de la quebrada La Curuba, estimado por nosotros el día de la inspección judicial en unos 8 litros por

segundo, desde el punto de vista de su mayor volumen resultaría más adecuado para el otorgamiento de una merced de aguas, si no existieran otros factores ponderables, como grado de potabilidad, diferencias de niveles, distancias, etc. Por ello, sin entrar en más consideraciones, nos ratificamos en lo que afirmamos en el numeral 1 de la respuesta al cuestionario del honorable Tribunal".

Como puede deducirse claramente de su simple lectura, el cuestionario propuesto tanto oficiosamente por el *a quo*, como el solicitado por la actora y decretado por el Tribunal, ha sido respondido de manera firme, precisa y técnica por los peritos, de tal suerte que comunica convicción a la Sala para acogerlo y decidir el negocio con fundamento en dicha experticia.

Resta expresar lo siguiente acerca de los actos acusados y de las disposiciones legales consideradas vulneradas por aquellos, a juicio de la actora:

De conformidad con la Resolución número 0515 de julio 19 de 1977, el INDERENA otorgó a favor de la señora Elvia Agudelo Correa una merced de aguas en la cantidad de 0.66 L/S, derivados de la fuente o quebrada La Miel; igualmente determinó que los señores Luis Coltejer, Inés Villa viuda de Arroyave, Rudelio Echavarría, Clímaco Gallego, Jaime Restrepo y Juan Colorado, debían legalizar ante dicho ente administrativo los aprovechamientos de agua de que se estaban lucrando. Mediante la Resolución número 0591 de 9 de agosto de 1978,el mismo INDERENA modificó su anterior Resolución 0515 de 1977 con el fin de legalizar la merced de aguas de dicha quebrada La Miel, con caudal disponible y de reparto de 0.5 litros por segundo, de esta manera:

1 L/S para el predio El Edén, de propiedad de la señora Inés Villa viuda de Arroyave.

Igualmente 1 L/S para cada uno de los fundos de Elvia Agudelo Correa, de nombres La Reina y La Esperanza.

Y, por último, también un litro por segundo para cada una de las fincas de Rudelio Echavarría y Clímaco Gallego.

Tal reparto equivale, por consiguiente, a conceder el veinte por ciento (20%) del total del caudal del arroyo La Miel para cada uno de los inmuebles en mención.

Los señores Clímaco Gallego, Rudelio Echavarría y Elvia Agudelo se quejaron ante el INDERENA contra la señora Inés Villa viuda de Arroyave y aseveraron que esta había tomado para sí todo el caudal de la merced de aguas, por lo cual dicho Instituto ordenó practicar una inspección al sitio, con base en la cual emitió la Resolución número 0153 de 11 de abril de 1980, que ordenó destruir el "nuevo tanque de reparto". "Continuar empleando el viejo tanque variando el diámetro de los actuales tubos de reparto así: Reducir a la señora Inés Villa el tubo de 2" a ½"; para los demás usuarios colocar un tubo de 2" y construir en predios de la señora Elvia Agudelo un tanque de almacenamiento con cuatro (4) salidas y a un mismo nivel"; y multar a doña Inés Villa viuda de Arroyave con $ 20.000.00. Contra dicha resolución interpuso la señora viuda de Arroyave el recurso

de reposición, que para desatarlo el INDERENA expidió la Resolución número 0328 de julio 25 de 1983, por la cual dispuso dejar en vigencia las Resoluciones 0515 de 1977 y 0591 de 1978 y modificar la Resolución 0153 de 1980, en el sentido de que en vez de la multa a la señora viuda de Arroyave se le hacía una cominación.

Conforme lo anota la sentencia apelada, doña Inés Villa viuda de Arroyave "no fue notificada de los Resoluciones 0515 y 0591 (...), a pesar de que la afectaban directamente; seguro por ello el INDERENA tramitó y decidió el recurso de reposición no sólo contra la resolución 0153 (...) sino también contra aquellas (0515 y 0591)".

En consonancia con los artículos 88 y 89 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto-ley 2811 de 1974), salvas las excepciones especiales, sólo puede hacerse uso de las aguas mediante concesión de aprovechamiento de las mismas sujetas a las normas que traza dicho estatuto. Y el precepto 37 del Decreto reglamentario número 1541 de 1978 señala, entre otros aspectos, que la dotación de aguas en orden a satisfacer las concesiones otorgadas depende de "la disponibilidad del recurso".

La Sala encuentra que, con fundamento en las consideraciones que anteceden, han de satisfacerse las pretensiones de la actora tal como lo señala la sentencia apelada, toda vez que ésta se acomoda a las disposiciones legales pertinentes, como al acervo probatorio recogido en este proceso, por lo cual el fallo del *a quo* recibirá confirmación.

En consecuencia, el Consejo de Estado, a través de su Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo, oído su colaborador del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. Confirmar en todas sus partes la sentencia materia de apelación, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia con fecha 8 de agosto de 1986.

Segundo. No hay lugar a condena en costas, por ser el recurrente una entidad pública.

Tercero. En firme esta sentencia y previas las anotaciones de rigor, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

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 diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, No asistió; *Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DEMANDA. Ineptitud.—

La sola acusación del acto por medio del cual se resuelve el recurso de reposición, sin incluir en ella el de inscripción y el presunto que decidió la apelación negativamente, constituye inepta demanda.

ACTOS DE INSCRIPCION DE LAS CAMARAS DE COMERCIO. Naturaleza administrativa.—

RECURSOS QUE PROCEDEN CONTRA ESTOS. COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO PARA CONOCER DE LAS APELACIONES.—

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinticuatro de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 798. Actor: Hernando Coy Cruz.

Resuelve de plano la Sección Primera del Consejo de Estado el recurso de apelación interpuesto por Hilda María Coy de Castro contra el auto de fecha 11 de septiembre de 1987 proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, que decretó la suspensión provisional de la Resolución número 001 de mayo 6 de 1987 emanada de la Cámara de Comercio de Villavicencio.

Antecedentes:

Según acta correspondiente a la sesión del 1º de abril de 1987, se reunieron en Villavicencio Hernando Coy Cruz y Nubia Stella Coy Cruz, socios de la entidad "Inversiones Coy Cruz Ltda.", en liquidación, con el fin de constituirse en junta de socios, habida cuenta de que no fueron convocados a reunión ordinaria por la liquidadora y representante legal, Hilda Coy de Castro. Dicha reunión determinó el cambio de esta, y en su lugar fueron designados Hernando Coy Cruz como nuevo liquidador y representante legal de la sociedad, y Nubia Stella Coy Cruz como suplente del liquidador.

El actor presentó ante la Cámara de Comercio de Villavicencio copia auténtica del acta acabada de indicar, la cual fue inscrita en dicha Cámara el 9 de abril de 1987 bajo el número 4927 del Libro IX.

El 15 de abril de 1987 Hilda María Coy Cruz de Castro presentó ante la Cámara de Comercio recursos de reposición y apelación contra el acto de inscripción mencionado. La Cámara mediante el acto acusado negó la reposición y concedió la apelación para ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

El actor demandó en acción de nulidad ante el Tribunal de origen la declaratoria de haberse operado el silencio administrativo negativo por parte de la Superintendencia en mención. De igual manera demandó la nulidad de la Resolución 001 de 1987 emanada de la Cámara de Comercio de Villavicencio, habiendo pedido en el mismo libelo el decreto de suspensión provisional del acto acusado, por juzgar que viola de modo manifiesto los artículos 191 y 194 del Código de Comercio.

Consideraciones:

El proveído atacado en apelación dispuso decretar la suspensión provisional de la resolución demandada, por cuanto, según se dijo, resulta violatoria de los artículos mencionados de la ley comercial. El proponente del recurso de apelación contra la providencia del *'a quo'* indica que no es cierto que Hilda María Coy de Castro "hubiera impugnado ante la Cámara de Comercio la autodesignación de Hernando Coy Cruz como liquidador sustituto de la sociedad..., sino que advirtió a esa Cámara sobre la inadmisibilidad del documento que el citado Hernando Coy le había presentado para que la Cámara produjera el acto administrativo de inscripción'.

Ante los hechos anteriores, el Consejo hace las siguientes observaciones para adoptar su decisión:

La interpretación de los artículos 1º, 44, 82, 83 y 84 del Código Contencioso Administrativo permiten afirmar que el acto de inscripción consumado por la Cámara de Comercio de Villavicencio, es administrativo, y que por no existir norma exceptiva, está sometido a la regla general consignada en el artículo 50 del mismo Código, según la cual, contra él proceden los recursos de reposición, apelación y queja, según el caso. Además, el artículo 94 del Código de Comercio de manera expresa establece la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de las apelaciones interpuestas contra los actos de las cámaras de comercio.

Por consiguiente, es preciso admitir que las solicitudes de reposición y apelación formuladas por Hilda María Coy de Castro fueron exactamente recursos contra el acto de inscripción y no impugnación de otros actos, como cree el Tribunal de instancia, aceptando los argumentos de la demanda. De lo dicho se desprenden las conclusiones que a continuación se mencionan:

1ª En principio la sola acusación del acto por medio del cual se resuelve el recurso de reposición, sin incluir en ella el de inscripción y el presunto que decidió la apelación negativamente, constituye inepta demanda;

2ª No es procedente la suspensión provisional de los efectos de un acto, cuando la demanda es inepta;

3ª Pero como en el presente caso la demanda fue admitida y el auto que lo hizo, en consecuencia, no fue materia del recurso de alzada, precisa considerar solamente la parte del mismo que decretó la suspensión provisional. Ahora bien, la procedencia de esta descansa en que el acto acusado sea el creador de una situación jurídica (general o particular), integrado por todos los pronunciamientos del respectivo titular de la función administrativa, que conduzcan a la definición de esa situación jurídica, y no simplemente el que resulte confirmatorio del inicial. En otros términos, la suspensión provisional exige también, como la admisión de la demanda, que por haberse agotado debidamente la vía gubernativa, se sometan a la consideración del juez administrativo todas las providencias que la integran. Esa es la razón para que el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo establezca como uno de los requisitos para que los particulares puedan concurrir ante los organismos de la jurisdicción en lo contencioso administrativo a solicitar la nulidad de actos administrativos unilaterales de carácter particular y concreto (el de inscripción lo es), el agotamiento de la vía gubernativa; porque sólo cumplido su procedimiento es posible hablar de situación jurídica consumada. Es verdad que conforme al artículo 51 del Código Contencioso Administrativo el recurso de reposición no es obligatorio; pero si el interesado lo interpone, él ingresa a formar parte de la vía gubernativa y la providencia que lo resuelve integra con las demás de esa etapa fundamental del procedimiento administrativo, la actuación creadora de la situación jurídica, toda la cual debe ser objeto de acusación para que el controlador de la función administrativa pueda pronunciarse sobre esa vía gubernativa así agotada. Fraccionarla para acusar unos actos y otros no, asignándoles importancia mayor o menor frente a los demás, fuera de las que las normas legales les otorgan por razón de la situación jerárquica en que se hallan los distintos órganos que puedan intervenir en su formación, es arbitrario, injurídico y contrario a la noción de que lo que se acusa es la decisión administrativa que integra toda la vía gubernativa.

4ª Como quiera que en este proceso el Tribunal sólo tuvo en cuenta, conforme a la demanda, el acto por medio del cual fue resuelto el recurso de reposición interpuesto contra el de registro, olvidando este, lo mismo que el presunto de segunda instancia, violó la ley al pronunciarse apenas sobre uno solo de los actos que integraron la vía gubernativa, cuando la decisión, según se ha visto, tiene que recaer sobre la totalidad de la misma, si el actor así lo ha propuesto. De lo contrario el juzgador debe declarar inepta la demanda, lo cual conduce necesariamente a la improcedencia de la suspensión provisional. En consecuencia, la Sala,

Decide:

1º *Revocar* el auto de fecha 11 de septiembre de 1987 emanado del Tribunal Administrativo del Meta, en cuanto dispuso la suspensión provisional de los efectos de la Resolución número 001 de mayo 6 de 1987 de la Cámara de Comercio de Villavicencio.

2º No hay lugar a condena en costas.

3º En firme esta providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticuatro de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO I

CONCEJOS MUNICIPALES

CONCEJOS MUNICIPALES.

Facultades de reglamentar el recaudo e inversión de las contribuciones. Límite. Ley 4ª de 1913 y Decreto 1333 de 1986. (Declárase la nulidad).

CERTIFICADOS CATASTRALES Y PAZ Y SALVO MUNICIPAL.— Su exigencia en la protocolización de actos de transferencias o limitaciones a bienes inmuebles (Ley 14 de 1983).

Cuáles son estos paz y salvos? (Declárase la nulidad).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 408. Demandante: Sociedad Empresa Constructora del Sur Limitada. EMCOS LTDA.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad demandante, contra la sentencia de 23 de junio de 1986, por medio de la cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, dentro del proceso de nulidad contra el artículo 7º, parágrafo 2º del Acuerdo número 10 de 14 de noviembre de 1977, expedido por el Consejo Municipal de Neiva, y "por el cual se adopta el Código de Rentas del Municipio y se dictan otras disposiciones" denegó las pretensiones de la demanda.

Hechos:

El Concejo Municipal de Neiva, por medio del acto acusado, dispuso lo siguiente:

> "En caso de transferencia o limitación de dominio de una propiedad inmueble el certificado de Paz y Salvo debe referirse únicamente al predio materia del respectivo acto o contrato, pero el propietario debe estar al día con el Tesoro Municipal por todo concepto".

La demanda:

Considera que la disposición anterior, en cuanto al hecho de que "para expedirse certificado de paz y salvo de un predio, el propietario

debe estar al día con el Tesoro Municipal por todo concepto", es una exigencia no contemplada en la Ley 14 de 1983, artículo 27, lo cual hace que aquella sea violatoria de esta, porque, según la pretensión del acto acusado, "no sólo se requeriría que el inmueble correspondiente estuviera a paz y salvo de predial y complementarios para obtener el Certificado de Paz y Salvo sobre el inmueble materia de la transacción sino que adicionalmente el contribuyente estuviera a Paz y Salvo por razón de impuestos ajenos a la propiedad inmueble, tal como el de Industria y Comercio, así como todo otro inmueble radicado en cabeza del contribuyente, así para este no esté gestionando el Certificado de Paz y Salvo predial".

Además, se sostiene en la demanda que el parágrafo demandado rebasa igualmente lo previsto en el Decreto reglamentario 3496 de 1983, artículo 46, pues el certificado de paz y salvo se exige "del lote donde se va adelantar o se está adelantando la construcción; ...en otros términos, el Paz y Salvo Predial no supone que el propietario esté a paz y salvo con el Tesorero Municipal por todo concepto sino que el predio esté a paz y salvo..."

Así mismo, se afirma en la demanda que por idénticas motivaciones el acto acusado viola el artículo 1º de la Ley 33 de 1986 y el artículo 3º del Decreto 2088 de 1941, pues estas disposiciones se refieren al paz y salvo predial del inmueble que se grava o cambia de propietario.

Sentencia del Tribunal:

Denegó las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes razonamientos:

"...mediante el parágrafo 2º del artículo 7º del Acuerdo número 10 de 1977 en modo alguno se contradice el artículo de la Ley 33 o el artículo del Decreto 2088 de 1896 y 1941 respectivamente y ello, porque la ley en esa época como le competía, determinó la manera de los paz y salvos correspondientes para la enajenación o gravámenes de bienes raíces, pero la exigencia de que el propietario para obtener el paz y salvo correspondiente deba estar al día con el respectivo municipio en los impuestos por todo concepto, no contradice ni vulnera las normas señaladas en la demanda.

"La apreciación anterior de la Corporación también rige en cuanto al artículo señalado en la demanda de la Ley 14 de 1983 que se expidió precisamente por el Congreso de la República para fortalecer los fiscos de las entidades territoriales y teniendo en cuenta lógicamente que en cuanto a las atribuciones de los concejales mediante el artículo 197 de la Carta Constitucional, se señala entre otras, como atribuciones propias de esos concejos el ejercer conforme a la ley todo lo conveniente de la administración de ese distrito, determinando la estructura de la administración municipal".

"Igual circunstancia ocurre en relación al Decreto reglamentario de la Ley 14 de 1983, el 3496 del mismo año relativo a la

necesidad que tienen los propietarios de bienes raíces de presentar los respectivos certificados catastrales y los paz y salvos municipales correspondientes cuando tratan de protocolizar actos de transferencia, constitución o limitación del dominio de sus inmuebles, eventos en los cuales es imperativo para los notarios exigir el respectivo paz y salvo municipal, que vuelve y se repite, es una atribución propia de los municipios y que hace parte de la estructura del mismo y al exigirse, como se exige en el parágrafo aplicado, el de que el propietario esté al día con el tesoro municipal por todo concepto, no vulnera las normas señaladas en la demanda".

Concepto Fiscal:

Estima que las normas presuntamente violadas "son de orden general y el Acuerdo número 10 de 14 de noviembre de 1977 es concretamente, una reglamentación del cobro de impuestos, en este municipio de Neiva", pues condiciona a la persona que va a efectuar la transferencia o limitación del dominio ya que no sólo debe presentar el certificado de paz y salvo, referente al predio, sino que también debe demostrar su estado de paz y salvo por todo concepto. Y solicita la confirmación de la sentencia.

Consideraciones de la Sala:

El actor, en el escrito por medio del cual interpuso el recurso materia de esta providencia, reiteró los puntos de la demanda y agregó que "si bien es cierto que los municipios tienen como atribución propia lo relativo a la determinación de la estructura de la administración municipal y de allí se deriva su facultad impositiva, también lo es que estas atribuciones debe ejercerlas conforme a la ley". Insiste, pues, en que la norma atacada es violatoria de la Ley 14 de 1983, artículo 27, por cuanto esta norma solamente exige el paz y salvo predial correspondiente al inmueble enajenado o gravado. En consecuencia, sostiene que la exigencia del acto acusado "en el sentido de que para expedirse certificado de paz y salvo de un predio el propietario debe estar al día con el Tesoro Municipal por todo concepto, implica una transgresión de la ley..." Y que lo mismo ocurre en relación con lo previsto en el Decreto 3496 de 1983, artículo 46, puesto que hace relación únicamente al paz y salvo del lote donde se va a adelantar o se está adelantando la construcción.

Se observa:

El texto completo del artículo 7º del Acuerdo número 10 de 14 de noviembre de 1977 del cual hace parte el parágrafo 2º acusado, es del siguiente tenor:

"El pago del Impuesto Predial es exigible por semestres anticipados, cuyas cuotas del 50% del total, cada una, deberán satisfacerse en el curso de los meses de enero y julio de cada año. Sin embargo los contribuyentes pueden hacer los pagos por todo el año en un solo contado.

A los propietarios que así no lo hicieren se les liquidará intereses de mora al 2.5% mensual desde el día 1º de tales meses hasta el último día de aquel en que se efectúe el pago aplicando la fórmula de interés simple.

Parágrafo 1º— El Paz y Salvo Municipal es requisito para legalizar la venta o transferencia de una propiedad raíz y solamente podrá expedirse, previo el pago del impuesto predial por todo el año, pero la Tesorería exigirá previamente el Paz y Salvo de Valorización.

Parágrafo 2º— En caso de transferencia o limitación de dominio de una propiedad inmueble el certificado de Paz y Salvo debe referirse únicamente al predio materia del respectivo acto o contrato, pero el propietario debe estar al día con el Tesoro Municipal por todo concepto".

El actor demanda la nulidad de todo el parágrafo 2º, no obstante que al presentar el concepto de violación legal y hacer las alegaciones correspondientes circunscribe el punto de discusión a su última parte en cuanto exige que "el propietario debe estar al día con el Tesoro Municipal por todo concepto".

El artículo 1º de la Ley 33 de 1986 previene que "en los Departamentos en donde esté establecido el impuesto directo sobre la propiedad raíz, los notarios o los que hagan sus veces no prestarán su oficio en el otorgamiento de instrumentos que graven o cambien la propiedad de finca raíces, sino que se les presente por los interesados el comprobante de que la finca o fincas a que el instrumento va a referirse, estén a paz y salvo con el respectivo Tesoro departamental por lo que les corresponda por impuesto directo hasta la fecha del mismo otorgamiento".

El artículo 3º del Decreto 2088 de 9 de diciembre de 1941 contempla el evento del paz y salvo cuando el predio goce de exención del impuesto predial, aspecto ajeno a la *litis*.

Mas el artículo 2º *ibídem* sí previene como única exigencia el paz y salvo del impuesto predial respecto del inmueble de que se trate.

De su lado el artículo 27 de la Ley 14 de 1983 "por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales..." previene que para protocolizar actos de transferencias, constitución o limitación de dominio, el notario o quien haga sus veces, exigirá e insertará en el instrumento el certificado catastral y el paz y salvo municipal expedidos por la oficina de catastro o el tesorero municipal.

El artículo 46 del Decreto 3496 de 1983, reglamentario de dicha ley y que se denomina "certificados catastrales y paz y salvo municipal" repite la previsión del pretranscrito artículo 27 y agrega en su parágrafo que "cuando el paz y salvo municipal contenga el avalúo catastral del inmueble y el número predial no se exigirá el certificado catastral".

a) Considera la Sala en primer lugar que la Ley 33 de 1986 no es aplicable al evento *sub lite* porque se refiere al fisco departamental.

En segundo término que en virtud del artículo 2º del Decreto 2088 de 1941, de la Ley 14 de 1983 y su Decreto reglamentario 3496 de 1983, los paz y salvos que allí se contemplan para que se pueda hacer la protocolización de transacciones en bienes raíces son los de impuesto predial atinente al respectivo bien o los impuestos complementarios o relacionados directamente con el mismo inmueble y no a otros, luego un Acuerdo municipal debe respetar tales preceptos dado que en esta materia tributaria el Concejo Municipal ejerce una competencia subordinada (arts. 43 y 197, atribución 2ª de la Constitución Nacional; art. 169, atribución 2ª de la Ley 4ª de 1913, art. 93, atribución 1ª del Decreto 1333 de 1986) esto es, que no tiene autonomía para expedir los actos correspondientes, sino que debe someterse a las directrices y márgenes de acción que la ley y las ordenanzas les tracen;

b) De otro lado la facultad que se confiere a los Concejos Municipales de reglamentar el recaudo e inversión de "las contribuciones" (que incluye los impuestos, nota la Sala), por el artículo 169 de la Ley 4ª de 1913 y repetido hogaño en el artículo 93 del Decreto 1333 de 1986 "por el cual se expide el Código de Régimen Municipal", no puede de todas maneras rebasar el límite del impuesto cuya recaudación se trata de salvaguardar, esto es, que en tratándose del impuesto predial lo máximo que se puede exigir es el paz y salvo por concepto de dicho tributo y complementarios, y no extenderse por la vía de la generalidad, a otros, como serían paz y salvos del impuesto de industria y comercio, etc.

Valga por último rectificar, contrariamente a lo argumentado por el Tribunal para no acceder a la nulidad del acto acusado, que el requisito del paz y salvo con el erario municipal por todo concepto no puede fundarse en el artículo 197, facultad 3ª sobre determinación por los Concejos de la estructura de la Administración Municipal, porque ésta mira a la organización del municipio en sus distintos comportamientos de acuerdo con las diferentes funciones y necesidades del servicio público que se persigue satisfacer. Muy lejos está una cuestión de la otra.

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. Revócase la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila de 23 de junio de 1986.

Segundo. Declárase la nulidad del parágrafo 2º del Acuerdo número 10 de 14 de noviembre de 1977 expedido por el Concejo Municipal de la ciudad de Neiva en su siguiente proposición final "...pero el propietario debe estar al día con el Tesoro Municipal por todo concepto".

Tercero. Texto autenticado de esta providencia envíese al señor Alcalde Municipal de Neiva y al señor Presidente del Concejo Municipal de dicha ciudad.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente sentencia fue discutida y aprobada en sesión de esta Sala de dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PRESUPUESTO MUNICIPAL.—

En el presupuesto de gastos debe incluirse A LA LUZ DEL ARTICULO DEL DECRETO-LEY 1333 DE 1986, LA PARTIDA CONCERNIENTE A LA INHUMACION DE CADAVERES DE PERSONAS POBRES DE SOLEMNIDAD.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., quince de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Proyectó: *Doctor Hugo Cañizares Berbeo,* Magistrado auxiliar.

Expediente número 656. Actor: Humberto Duarte Fletcher.

De plano decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante judicial de la parte demandada, contra el auto de 7 de mayo de 1987 proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, en cuanto por dicho proveído se decretó la suspensión provisional del Acuerdo número 026 de diciembre 7 de 1986 expedido por el Concejo Municipal de Floridablanca (Santander) sobre presupuesto de rentas y gastos para la vigencia de 1987.

En efecto, el Tribunal Administrativo de Santander, al admitir la demanda mediante el proveído recurrido, estudió la medida previsoria impetrada por el actor y en el ordinal 2º del auto admisorio decretó la suspensión provisional del Acuerdo demandado en consideración a que el acto impugnado había violado directa y ostensiblemente los artículos 268 y 269 del Decreto-ley 1333 de 1986.

Dijo así el *a quo:*

"b) *Violación de los artículos 268 y 269 del Decreto-ley 1333 de 1986.* Al respecto la Sala examinó detenidamente todas y cada una de las 576 partidas apropiadas para los gastos de la vigencia presupuestal del año de 1987 del municipio de Floridablanca contenidas en el Acuerdo 026 de 7 de diciembre de 1986, sin encontrar que en dichas partidas haya sido incluida por el Concejo la necesaria para la inhumación de los cadáveres de las personas pobres de solemnidad tal y como lo preceptúa el artículo 268 del citado Decreto —Código de Régimen Municipal— y como el artículo 269, *ibídem,* declara que dicho gasto es obligatorio para el municipio, la falta de una partida con destinación específica

a dicha finalidad, constituye una clara violación de las normas citadas, que hace viable la suspensión provisional del acto demandado".

El recurrente por su parte, invocando los artículos 181 y 213 del Código Contencioso Administrativo, sustenta la apelación en la siguiente forma:

"1. Considera el Municipio de Floridablanca que las normas de los artículos 268 y 269 del Decreto 1333 de 1986 señalan una obligación que se encuentra cumplida en el acto demandado, como se aprecia en el artículo 220 del programa 3.1.1. del presupuesto general de ingresos y gastos contenido en el Acuerdo 026 de 1986 de Floridablanca. Esta partida fue incluida para sufragar gastos varios e imprevistos en una cuantía de doscientos cincuenta mil pesos moneda corriente ($ 250.000.00), que a juicio de el Alcalde satisface sobradamente las previsiones que ordenan las normas que el actor señala infringidas.

"Como se aprecia, los artículos 49 y 153 del presupuesto contienen igualmente sumas de dinero para destinarse en las otras secciones de la Administración y a gastos varios e imprevistos pero por cifras inferiores en razón a que no se verán afectadas por los costos a que se refiere el parágrafo del artículo 268 del Decreto 1333 de 1986.

"2. De otro lado, los mismos artículos 268 y 269 del Decreto 1333 de 1986, establece para los Concejos Municipales el deber de incluir *en el presupuesto de gastos* de cada vigencia, la partida necesaria para que los Municipios puedan asumir los costos que implique sepultar a sus habitantes pobres de solmenidad. Por tanto, de configurarse alguna omisión ésta tendría consecuencias exclusivamente en lo relacionado con el presupuesto *de gastos,* que para el caso presente se encuentra contenido en el artículo 2º del Acuerdo 026 de 1986 acto que no obstante lo anterior fue suspendido *en su totalidad,* aunque el honorable Tribunal no encontró argumentación válida frente al presupuesto de rentas, objeto del artículo 1º de la norma demandada".

Más adelante, entre los fundamentos de derecho, expone el recurrente:

"Las normas que se dicen violadas persiguen que el Municipio incluya el mecanismo presupuestal que en cada vigencia le permita atender los costos que implique sepultar a los pobres de solemnidad, pero no exigen que la partida necesaria reciba una denominación específica, es decir, que la Administración debe prever que exista respaldo pecuniario para afrontar los gastos que *eventualmente* se presenten por ese concepto. Como el procedimiento depende del razonamiento subjetivo del Alcalde, es este funcionario quien señala la ubicación, denominación y cuantía de la partida que habrá de satisfacer la exigencia legal de tan humanitario contenido como es la de los ya referidos artículos 268 y 269. En este caso el Alcalde de Floridablanca incluyó en un artículo del Programa 3.1.1., Departamento de Obras Públicas, Gastos Generales, número 220, denominándola 'Gastos varios e

imprevistos' por la suma de $ 250.000.00 que supera ampliamente la cantidad que usualmente se destinaría para este rubro en Obras Públicas. Es comprensible la ubicación que se le dio a la partida, si se agrega que en este Municipio, la Administración del Cementerio como de otros inmuebles de servicio comunitario, está encargada a la Sección de Obras Públicas".

En otro aparte del fundamento de derecho argüido por el apelante, expresa:

"Al conceder la suspensión provisional sobre la totalidad del Acuerdo, el honorable Tribunal excedió la prerrogativa constitucional del artículo 193, pues frente al artículo 1º del Acuerdo suspendido, esa Corporación no encontró tacha alguna hábil para fundamentar su decisión; tal vez si se hubiera tomado en cuenta la crítica referente a la extemporaneidad del Acuerdo hubiera podido llegar a tomar la decisión de suspenderlo totalmente pero como ya se vio la exigencia legal del artículo 268 del Código de Régimen Municipal sólo atañe al presupuesto de gastos, de donde se infiere finalmente que si hubiera sido procedente la medida de suspensión a prevención, ésta ha debido aplicarse exclusivamente sobre el artículo 2º del Acuerdo 026 de 1986".

Para resolver, la Sala hace las siguientes precisiones atinentes a la reiterada jurisprudencia sentada por la Corporación frente a la medida provisoria en acciones de simple nulidad, como la que está en estudio. Sobre ello se ha tenido en cuenta:

a) Que el acto acusado viole o desconozca una norma positiva de superior jerarquía;

b) Que el acto contra el cual se impetra la suspensión sea de contenido general y abstracto;

c) Que la violación imputada al acto infractor sea ostensible, manifiesta y directa, es decir, se pueda apreciar inmediatamente, en un primer intento, sin emplear ejercicios complicados de argumentación, ni en hechos cuya comprobación haya de ser objeto del proceso mismo y cuya apreciación debe hacerse en el momento de dictar sentencia.

Estas han sido las pautas tenidas en cuenta por la jurisdicción en el estudio de la medida cautelar consagrada en el capítulo correspondiente del Código Contencioso Administrativo, en tratándose de la acción de nulidad.

Por esto, ante la apelación interpuesta por el señor apoderado del Municipio de Floridablanca (Santander) contra la providencia proferida por el Tribunal *a quo*, basado precisamente en las normas que rigen y orientan tal medida precautelar, como son los artículos 193 de la Carta y 152 del Código Contencioso Administrativo, la Sala encuentra que le asiste razón al representante judicial del municipio afectado por la medida de suspensión decretada, pues el solo argumento de haber revisado las partidas presupuestales contenidas en el Acuerdo demandado, no es suficiente para declarar la suspensión e incluir en ella, las de rentas e ingresos que no guardan relación con la norma supuestamente violada.

En efecto, la norma invocada como violada por el acto acusado, es el artículo 268 del Decreto-ley 1333 de 25 de abril de 1986 —Código de Régimen Municipal—, cuyo texto literal es el siguiente:

> "Artículo 268. Los Concejos Municipales incluirán en los *presupuestos de gastos* de cada vigencia, la partida necesaria para la inhumación de cadáveres de personas pobres de solemnidad, *a juicio del alcalde.*
>
> "Parágrafo. En tal partida se incluirá el costo de las cajas mortuorias y de las cruces para la sepultura" (subrayas de la Sala para destacar).

Como se acaba de destacar, la norma legal está dirigida hacia el presupuesto de gastos, específicamente, y no habla o determina contra-partida en el presupuesto de rentas e ingresos, aunque es apenas obvio que exista, del rubro de ingresos ordinarios; pero de todas maneras, no está dirigida sino en tal sentido.

Así mismo, la ley consagró que tal partida fuera determinada a juicio del Alcalde, es decir, es dicho funcionario quien establece el rubro en donde debe incluirse y su cuantía. Esta norma legal (art. 269 del C. de R. M.) es una disposición que afecta o adiciona la normatividad que rige y orienta la preparación, presentación, trámite y manejo de los presupuestos municipales, los cuales deben seguir los lineamientos trazados en el orden nacional, de conformidad con lo consagrado en el Decreto-ley 294 de 1973, Orgánico del Presupuesto General de la Nación.

El artículo 8º del Decreto 294 de 1973, establece lo siguiente:

> "En desarrollo de lo dispuesto en los artículos 6º, 187 ordinal 7, 197 y 199 de la Constitución Nacional, las entidades territoriales de la República deberán seguir, en la preparación, presentación, trámite y manejo de sus presupuestos, normas y principios análogos a los consignados en el presente estatuto, conforme a la reglamentación que expida el Gobierno nacional".

Pues bien, conforme a las normas y principios desarrollados o contenidos en dicho Estatuto Orgánico (Decreto-ley 294 de 1973), analógicamente a éste, el presupuesto municipal contiene, en concordancia con lo consagrado en la Ley 5ª de 1918 (art. 3º), dos partes, "presupuesto de rentas y presupuesto de gastos, y deberá quedar equilibrado"; en éste último, debe incluirse a la luz del artículo 269 del Decreto 1333 de 1986, la partida de gastos concerniente a la inhumación de cadáveres de personas pobres de solemnidad. Así mismo, conforme al artículo 5º de la Ley 5ª de 1918, el presupuesto de gastos se divide en 8 departamentos, uno de los cuales es el de obras públicas (3º), en cuyo rubro 220, expresa el representante del Municipio de Floridablanca, fue incluida la partida de $ 250.000.00 para gastos varios e imprevistos, que por estar los inmuebles municipales a cargo de tal Departamentos "Obras Públicas", el cementerio como bien inmueble está cobijado por tal partida.

"Gastos e imprevistos", tal como lo define el Presupuesto Nacional, son "erogaciones especiales de carácter eventual o fortuito de

inaplazable e imprescindible realización", dentro del cual, en sentir de la Sala, quedó adecuadamente cumplida la exigencia consagrada en la norma legal invocada como violada.

Además, la misma ley de presupuesto establece que dichos gastos e imprevistos deben ser ejecutados mediante resolución motivada, suscrita por quien dirige el organismo, y previa aprobación y registro en la Oficina de Presupuesto.

Así mismo, la medida precautelar que se está apelando, excedió los límites de su concesión, pues cobija la totalidad de una disposición como el Presupuesto General del Municipio de Floridablanca, incluyendo en tal suspensión, Programas, Capítulos y Artículos que nada tienen que ver o guardan relación con la norma en la cual se basó el Tribunal *a quo*. Dicho exceso hace pensar que durante la etapa probatoria, en donde el actor puede aportar documentos o pruebas que permitan establecer con certeza si hubo o no violación de los artículos 268 y 269 del Decreto 1333 de 1986.

En este orden de ideas, el recurso tiende a prosperar y por lo mismo, se procederá a revocar el auto apelado en cuanto a la suspensión provisional se refiere.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

Revocar el ordinal segundo del auto de 7 de mayo de 1987, y en su lugar, negar la suspensión provisional solicitada.

Ejecutoriada la presente providencia, vuelvan las diligencias al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha quince de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez, Ausente con excusa.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS.— Liquidación y cobro.

A partir de la vigencia de la Ley 75 de 1986, que adicionó los artículos 37 de la Ley 14 de 1983 y 200 del Decreto 1333 de 1986, se produjo el fenómeno jurídico de la purga de ilegalidad y por tal razón no es procedente anular el artículo 106 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo Distrital de Bogotá.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintidós de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Proyectó: *Doctor José Antonio Castellanos Poveda.*

Referencia: Expediente número 1244. Asuntos Municipales. Actor: Asociación Bancaria contra La Nación. Apelación sentencia de abril 8 de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y suspensión provisional del artículo 106 del Acuerdo número 21 de 1983, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá. Fallo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 8 de abril de 1986, que declaró nulo el artículo 106 del Acuerdo número 21 de 1983, emanado del Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

La apoderada del Distrito Especial de Bogotá, mediante memorial visible a folio 227 del expediente interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 8 de abril de 1986, que declaró la nulidad del artículo 106 del Acuerdo número 21 emanado del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, en cuanto impone a las entidades del sector financiero la obligación de pagar el impuesto de avisos y tableros.

Antecedentes:

En memoriales visibles a folios 47 a 70 (demanda), 98 a 109 (alegato de conclusión), 134 a 140 (resumen de la audiencia) y 259 a 273 (alegato de segunda instancia), el apoderado de la Asociación Bancaria y demandante, pide la nulidad del artículo 106 del Acuerdo número 21 de 1983, dictado en uso de las facultades constitucionales y legales y en especial de las que le confiere la Ley 97 de 1913, la Ley 14 de 1983, y el artículo 13 del Decreto 3133 de 1968, por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

Sostiene la parte actora, como cuestión previa e incidental a la petición de nulidad y de conformación de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que el sector financiero ha sido colocado en situación de privilegio en materia del impuesto de industria y comercio.

Afirma (fls. 261 y ss.) que la Ley 14 de 1983, regula en el capítulo II el régimen general del impuesto de industria y comercio (arts. 32 a 40), allí se señalan los sujetos pasivos del gravamen, los hechos y bases imponibles, tarifas y se define cada una de las actividades sometidas a dicho impuesto.

Que el capítulo III, destaca las normas que someten a las entidades del sector financiero al impuesto de industria y comercio, las que regulan la base gravable, las tarifas del impuesto y las que conservan o mantienen el gravamen adicional a las entidades financieras, que no rige para ningún otro contribuyente de este impuesto. Afirma que en ninguna de las disposiciones del capítulo III, se establece que las entidades del sector financiero quedan sometidas al impuesto de avisos y tableros. Dice que el capítulo II establece un régimen general para las diferentes actividades industriales, comerciales y de servicios, y en el capítulo III "un régimen especial y específico para el sector financiero".

Hace hincapié el actor en la interpretación que debe dársele al artículo 41 de la Ley 14 de 1983 "según el cual las entidades financieras son sujetos del impuesto de industria y comercio *'de acuerdo con lo prescrito por esta ley'* " (Subraya del actor).

Se pregunta el actor si la expresión subrayada debe entenderse como referencia "a toda la ley y, en ella, a los demás capítulos de la misma o, por el contrario, la misma frase sólo está aludiendo al Capítulo III de la Ley 14". Igualmente expresa: "¿Es el régimen general y común de toda la ley el que también debe aplicarse el sector financiero? ¿o a este sector financiero solamente se le aplica el régimen especial y específico del nombrado Capítulo III?".

Para dilucidar su propia duda el demandante afirma que se puede aplicar al principio de la aplicación preferencial de las normas especiales sobre las disposiciones generales (art. 5º, Ley 57 de 1887; art. 10 del C. C.). Luego de un estudio y recuento histórico de la Ley 14 de 1983 concluye que por haberle dedicado dicha ley un capítulo especial, el tercero, al sector financiero, no está sometido dicho sector ni las entidades que lo confirman, al impuesto complementario de avisos y tableros.

Agrega que los antecedentes de la Ley 14 de 1983 (Decreto 3816 de 1982 y 393 de 1983), no se gravaba con impuesto de avisos y tableros al sector financiero y que de conformidad con la exposición de motivos y los distintos debates tanto en la Cámara como en el Senado, se respetó el articulado de los Decretos citados, tal como aparece en los *Anales* de 11 de mayo de 1983 (ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes). Así mismo en la ponencia para segundo debate en la misma Corporación se dijo: "El proyecto

presentado por el Gobierno nacional reúne el articulado de los Decretos números ...3815, 3816 de 1982 y...393, 394 de 1983 (Ver *anales* de 16 de junio de 1983, pág. 774, fl. 3 vto.)".

Igual ocurre con los debates en el Senado de la República (ver fls. 267 y 268). Sostiene, al referirse a los debates y a las conclusiones consignadas en tales documentos, que: "Los nombrados documentos públicos comprueben también, plenamente, que la expresión 'de acuerdo con los prescritos por esta ley' (art. 41, Ley 14), era reproducción de la frase 'de acuerdo con lo prescrito en este Decreto' (art. 1º, Decreto 3816), y por lo mismo, que dicha expresión *se refería* únicamente al *régimen especial* contenido en el capítulo III de la Ley 14 de 1983".

"Y el capítulo III de dicha Ley 14 no somete a las entidades del sector financiero al impuesto de avisos y tableros".

Concluye argumentando que existiendo para el sector financiero un régimen especial sobre el impuesto de industria y comercio (capítulo III de la Ley 14 de 1983) en el que no se incluye el impuesto de avisos y tableros, es este régimen de preferencial aplicación el que debe tenerse en cuenta y no aplicarle a dicho sector el impuesto complementario de avisos y tableros.

En sus diversos alegatos la demanda expresa que el artículo 106 del Acuerdo 21 de 1983 viola las siguientes disposiciones superiores: Ley 105 de 1927, artículo 29 en concordancia con el artículo 1º del Decreto legislativo 58 de 1955; Ley 14 de 1983, artículo 41 en concordancia con los artículos 2º y 20 de la Constitución Nacional; el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, artículo 10 del Código Civil; artículo 13, ordinal 2º del Decreto-ley 3133 de 1968 en concordancia con el ordinal 2º del artículo 197 de la Constitución Nacional.

La Fiscalía Sexta de la Corporación en su concepto de fondo solicita se revoque la sentencia apelada. Dijo el Ministerio Público:

"El Distrito Especial de Bogotá por intermedio de su representante judicial interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso de la referencia. Surtido el trámite propio de segunda instancia, corresponde al Ministerio Público emitir su concepto".

"La demanda".

"El abogado Francisco Eladio Gómez Mejía en nombre propio y como apoderado de la Asociación Bancaria, pide se declare la nulidad del artículo 106 del Acuerdo 21 de 1983 expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, en cuanto el mismo impone a las entidades del sector financiero, la obligación de pagar el impuesto de avisos y tableros consagrado en el artículo 25 de tal Acuerdo".

"Disposiciones violadas y concepto de la violación".

"Aduce el demandante que el artículo 106 del Acuerdo 21 de 1983 es violatorio del artículo 29 de la Ley 105 de 1927 en concordancia con el artículo 1º del Decreto legislativo 58 de 1955; del

artículo 41 de la Ley 14 de 1983 en concordancia con los artículos 2º y 20 de la Constitución Nacional; del artículo 5º de la Ley 57 de 1887 —art. 10 del C. C.—; y del artículo 13, ordinal 2º del Decreto-ley 3133 de 1968 en concordancia con el artículo 197, ordinal 2º de la Constitución".

"Sostiene el libelista que por virtud de los artículos 29 de la Ley 105 de 1927 y 1º del Decreto 58 de 1955 el sector financiero solamente puede ser gravado por los municipios con el impuesto de industria y comercio y que su régimen es el contenido en el Capítulo III de la Ley 14 de 1983, en el cual nada se dijo del impuesto de avisos y tableros con el que, por virtud de la norma acusada, aparece gravado".

"Agrega que el Cabildo aplicó el sector en mención el régimen general del impuesto de industria y comercio, desconociendo el régimen especial que en forma imperativa establece la tarifa que deben pagar las entidades financieras y, finalmente, afirma que el Concejo excedió sus atribuciones al votar el impuesto que nos ocupa, contrariando normas superiores".

"La sentencia".

"El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a la pretensión de la demanda, luego de concluir en un prolijo estudio que se está en presencia de un impuesto con tratamiento legal diferente, uno para las actividades comerciales, industriales y de servicios y otro para el sector financiero y que como respecto a este último no se contempla el impuesto de avisos y tableros, la disposición distrital no podía imponerlo".

"La apelación".

"El recurrente manifiesta su inconformidad con la sentencia apelada, argumentando que si bien el impuesto de avisos y tableros antes de la Ley 14 de 1983 era diferente al de industria y comercio y tenía autonomía propia, con la Ley 14 se convirtió en un complemento de éste y que si el impuesto de industria y comercio grava todas las actividades comerciales, industriales y de servicios, sin importar los sujetos, es obvio que a todos ellos obliga el complemento. Dice que el argumento de que el sector financiero se rige por un capítulo especial de la ley, es equivocado, porque el único tratamiento especial que éste tiene en la Ley 14, hace referencia a la base impositiva para la cuantificación del gravamen y discrepa del Tribunal en cuanto a que las entidades financieras son sujetos del impuesto de industria y comercio, no por ejercer actividades comerciales, industriales o de servicios, sino por el hecho de pertenecer al sector financiero, arguyendo que no hay duda de que su actividad es comercial pues sus ingresos operacionales corresponden según la legislación comercial, a actos de comercio".

"Consideraciones de la Fiscalía".

"La Fiscalía considera que para determinar si los cargos que el demandante hace a la norma acusada, tienen fundamento, basta

con despejar un interrogante: ¿La Ley 14 de 1983 sometió al impuesto de avisos y tableros a las entidades pertinentes al sector financiero? Si la respuesta es afirmativa, el Concejo de Bogotá interpretó correctamente la ley y no violó las disposiciones legales y constitucionales invocadas por el actor, pero si es negativa, la transgresión será evidente".

"El Tribunal llega a la conclusión negativa partiendo en nuestro sentir, y de una premisa equivocada. Aduce la Corporación que uno es el impuesto de industria y comercio que grava las actividades comerciales, industriales y de servicio, y otro el que grava las entidades financieras que son sujeto de dicho impuesto *'per se'*, es decir, por el solo hecho de pertenecer al sector. Razona entonces que si la Ley 14 de 1983 hizo recaer el impuesto de avisos y tableros sólo cuando se ejecuten actividades comerciales, industriales y de servicios, éste no puede ser aplicable a las entidades financieras que independientemente de sus actividades, son gravadas por el solo hecho de pertenecer a tal sector".

"Concluye así el Tribunal:

"En resumen, tenemos que, si a lo anteriormente expuesto le agregamos las diferencias que en su oportunidad se trazaron entre el impuesto de industria y comercio en general —en el cual se incluye el de avisos y tableros— y el impuesto de industria y comercio en el sector financiero, no queda la menor duda de que, por sus características diferentes y el tratamiento separado dado por la ley, se está en presencia de un impuesto con tratamiento legal diferente, uno para las actividades industriales, comerciales y de servicios, y, otro para el sector financiero; por lo tanto no permite que el impuesto de avisos y tableros le sea aplicable al sector financiero, por no contemplarlo".

"Para la Fiscalía es indudable que no se trata de dos impuestos de industria y comercio diferentes, y no siquiera de dos modalidades del impuesto. El impuesto es uno y la materia o hecho imponible es idéntico tanto para el común de los contribuyentes, como para los pertenecientes al sector financiero: Las actividades industriales, comerciales y de servicio".

"Desde antes de la expedición de la Ley 14 de 1983 y ahora con mayor razón, ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia que la materia o hecho imponible del impuesto de industria y comercio es la actividad, ya sea industrial, comercial o de servicio y que su verificación imputable a determinado sujeto, es lo que causa el nacimiento de la obligación. De manera que no es la naturaleza del sujeto pasivo lo que grava la ley en el caso de las entidades financieras, sino la actividad de servicio de intermediación financiera que estos desarrollan y que, al tenor del artículo 32 de la Ley 14 de 1983, constituye materia imponible".

"No puede afirmarse por consiguiente, sin caer en un sofisma de distracción, que los Capítulos II y III de la Ley 14 de 1983 se ocupen de materias diferentes y que las disposiciones del

primero solamente sean aplicables a quienes desarrollen actividades industriales, comerciales y de servicio, no al sector financiero que se rige exclusivamente por el Capítulo III".

"Ciertamente la Ley 14 de 1983 dio un tratamiento especial al sector financiero, pero ese tratamiento especial sólo se reduce a dos elementos: La base imponible y la tarifa, lo cual es explicable si tenemos en cuenta que la base imponible del impuesto está configurada por los ingresos brutos obtenidos por la respectiva actividad y en el sector financiero no todos los ingresos son retributivos de servicios, sino sólo los que la misma ley llamó ingresos operacionales. De estos dos elementos se ocupa el Capítulo III sin mencionar la materia imponible, razón suficiente para afirmar que no es éste un estatuto independiente, pues sabido es que si no hay hecho imponible no existe base gravable".

"Debemos concluir entonces, que los Capítulos II y III de la Ley 14 de 1983 se refieren a un mismo impuesto, y que las disposiciones del II como normas generales que son, son aplicables a los sujetos a que se refiere el III, claro está en aquello en que no se haya exceptuado expresamente o estipulado regulación especial en contrario".

"Por otra parte, en relación con el impuesto de avisos y tableros, son entrar a analizar si a partir de la expedición de la Ley 14 de 1983 únicamente son sujetos potenciales del impuesto los que desarrollan actividades comerciales, industriales y de servicio, tema que no tiene interés jurídico en el caso que nos ocupa, lo cierto es que el artículo 37 de la ley al disponer que en adelante se 'liquidará' y 'cobrará' a todas las actividades comerciales industriales y de servicio, constituyó en sujeto pasivo del impuesto a los sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio y al ordenar que se cobre como complemento, convirtió el tributo en complementario de éste".

"En este orden de ideas, si son sujetos del impuesto de avisos y tableros quienes desarrollen actividades industriales, comerciales y de servicio y las entidades financieras desarrollan actividades de servicio y, por otra parte, el impuesto de avisos y tableros es complementario del tributo de industria y comercio y también las entidades financieras se encuentran sometidas a este gravamen, para la Fiscalía es evidente que el sector financiero está sometido por la ley tanto al impuesto de industria y comercio como a su complementario de avisos y tableros".

"Por las consideraciones expuestas, la Fiscalía identificándose con los argumentos de los dos importantes salvamentos de voto de las Magistradas De la Lombana de Magyaroff y Salgado de Gutiérrez, conceptúa que el artículo 21 de 1983, en cuanto impone a las entidades del sector financiero la obligación de pagar el impuesto de avisos y tableros consagrado en el artículo 25 del mismo Acuerdo, no es violatorio de la Ley 14 de 1983 y por consiguiente no contraría las disposiciones legales y constitucionales invocadas por el demandante".

"Solicita la Fiscalía por tanto, a la honorable Sala, *revoque* la sentencia apelada y en su lugar *deniegue* las súplicas de la demanda".

Consideraciones de la Sala:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca apoyó su sentencia por la cual declaró la nulidad del artículo 106 del Acuerdo número 21 de 1983, entre otras, en las consideraciones siguientes:

"En resumen, tenemos que, si a lo anteriormente expuesto le agregamos las diferencias que en su oportunidad se trazaron entre el impuesto de industria y comercio en general —en el cual se incluye el de avisos y tableros— y el impuesto de industria y comercio en el sector financiero, no queda la menor duda que, por sus características diferentes y el tratamiento separado dado por la ley, se está en presencia de un impuesto con tratamiento legal diferente, uno para las actividades industriales, comerciales y de servicio, y, otro para el sector financiero; por lo tanto, no permite que el impuesto de avisos y tableros le sea aplicable al sector financiero por no contemplarlo" (fls. 199 y 200 del expediente).

El aparte transcrito de la sentencia apelada permite concluir que el Tribunal consideró en forma errada la coexistencia de dos clases de impuesto de industria y comercio: Uno para quienes desarrollan actividades comerciales, industriales o de servicios, y otra especial, por tener capítulo separado en el texto de la Ley 14 de 1983. A la primera la denomina o cataloga como forma general y a la contenida en el Capítulo III de la ley, la califica como preferencial. Este impuesto lo considera especial por afectar a las entidades del sector financiero.

Observa la Sala que la cuestión fue decidida por el Congreso Nacional en el artículo 78 de la Ley 75 de 1986, publicada en el Diario Oficial número 37742 de 24 de diciembre de ese año, en el cual dice: "Adiciónase los artículos 37 de la Ley 14 de 1983 y 200 del Decreto 1333 de 1986, en el sentido de que al sector financiero al cual hace referencia los artículos 41 y 48 de la Ley 14 de 1983, también se liquidará y cobrará el impuesto de avisos y tableros autorizado por las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915".

La norma anterior la interpreta la Sala en el sentido de que no se trata ciertamente de una norma que aclara el sentido de otra, porque no lo dice, sino de una reforma o adición al artículo 37 de la Ley 14 de 1983, y al artículo 200 del Decreto 1333 de 1986. Así las cosas, el impuesto de avisos y tableros a los Bancos y demás instituciones financieras, sólo se cobrará a partir de la vigencia de la Ley 75 de 1986. La Sala estima que este Acuerdo no tenía respaldo legal entre la fecha de su promulgación y la de vigencia de la Ley 75 de 1986, y que a partir de esta fecha se produjo el fenómeno jurídico de purga de ilegalidad y por tal razón no es procedente anular el artículo 106 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo Distrital de Bogotá.

En consideración a lo anterior, 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:

Revócase la sentencia apelada y deniéganse las súplicas de la demanda. El impuesto de avisos y tableros sólo se cobrará a los Bancos y entidades del sector financiero a partir de la promulgación de la Ley 75 de 1986.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sala; *Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CONCEJOS MUNICIPALES.— Atribuciones otorgadas al Ejecutivo local. Artículo 197-7 de la Constitución Nacional.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo Municipal de Ibagué número 046 de 8 de septiembre de 1983, en cuanto al artículo 2º. Levantar dicha suspensión respecto del artículo 1º de dicho Acuerdo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinte de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 866. Demandante: Luis Angel Martínez Sendoya.

Se resuelve de plano el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Municipio de Ibagué, contra el auto de 21 de octubre del año pasado, por medio del cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, dentro del juicio de nulidad del Acuerdo número 046, y otros, proferidos por el Concejo Municipal de la mencionada ciudad, decretó la suspensión provisional de dicho Acuerdo.

Acto suspendido:

Su texto es el siguiente:

"*Acuerdo número 046* de 1983 (septiembre 8). *Por medio del cual se incorpora un sector al perímetro urbano de la ciudad. El Concejo Municipal de Ibagué,* en uso de sus atribuciones, *acuerda:*

"*Artículo 1º* Incorpórase el sector denominado 'Chapetón' al perímetro urbano de la ciudad.

"*Artículo 2º* Autorízase al Ejecutivo Municipal para modificar en lo pertinente el Plan Piloto y el Código de Desarrollo Urbano de la ciudad, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo anterior.

"*Artículo 3º* El presente Acuerdo rige desde su sanción".

Decisión del Tribunal:

Consideró el *a quo,* acogiendo el planteamiento del libelista, que el artículo 2º del acto transcrito es violatorio, *prima facie,* del artículo

197, ordinal 7º de la Carta "por cuanto no fueron limitadas en el tiempo las facultades concedidas al Ejecutivo", pues la norma constitucional citada expresa textualmente lo siguiente:

> "Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:
>
> "
>
> "7ª Autorizar al Alcalde para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes municipales y ejercer, *pro témpore*, precisas funciones de las que le corresponden a los Concejos".

Sobre dicho punto concluyó el *a quo* que el Acuerdo número 046 de 1983 es violatorio, en forma ostensible, de la citada norma constitucional y, por ende, resolvió suspenderlo provisionalmente, en su totalidad.

Contra la anterior decisión apeló el apoderado judicial del Municipio de Ibagué.

Consideraciones de la Sala:

Argumentó el apelante que ciertamente el artículo 2º del Acuerdo 046 de 1983 no precisó el tiempo dentro del cual el Alcalde podía hacer uso de las facultades otorgadas por el Concejo, consistentes en modificar en lo pertinente al Plan Piloto y el Código de Desarrollo Urbano de la ciudad de Ibagué, pero que dichas facultades "no fueron ejercidas por el funcionario delegado", y textualmente afirma lo siguiente:

> "Acaso hubiera resultado procedente la suspensión del solo artículo 2º del Acuerdo 046 en cuanto no se señaló el lapso temporal de ejercicio de las facultades delegadas por el honorable Concejo, al señor Alcalde; mas si como lo afirma la misma demanda, 'no se sabe si el Ejecutivo hizo uso de esas facultades' no existe razón alguna para decretar la suspensión provisional de una norma que no ha producido ningún efecto, pues la delegación otorgada no se ha utilizado por parte del funcionario delegado. Y el primer artículo del mismo acuerdo suspendido se integra en un solo acto con los acuerdos que lo desarrollan, por lo que tampoco resultaba ajustado al objetivo de la acción popular de anulación la suspensión de normas que no violan ningún precepto legal".

Así las cosas, son dos los planteamientos que motivan la inconformidad del apelante: Que no era procedente decretar la suspensión provisional del artículo 2º del Acuerdo 046 de 1983, por cuanto el Alcalde no hizo o no ha hecho uso de la facultad que dicha norma le confiere, y que no resulta ajustada a la acción de anulación la suspensión provisional del artículo 1º del mencionado Acuerdo, por cuanto dicha norma no es desconocedora de ningún precepto legal.

Entiende la Sala, en primer lugar, que el contenido de un acto administrativo que aún no ha producido efectos no es óbice para que

a través de la acción de nulidad sea susceptible de la suspensión provisional, por cuanto la constitucionalidad o legalidad de dicho acto no se deriva de que se haya, o no, utilizado o hecho ejercicio del mismo. Y, en segundo término, que un acto administrativo, cuyo contenido no es transgresor de ningún precepto superior, no es susceptible de dicha medida cautelar por el solo hecho de que su cumplimiento dependa de otro acto que sí amerita tal medida.

O sea que, para el caso *sub júdice*, el artículo 2º del Acuerdo 046 sí es susceptible de la suspensión provisional por infringir el artículo 197, ordinal 7º de la Carta, y que para el artículo 1º del mismo Acuerdo no es viable dicha medida cautelar por cuanto éste no quebranta manifiestamente ningún precepto superior, así esté subordinado su cumplimiento al artículo 2º *ibídem*.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, *confirma* la suspensión provisional proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, en auto de 21 de octubre del año pasado, pero en cuanto al artículo segundo (2º) del Acuerdo número 046 de 8 de septiembre de 1983, proferido por el Concejo Municipal de Ibagué.

Se levanta dicha suspensión respecto del artículo primero (1º) de dicho Acuerdo.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de diecisiete (17) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO II

ACTOS DEL ALCALDE

ACUERDOS MUNICIPALES. ACTOS DE LOS ALCALDES.— Revisión ante el Tribunal competente.

Bajo la vigencia de la reformada atribución 8ª del artículo 194 de la Constitución Nacional, tanto los actos de los Concejos Municipales como los de los Alcaldes, son revisables ante el Tribunal competente para que se decida sobre su validez.

CONTRA LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS SOBRE EXEQUIBILIDAD DE LOS ACTOS PUESTOS A SU REVISION NO PROCEDE RECURSO ALGUNO.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 719. Actor: Gobernación del Departamento del Tolima.

Resuelve la Sala el recurso de queja interpuesto por el impugnador de la demanda señor Luis Angel Martínez Sendoya, contra el auto de 16 de julio de 1987 que negó la apelación de la sentencia de 24 de junio del mismo año, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que declaró inexequible el Decreto 203 de 30 de diciembre de 1986 expedido por el Alcalde Municipal del Espinal (Tolima), que adopta el presupuesto de rentas y gastos del mismo municipio para la vigencia fiscal del año 1987.

El recurso llena los requisitos establecidos por el artículo 378 del Código de Procedimiento Civil, por remisión que hace el artículo 182 del Código Contencioso Administrativo.

Expone el recurrente en su escrito visible a folios 118 a 119, en lo esencial:

"1º Mediante la sentencia calendada el veinticuatro (24) de junio del corriente año, el Tribunal declaró no probadas las excepciones propuestas por el apoderado del Municipio del Espinal; y la inexequibilidad del Decreto 203 de 30 de diciembre de 1986, proferido por el Alcalde del Espinal, por el cual se adoptó el presupuesto de rentas y gastos para la vigencia fiscal de 1987.

"2º Contra lo desfavorable total de dicha sentencia y en mi calidad de parte impugnante, interpuse el recurso de apelación

mediante memorial presentado el treinta (30) del mismo mes, justificando ampliamente por qué decisiones de esta naturaleza sí son —o pueden ser— susceptibles de ser cuestionadas a través del recurso de apelación. No se trata, pues, de una posición caprichosa, sino encaminada a obtener necesarias construcciones jurisprudenciales sobre el particular.

"3º El Tribunal negó el recurso por improcedente (?), en providencia de 16 de julio siguiente; y contra esta providencia se interpuso el recurso de reposición previo al de queja, con petición subsidiaria de las copias indispensables para recurrir en queja ante el superior.

"4º El primero (1º) de los corrientes se profirió un nuevo auto del Tribunal denegando la reposición, vale decir, manteniendo una posición negativa frente a la concesión del recurso de apelación; pero disponiendo la expedición de las copias para el presente recurso".

Concluye el recurrente con las siguientes peticiones:

"1º Que se declare mal denegado por el Tribunal el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de veinticuatro (24) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987), en la actuación que se indicó en la referencia.

"2º Consecuencialmente que se conceda el recurso denegado y se dé cuenta al Tribunal, para los efectos indicados en el penúltimo inciso del artículo 378 del Código de Procedimiento Civil.

"3º Que se conceda el término legal para sustentar el recurso".

Se considera:

Está consagrado en el artículo 378 del Código de Procedimiento Civil, inciso 6º que una vez recibidas las copias, dentro del término de 5 días ha de formularse el recurso ante el superior "con expresión de los fundamentos que se invoquen para que se conceda", fundamentos estos, que la Sala no encuentra en el escrito presentado ante esta Corporación. Simplemente, el recurrente hace una relación de actuaciones surtidas o como las denomina el quejoso, una serie de "itinerarios" con los cuales pretende "obtener necesarias construcciones jurisprudenciales sobre el particular".

No obstante, la falta de sustentación o fundamentación en el sentido estricto de la palabra, la Sala entra a conocer del recurso interpuesto, con base en que el recurso de apelación sea procedente, que quien lo interpuso esté legitimado para ello, haya sido en tiempo y conforme a los preceptos legales, es decir, con las exigencias del artículo 378 del Código de Procedimiento Civil.

Trata el caso *sub exámine*, de la acción de revisión que ejercen los Tribunales Administrativos frente a la atribución 8ª del artículo 194 de la Constitución Nacional, desarrollada o ejecutada por la ley. Antes del Acto legislativo 1 de 1986, la norma constitucional consagraba:

"Artículo 194. Son atribuciones del Gobernador:

"……

"8ª Revisar los actos de los Concejos Municipales y los de los Alcaldes, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, revocar los últimos y pasar los primeros al Tribunal competente para que éste decida sobre su exequibilidad".

El Acto legislativo número 1 de 1986, artículo 4º, modificó esta norma en el siguiente sentido:

"La atribución octava del artículo 194 de la Constitución Política quedará así:

"Revisar los actos de los Concejos Municipales y de los Alcaldes y por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez".

Como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corporación, se trata no de una demanda en el sentido mismo en que el derecho procesal la considera, en donde se presupone una controversia y ésta puede ventilarse entre partes. "Los actos de los Concejos Municipales que el Gobernador considere inconstitucionales o ilegales, no ya inconvenientes, debe pasarlos sin más actuación al Tribunal Administrativo para que éste decida sobre su exequibilidad, sin dar lugar a objeciones respecto al Acuerdo, porque el Gobernador no tiene atribución de hacerlo" (sentencia de abril 12 de 1951).

Entonces regía la atribución 8ª del artículo 194 de la Constitución Política, primeramente transcrita, en donde sólo los actos de los Concejos Municipales eran susceptibles de revisión ante el Tribunal Administrativo competente y los actos de los Alcaldes eran revocables por el Gobernador.

Ahora, bajo la vigencia de la reformada atribución 8ª del artículo 194 de la Constitución Nacional, tanto los actos de los Concejos Municipales como los de los Alcaldes, son revisables ante el Tribunal competente para que decida sobre su validez.

Este es el caso *sub lite*, en donde el señor Gobernador del Tolima pasó al Tribunal Administrativo correspondiente para que decidiera sobre su exequibilidad, el Decreto expedido por el Alcalde del Espinal mediante el cual se adoptó el presupuesto de rentas y gastos municipales para la vigencia fiscal de 1987.

Ahora bien, en desarrollo de facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 11 de 1986, el Ejecutivo expidió el Decreto 1333 del mismo año, por el cual se expide el Código de Régimen Municipal, que en su artículo 121 establece un trámite especial para la revisión de los actos antes aludidos, a saber:

"Artículo 121. Al escrito de que trata el artículo anterior, en el Tribunal Administrativo se dará el siguiente trámite:

"1. Si el escrito reúne los requisitos de ley, el Magistrado ordenará que el negocio se fije en lista por el término de diez (10) días durante los cuales el Fiscal de la Corporación y cualquiera

otra persona podrá intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas.

"2. Vencido el término de fijación en lista se decretarán las pruebas pedidas por el Gobernador y los demás intervinientes. Para la práctica de las mismas se señalará término no superior a diez (10) días.

"3. Practicadas las pruebas pasará el asunto al despacho para el fallo. El Magistrado dispondrá de diez (10) días para la elaboración de la ponencia y el Tribunal de otros diez (10) días para decidir. *Contra esta decisión, que produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados, no procederá recurso alguno"* (Subraya la Sala para destacar).

Pues bien, de lo anotado antes, está claro que en el presente caso, las decisiones de los Tribunales Administrativos sobre exequibilidad de los actos puestos a su revisión, no procede recurso alguno, sin que esta norma sea susceptible de interpretación distinta al contenido mismo de la oración en ella consagrada.

Por lo tanto, como se dijo atrás, no procediendo apelación contra las decisiones de esta naturaleza, no le asiste razón a quien recurrió en queja ante esta Corporación pretendiendo sea concedido un recurso inexistente para el caso examinado.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

Confirmar el auto de 16 de julio de 1987, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Ejecutoriada la presente providencia, vuelvan las diligencias al Tribunal de origen y anéxense al expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL. FACULTADES DEL ALCALDE MAYOR PARA ADOPCION DE ESTATUTOS INTERNOS DE LA EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PUBLICOS —EDIS.—

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dieciocho de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 688. Asuntos Departamentales. Actor: Ricardo Aníbal Godoy Suárez.

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 26 de marzo de 1987, en la cual fueron denegadas las pretensiones de la demanda formulada por el doctor Ricardo Aníbal Godoy Suárez tendientes a obtener la nulidad del Decreto 1393 de diciembre 30 de 1971 dictado por el señor Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, así como del Acta número 22 de diciembre 3 del mismo año de la Junta Directiva de la Empresa Distrital de Servicios Públicos, actos por medio de los cuales se adoptaron los Estatutos de la empresa en mención.

En los hechos de la demanda dijo el actor que la Ley 72 de 1926 facultó al Concejo Municipal de Bogotá para delegar al alcalde las facultades necesarias para el buen servicio de la Administración en desarrollo de lo cual aquella entidad por medio del artículo 4º del Acuerdo 30 de 1958 prescribió que el Alcalde Mayor dentro de sus facultades reglamentarias determinará por decretos los estatutos orgánicos de la Empresa Distrital de Aseo. Igualmente por el artículo 5º del Acuerdo 75 de 1960 se estableció que el alcalde mayor dentro de sus facultades reglamentarias "determinará por decretos las reformas que se estimen necesarias a los estatutos orgánicos de la Empresa Distrital de Servicios Públicos". Que la Ley 153 de 1887 dice que la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente y que mediante el Acto legislativo número 1º de 1968 se reformaron varios artículos de la Carta, y en el artículo 197 se determinaron las atribuciones de los Concejos, quedando a raíz de estas innovaciones constitucionales reformadas o derogadas todas las normas jurídicas anteriores a la reforma de 1968 que fueren contrarias a su letra o a su espíritu, entre las cuales es necesario señalar el artículo 7º de la Ley 72 de 1926 y los Acuerdos Distritales aquí mencionados. Que en uso de las facultades conferidas al Presidente de la República por la Ley 33 de 1968, se profirió el Decreto 3133 de 1968 que en su artículo 2º extendió al Concejo de Bogotá las facultades constitucionales de las

Asambleas; el artículo 13 precisó aún más las atribuciones del Concejo Distrital de Bogotá y en el artículo 74 estableció que "Las Juntas Directivas de las Empresas Descentralizadas del Distrito dictarán los Estatutos de las respectivas empresas y sus reformas, los cuales deberán ser aprobados por decreto del Alcalde Mayor de Bogotá y elevados a escritura pública". Y dice el demandante, que con este precepto se violaron ostensiblemente los numerales 3 y 4 del artículo 197 de la Constitución Nacional que atribuyen en forma precisa la facultad de determinar la estructura de la Administración Municipal y "las funciones de las diferentes dependencias" a los Concejos Municipales y que los artículos 194 de la Carta, 184 de la Ley 4ª de 1913 y 16 del Decreto-ley 3133 de 1968 fijaron con toda nitidez las facultades del alcalde mayor del Distrito Especial de Bogotá. Y concluye el demandante aseverando que tres años después de haber entrado en vigencia el Acto legislativo número 1 de 1968, el señor Alcalde de Bogotá adoptó mediante el Decreto acusado los Estatutos Orgánicos de la Empresa Distrital de Servicios Públicos "EDIS" con fundamento en una norma que había sido derogada por el propio Acto legislativo.

En la demanda se indicaron las disposiciones violadas y se enunció el concepto de la violación.

Como ya se dijo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las peticiones de la demanda, pues no advirtió las violaciones de los preceptos señalados por el demandante por parte del Decreto 1393 de 1971 y del Acta número 22 de la sesión de la Junta Directiva de las Empresas de Servicios Públicos EDIS, de diciembre 3 del mismo año, acusados. El actor ha apelado de esta decisión y en el Consejo de Estado tanto el Distrito Especial de Bogotá como la Empresa Distrital de Servicios presentaron sus alegatos escritos. Así mismo, el señor agente del Ministerio Público al descorrer el traslado que se le hizo, expresa que como el recurso no fue debidamente sustentado de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 212 del Código Contencioso Administrativo se deberá declarar desierto el mismo y ejecutoriada la sentencia del *a quo*.

La Sala no comparte el parecer del señor Fiscal, pues es evidente, tal como se aprecia a folios 6 y 7 del cuaderno número 2, que el actor Ricardo Aníbal Godoy Suárez, mal que bien, sustentó el recurso de apelación que había interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Cundinamarca; y a pesar de que dice que posteriormente presentará un análisis más profundo sobre aspectos de la sentencia, al final de su escrito dice: "Dejo en estos términos sustentado el recurso de apelación, oportunamente interpuesto". En el mismo escrito pide el recurrente sea revocada la sentencia del Tribunal, argumentado que no cabe duda alguna en el sentido de que la facultad otorgada por el Concejo Distrital de Bogotá al Alcalde Mayor era para "determinar o reformar los estatutos orgánicos de la 'EDIS' ", pero que no obstante haberse demostrado por parte de la demanda que los estatutos adoptados mediante los actos acusados son orgánicos, el fallador de la primera instancia concluyó diciendo que los estatutos acusados no eran orgánicos sino internos, desconociendo así el contenido verdadero de los estatutos adoptados por medio del Decreto demandado que están muy lejos de ser comparados o confundidos con los llamados orgánicos.

Se ha controvertido en el presente proceso la legalidad del Decreto 1393 de diciembre 30 de 1971 expedido por el señor Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, mediante el cual se adoptaron los Estatutos de la Empresa Distrital de Servicios Públicos "EDIS" contenidos en el Acta número 22 de 3 de diciembre del mismo año, de su Junta Directiva, también objeto de impugnación, pues en sentir de la demanda fueron expedidos por funcionarios que carecían de competencia para ello, puesto que el Decreto se apoyó en normas derogadas por el Acto legislativo número 1 de 1968, que es reformatorio y derogatorio de la legislación preexistente, fuera de que los preceptos que lo desarrollan no otorgan en parte alguna facultad al alcalde para expedir los estatutos de los entes descentralizados, facultad que es privativa del Concejo.

La Sala ha estudiado cuidadosamente el informativo con miras a la decisión del recurso de apelación interpuesto y ha encontrado que el Tribunal en su fallo hace un juicioso y extenso estudio del caso materia de la demanda, analizando pormenorizadamente y tratando a espacio todas y cada una de las situaciones planteadas en el libelo que le permitieron llegar a las conclusiones que consignó en su fallo. Y como la Sala comparte los serios conceptos allí expuestos, transcribe en lo pertinente la sentencia como parte motiva de esta providencia, puesto que no tendría sentido alguno expresar con otras palabras lo que allí se expresa con tanta claridad.

En primer lugar, en relación con la facultad del Alcalde Distrital de Bogotá para determinar los estatutos orgánicos de la Empresa de Servicios Públicos, expresa el Tribunal:

"Se encuentra acreditado en el expediente que la Empresa Distrital de Servicios Públicos —EDIS— fue creada por el Concejo Municipal del Distrito Especial de Bogotá mediante el Acuerdo número 30 de 1958 con el nombre de 'Empresa Distrital de Aseo' y que luego fue reorganizada por el mismo Concejo por el Acuerdo número 75 de 1960 que la denominó 'Empresa Distrital de Servicios Públicos'. Y en el artículo 4º del primer Acuerdo mencionado se dispuso lo siguiente: 'El Alcalde Mayor, dentro de sus facultades reglamentarias, determinará por decretos los estatutos orgánicos de la Empresa Distrital de Aseo, con sujeción a las normas del presente Acuerdo, y al proyecto que le someta la Junta Directiva que se establece en el artículo siguiente'. En el artículo 5º del Acuerdo 75 de 1960, se estableció: 'El Alcalde Mayor, dentro de sus facultades reglamentarias, determinará por decretos las reformas que se estimen necesarias a los estatutos orgánicos de la Empresa Distrital de Servicios Públicos, para acomodarlos a las disposiciones del presente Acuerdo, con sujeción al proyecto que le someta la Junta Directiva de la Empresa'.

"...Sucedió sin embargo, que el Alcalde Mayor de la ciudad no hizo uso de las atribuciones conferidas por el Concejo antes de la expedición del Acto legislativo número 1 de 1968, pues la adopción de los estatutos de la Empresa Distrital de Servicios Públicos la hizo mediante el acto acusado, de fecha 30 de diciembre de 1971, por lo cual surgió la discusión en cuanto al punto de si el alcalde aún podía ejer-

cer esa atribución o si, por el contrario, en virtud de la reforma constitucional y de la nueva legislación surgida como desarrollo de la misma, había desaparecido esa facultad.

"...Las atribuciones señaladas en el artículo 197 de la Constitución Nacional a los Concejos Municipales también son aplicables al Concejo de Bogotá, pues si bien es cierto que el artículo 199 *ibídem* dispone que la ciudad de Bogotá será organizada como un Distrito Especial, sin sujeción al régimen ordinario y dentro de las condiciones que fije la ley, ésta, reflejada en el Decreto número 3133 de 1968, preceptuó en su artículo 13 que el Cabildo Distrital tiene las atribuciones constitucionales y legales conferidas a los Concejos Municipales, además de las especiales que mencionó en esa misma norma, dentro de las cuales se consagran, entre otras, en su esencia, las mismas facultades conferidas en los citados numerales 3, 4 y 7 del artículo 197. Es que en materia de facultades del Concejo de Bogotá y también del Alcalde Mayor existe un régimen muy especial, por cuanto según el artículo 2º del Decreto 3133 de 1968, tienen las atribuciones administrativas conferidas en la Constitución y en la ley a las Asambleas y a los gobernadores, respectivamente, y las señaladas en la Constitución y la ley a los Concejos y Alcaldes Municipales, así como las propias indicadas en los artículos 13 y 17 del mismo Decreto".

Y en segundo lugar, en cuanto a los cargos específicos formulados en la demanda, se expresa el Tribunal así en relación con ellos: Primer cargo, violación del numeral 3º del artículo 197 de la Carta:

"En el caso *sub judice*, no se advierte la violación del precepto, por cuanto al aprobar los estatutos de la Empresa Distrital de Servicios Públicos, el Alcalde Mayor no está determinando la estructura de la administración distrital, debido a que dicha empresa ya se encontraba creada y constituida conforme a los Acuerdos números 30 de 1958 y 75 de 1960 del Concejo de Bogotá, y, de otra parte, no se discute la variación de esa estructura con la expedición del acto acusado.

"De otro lado, resulta incuestionable que tampoco se está desconociendo la indicada norma constitucional en la parte que señala como una de las atribuciones de los Concejos Municipales la de determinar 'las funciones de las diferentes dependencias', en consideración a que esas funciones generales a que se refiere la disposición, como ya se anotó, las consagró el Concejo Distrital en los Acuerdos de creación y de reorganización de la empresa, en forma tal que las mencionadas en los estatutos son unas funciones especiales detalladas, en desarrollo de aquellos Acuerdos".

Segundo cargo. Violación del numeral 4º del artículo 197 de la Constitución. Dice el Tribunal:

"El actor afirma que la facultad de crear los establecimientos públicos a cargo del Concejo comprende también la de su modificación o extinción y la elaboración de los estatutos orgánicos de esos entes descentralizados.

"Este planteamiento resulta igualmente violado solo que, de una parte el actor no indica que con el acto acusado el Alcalde haya mo-

dificado en algún sentido las decisiones del Concejo Distrital contenidas en los Acuerdos de creación y reorganización de la Empresa Distrital de Servicios Públicos y, de otra, que en realidad los estatutos adoptados por medio del Decreto impugnado no son los orgánicos, sino los propios o internos de la entidad, pues aquellos están comprendidos en los mencionados Acuerdos de creación y reorganización de la citada empresa —los números 30 de 1958 y 75 de 1960—.

"Ocurre que las entidades descentralizadas tienen varios estatutos, como así lo ha entendido la jurisprudencia y la doctrina al interpretar las normas constitucionales y legales que tocan ese punto. Recogiendo las distintas interpretaciones que sobre el tema se han dado, se pueden identificar las siguientes clases de estatutos:

"a) Estatutos básicos son aquellos que aparecen consagrados en normas generales aplicables a todas las entidades descentralizadas y que constituyen para el orden nacional, con los Decretos 1050 y 3130 de 1968, un desarrollo del artículo 76, numeral 10 de la Constitución Nacional, en cuanto señala como una de las atribuciones del Congreso la de 'expedir los estatutos básicos de las Corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, de las sociedades de economía, de las empresas industriales y comerciales del Estado'. Y para los órdenes departamental y municipal serían las leyes que se expidan de conformidad con lo previsto en el numeral 6º del artículo 187 y numeral 4º del artículo 197 de la Constitución Nacional, pues aún no se han dictado.

"b) Estatutos orgánicos son los comprendidos en el acto de creación de la entidad descentralizada y, por tanto, sólo pueden ser expedidos por el Congreso, la Asamblea o el Concejo, según se trate de uno del orden nacional, departamental o municipal, respectivamente. Son las normas fundamentales que señalan las pautas generales para la organización y funcionamiento del ente.

"c) Estatutos internos o propios de la respectiva entidad son aquellos que desarrollan los principios generales de organización y funcionamiento en normas especiales, precisas y detalladas.

"d) Estatutos de personal que son aquellos previstos en el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 como comprensivos del régimen laboral de los servidores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, adoptados por las respectivas Juntas o Consejos Directivos, norma que fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 13 de diciembre de 1972.

"La anterior descripción es importante en razón a que según sea la clase de estatutos distinta es la corporación o autoridad competente para expedirlos. Así los estatutos básicos los expide el Congreso; los estatutos orgánicos los expide el Congreso, la Asamblea o el Concejo, según correspondan a una entidad del orden nacional, departamental o municipal. Y tratándose de los propios o internos es preciso hacer igualmente la distinción según se trate de entidades descentralizadas nacionales, departamentales o municipales, pues en el primer caso, de conformidad con el artículo 26 del Decreto 1050 de 1968, dichos

estatutos, así como sus reformas, los adoptan las respectivas Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos o de los Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

"En el caso de las entidades descentralizadas del orden departamental y municipal, comprendido en este el Distrital, los estatutos internos o propios, en principio, los pueden expedir las respectivas Asambleas o Concejos, sin perjuicio de que estos organismos en el acto de constitución puedan señalar la forma y las autoridades encargadas de adoptarlos. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en varias oportunidades".

"De modo que mediante el acto acusado el Alcalde Distrital adoptó los estatutos internos o propios de la Empresa Distrital de Servicios Públicos, mas no los orgánicos según las denominaciones que aparecen en los Acuerdos 30 de 1958 y 75 de 1960, o la de básicos en la que hace el Consejo de Estado en la sentencia parcialmente transcrita. Y para ello ejerció las atribuciones expresamente señaladas por el Concejo Municipal en el acto de constitución de la entidad y luego en el de reorganización de la misma, lo cual permite afirmar que no hubo violación del numeral 4º del artículo 194 de la Constitución Nacional".

Tercer cargo. Violación del numeral 7º del artículo 197 de la Constitución. Expresa el Tribunal lo siguiente:

"El demandante considera que la atribución que los Concejos tienen de señalar los estatutos orgánicos de las entidades descentralizadas, son delegables de conformidad con el precepto transcrito, solo que *'pro témpore'* y no de modo indefinido.

"Es cierto que si los Concejos pretenden autorizar al alcalde para que ejerza funciones de las que constitucional o legalmente les corresponde, es imperioso que señalen en el acto respectivo en forma precisa las materias y el tiempo dentro del cual pueden ejercerlas.

"Pero como en el caso de los estatutos propios o internos no se trata de unas funciones que por la Constitución o la ley les corresponda, por cuanto, como se anotó, esa atribución sí está implícita en el artículo 197, numeral 4º sólo que únicamente en cuanto a la expedición de los estatutos orgánicos con el acto de creación de la entidad descentralizada, no opera la exigencia establecida en la supuesta norma violada.

"La facultad de expedir los estatutos internos o propios no es exclusiva del Concejo, pues la Constitución y la ley no le han impuesto a estas Corporaciones, como tampoco al Congreso y a las Asambleas, como una consecuencia de la atribución de crear las entidades descentralizadas, la de expedir las normas que regulan en detalle y minuciosamente todo lo concerniente a la organización y funcionamiento de la entidad creada. Esta es una atribución que bien pueden ejercer directamente o disponer, con base en lo previsto en el numeral 1º del artículo 197 de la Constitución Nacional de 'ordenar, por medio de acuerdos, lo conveniente para la administración del distrito, la forma y la autoridad que deba asumirla'. El concejo no delega en estas circunstancias una función que le corresponde, sino que dispone, des-

pués de haber ejercido la propia de crear la entidad y de expedir los estatutos orgánicos, lo conveniente para que se adopten en la mejor forma los estatutos internos o propios de la misma".

Cuarto cargo. Violación del artículo 187, numeral 1º de la Carta. Al efecto dice el *a quo:*

"La atribución señalada en el precepto indicado como vulnerado por el acto impugnado se ejerce por las Asambleas y el Concejo de Bogotá, mediante la adopción de reglamentos generales relativos a la prestación de los servicios de los respectivos entes territoriales pero sin que ello implique la adopción de los estatutos internos o propios de las entidades descentralizadas encargadas de prestarlos. Una cosa es el reglamento de la prestación de los servicios a cargo del departamento o del distrito, que bien puede aparecer en los estatutos orgánicos de la respectiva entidad descentralizada o en ordenanzas o acuerdos separados, y otra bien distinta el reglamento interno de la entidad encargada de prestar el servicio".

Quinto cargo. Violación de los numerales 3º y 4º del artículo 13 del Decreto 3133 de 1968. Lo desarrolla el Tribunal así:

"El cargo consiste en la usurpación de funciones o de poder en cuanto el Alcalde desconoció dichos preceptos.

"Como estos numerales reproducen en lo esencial las previsiones contenidas en los numerales 3º y 4º del artículo 197 de la Constitución Nacional, son igualmente válidos los planteamientos que se hicieron con anterioridad para desestimar los cargos formulados con respecto a esas normas".

Sexto cargo. Violación del numeral 4º del artículo 16 del Decreto 3133 de 1968, lo resuelve el Tribunal así:

"Es fácil percibir que los estatutos internos de la Empresa Distrital de Servicios Públicos no contienen ningún plan de la administración en materia alguna. Son apenas unas normas enderezadas a facilitar el funcionamiento y organización de una empresa encargada de prestar servicios públicos, por lo cual desaparece cualquier posibilidad de infracción de la mencionada norma por el acto acusado".

Séptimo cargo. Violación del numeral 8º del artículo 184 de la Ley 4ª de 1913 y del numeral 10 del artículo 194 de la Carta. Expresa el Tribunal:

"El actor considera la violación de estas normas como una consecuencia de la infracción de la norma mencionada en el punto anterior. Como la conclusión fue la de que no hubo tal vulneración el resultado obvio es el de que tampoco se presenta la infracción de estos preceptos por el acto impugnado".

El Tribunal concluye su fallo consignando las siguientes razones adicionales como fundamento de la decisión negativa de las pretensiones de la demanda:

"1ª El argumento del demandante según el cual la Corte Suprema de Justicia al declarar inexequible el artículo 74 del Decreto 3133 de 1968 mediante sentencia de 1º de octubre de 1969, le quitó al Alcalde

Mayor del Distrito Especial de Bogotá una herramienta jurídica inconstitucional que tenía para aprobar los estatutos orgánicos de las empresas descentralizadas, es válido en cuanto dicho funcionario no puede ejercer directamente esas atribuciones, pero ello no descarta la posibilidad de que lo puede hacer en los casos en que el Concejo en forma expresa haya dispuesto que la ejerza.

"De otro lado la Corte no declaró inexequibilidad de la norma por considerarse que el Alcalde no puede ejercer esa función, sino en razón a que el legislador no puede reemplazar al Concejo para asignar esa atribución.

"2ª El planteamiento del demandante en el sentido de que hubo falsa motivación en razón a que el Alcalde al expedir el acto acusado invocó las facultades conferidas en el Acuerdo número 30 de 1958, no es acertada, por cuanto la atribución conferida por el Concejo para expedir el reglamento interno —u orgánico con la denominación de esa Corporación— no había desaparecido con motivo de la reforma constitucional de 1968, así como tampoco ha desaparecido la de reformarlos, consagrada en el Acuerdo número 75 de 1960, pues si bien es cierto, aceptando que se otorgaron con base en lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 72 de 1926, y que en virtud del Acto legislativo número 1 de 1968, los Concejos sólo pueden delegar funciones precisas y *pro témpore* y no de modo indefinido como se estableció en dicha norma, la realidad es la de que los Concejos sí pueden asignar esas funciones a los alcaldes, como ya se dio, en ejercicio de la atribución conferida en el numeral 1º del artículo 197 de la Constitución Nacional.

"En consecuencia subsisten las atribuciones conferidas al Alcalde con anterioridad a la reforma de 1968 para adoptar y reformar los estatutos, conforme se deduce, además de la transcripción de la sentencia del Consejo de Estado que se hizo en párrafos anteriores".

A las excelentes consideraciones anteriores nada tiene que agregar la Sala, pues las apreciaciones hechas por el Tribunal en los apartes de la sentencia que se dejan transcritos, se ajustan al espíritu de la legislación vigente en las materias que atañen al Concejo del Distrito Especial de Bogotá, en cuanto hace a la adopción y reforma de los estatutos de la Empresa Distrital de Servicios Públicos.

Y en razón de lo anteriormente 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 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 Cundinamarca el 26 de marzo de 1987.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 17 de junio de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO A EMPRESAS DE TRANSPORTE AUTOMOTOR.—

Las únicas entidades competentes para decretar exenciones de impuestos municipales, son los Concejos Municipales y el Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veinticuatro de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Magistrado auxiliar: *Doctor José A. Castellanos Poveda.*

Referencia: Expediente número 0111. Actor: Luis Mario Duque. Municipio de Cali. Apelación sentencia de marzo 26 de 1984, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en juicio de nulidad de los artículos 1º, 2º y 26 del Decreto extraordinario número 1912 de 1978 y el artículo 6º Código 306 del Decreto reglamentario número 0234 de 1979 expedidos todos por el Alcalde Municipal de Cali. Asuntos Municipales.

Fallo:

Se decide el recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 26 de marzo de 1984 que denegó las súplicas de la demanda para que se anularan los artículos 1º, 2º y 26 del Decreto extraordinario municipal número 1912 de 15 de diciembre de 1978 y el artículo 6º, Código 306 del Decreto reglamentario municipal número 0234 de 21 de febrero de 1979, expedidos por el Alcalde Municipal de Santiago de Cali, por medio de los cuales se estableció de manera genérica el impuesto de Industria y Comercio para las empresas de transporte.

Antecedentes:

Mediante demanda visible a folios 13 a 18 del expediente el actor pidió al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que decretara la nulidad de los artículos 1º, 2º y 26 del Decreto Extraordinario Municipal número 1912 de 15 de diciembre de 1978 y el artículo 6º, Código 306, del Decreto reglamentario número 0234 de 21 de febrero de 1979, normas que establecieron el Impuesto de Industria y Comercio en dicho Municipio para las empresas de transporte automotor.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca por auto de 12 de mayo de 1981 (fls. 45 a 55), decretó la suspensión provisional del artículo 26 del Decreto extraordinario número 1912 de 1978 en la parte que dispuso liquidar, el gravamen de industria y comercio con tarifa del tres por mil (3/1.000) mensual a cargo de "servicios relacionados con el transporte" y del artículo 6º, Código 306, del Decreto reglamentario 0234 de 1979, por medio del cual se hizo la respectiva clasificación, ambos dictados por la Alcaldía Municipal de Santiago de Cali.

Negó la suspensión provisional de los artículos 1º, 2º del Decreto extraordinario 1912 de 1978, expedido por el Alcalde Municipal de Santiago de Cali (fls. 53 a 54 del expediente).

Apelado dicho auto por el apoderado del Municipio de Santiago de Cali, el Consejo de Estado mediante providencia de 5 de julio de 1982 (fls. 72 a 74) revocó el auto del Tribunal y negó la suspensión provisional.

En su demanda la parte actora invocó como disposiciones violadas las siguientes: El artículo 197 de la Constitución Nacional, ordinal 2º, el artículo 169, ordinal 2º de la Ley 4ª de 1913; el Decreto legislativo 0228 de julio 2 de 1958; el Decreto nacional 2281 *bis* de 1954 y el Decreto nacional 3425 de 1954 (fl. 15).

En su sentencia de fondo el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (fls. 6 a 8 del expediente) apoyado en providencia del Consejo de Estado proferida el 20 de marzo de 1970, con ponencia del Consejero doctor Juan Hernández Sáenz, sostuvo que el régimen municipal de carácter impositivo fue modificado de manera sustancial por la Ley 29 de 1963 "por la cual se derogan unas exenciones de impuestos" y consagró que los patrimonios y las rentas municipales son de su exclusiva propiedad y que sólo los Concejos Municipales y Distritales pueden decretar exenciones o exoneraciones de impuestos.

Consideró igualmente el Tribunal que "las normas citadas como violadas por los decretos municipales acusados, no se encontraban vigentes al ser dictados estos por cuanto habían sido derogados en forma tácita por la Ley 29 de 1963, y, además por resultar incompatibles con el artículo 183 de la Constitución Nacional, que le otorga autonomía fiscal a los municipios..."

En la sustentación del recurso de apelación el actor expresa que el Tribunal al invocar, en apoyo de su decisión la sentencia de marzo 20 de 1970, obró erradamente pues ésta se refiere a un caso totalmente diferente al objeto de la presente demanda, pues se trata de la acción instaurada por Productos Doria que se refiere a productos alimenticios. Expresa igualmente que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca ha incurrido en contradicción en sus fallos, ya que en sentencia de 20 de noviembre de 1980 (fls. 9 a 12), declaró que "Expreso Trejos Ltda." estaba exonerada por ley del impuesto de industria y comercio y "con la sentencia objeto del recurso el mismo Tribunal profiere otra decisión diferente".

El Ministerio Público en su concepto de fondo, sostiene que se debe mantener la sentencia apelada apoyado en los artículos 183 de

la Constitución Nacional que se refieren a la autonomía de las entidades territoriales sobre sus bienes y rentas, y en la Ley 29 de 1963 que derogó las exenciones de impuestos municipales.

Consideraciones de la Sala:

El Decreto legislativo número 228 de 2 de julio de 1958 prescribe que los Departamentos y Municipios no podrán gravar a las empresas de transporte automotor "con impuestos distintos de los relacionados en el artículo 1º del Decreto 2281 *bis* de 1954 y 3º del Decreto 3452 de 1964", adoptados como permanentes por la Ley 141 de 1961, entre los cuales no aparece el de industria y comercio establecido por los Decretos 1912 de 1978 y 0234 de 1979 proferidos por el Alcalde Municipal de Santiago de Cali, acusados de violar las normas anteriores.

Sostiene el actor que los preceptos primeramente nombrados fueron quebrantados por las normas acusadas al establecer de manera genérica el impuesto de industria y comercio al 3 por mil para las empresas de transporte automotor.

En defensa de su tesis cita providencias del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que considera contradictorias, pues unas aceptan los gravámenes establecidos por los municipios y otras los niegan con relación a las empresas de transporte automotor.

Sobre la vigencia y consiguiente aplicación de las normas adoptadas como de carácter permanente por la Ley 141 de 1961 que ordenó dar el carácter de tal a las disposiciones que se dicen violadas por los Decretos 1912 de 1978 y 0234 de 1979 dictados por el Alcalde de Santiago de Cali, la Sala considera procedente analizar los textos legales y superiores existentes, como son el artículo 183 de la Constitución Nacional; el 9º de la Ley 153 de 1887 y la Ley 29 de 1963 en sus artículos 1º y 3º, que disponen:

"Artículo 183 de la Constitución Nacional: Los bienes y rentas de las entidades territoriales son de su propiedad exclusiva; gozan de las mismas garantías que la propiedad y rentas de los particulares y no podrán ser ocupados sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada. *El Gobierno nacional no podrá conceder exenciones respecto de derechos o impuestos de tales entidades*" (Acto legislativo número 1 de 1968, art. 54).

Por su parte el artículo 9º de la Ley 153 de 1887 reza: "La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu se desechará como insubsistente".

La Ley 29 de 1963 en su artículo 1º dice: "Los patrimonios y las rentas de los Municipios y del Distrito Especial de Bogotá son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que los de los particulares. En consecuencia, sólo los Concejos Municipales y el Concejo Distrital podrán decretar exenciones o exoneraciones de los im-

puestos o contribuciones que por la Constitución, la ley y las ordenanzas les corresponden, de conformidad con las normas de los artículos 183 y 197 de la Constitución Nacional". Y agrega:

"Artículo 3º Los impuestos de industria y comercio, creados por las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 como impuestos municipales, no podrán ser materia de exención o exoneración por ninguna entidad distinta de los Municipios y del Distrito Especial de Bogotá, pero subsistirán las prohibiciones que consagran las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946 sobre gravámenes a la producción primaria agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios".

Es bien sabido que el artículo 183 de la Constitución Nacional que corresponde al artículo 54 del Acto legislativo número 1 de 1968, que al decir del artículo 9º de la Ley 153 de 1887 es "ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente" (Ley 161 de 1941). En consecuencia, debe aplicarse de manera preferencial y considerarse la Ley 161 de 1941 como insubsistente por ser claramente contraria a la Ley 29 de 1963. Y al artículo 183 de la Constitución Nacional.

De otra parte, el artículo 1º de la Ley 29 de 1963, tal como se transcribió, facultó a los Concejos Municipales y al Concejo del Distrito Especial de Bogotá para decretar exenciones o exoneraciones de los impuestos o contribuciones que les corresponden de conformidad con los artículos 183 y 197 de la Constitución Nacional. En las condiciones anteriores sólo un Acuerdo del Concejo Municipal de Cali podría revivir la exención del impuesto de industria y comercio a las empresas de transporte automotor.

De la misma manera, de la lectura del artículo 3º de la Ley 29 de 1963, la Sala saca dos conclusiones a saber: 1ª Que las únicas entidades con competencia para decretar exenciones o exoneraciones de los impuestos municipales son los Concejos Municipales y el Concejo del Distrito Especial de Bogotá y, 2ª Que al decir la misma norma "pero *subsistirán* las prohibiciones que consagran las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946 sobre gravámenes a la producción primaria agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios" está dando a entender que son las únicas prohibiciones que siguen vigentes.

Esta Sala en providencia de 15 de mayo de 1987, Actor: Expreso Trejos Limitada, Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate, principio que ahora se reitera, dijo:

"Por su parte el Decreto reglamentario número 84 de 1964, enumeró las prohibiciones que subsisten para los Departamentos y Municipios, dentro de las cuales no se encuentra el servicio de transporte en general o de manera genérica.

"De la providencia de 24 de mayo de 1983 se resalta en esta ocasión. Todo esto lleva a la Sala a la conclusión que la decisión tomada por el Consejo de Estado al declarar exequibles los artículos del Decreto 84 de 1964 coinciden con el criterio que ha venido imperando en la Sección Cuarta de que las prohibiciones que dejó vigentes la Ley 29 de 1963 quedaron restringidas a aquellas actividades relacionadas con la producción primaria agrícola y ganadera y el tránsito de productos alimenticios".

De tal suerte que como el Alcalde "no estaba limitado por la ley a imponer gravamen a las empresas transportadoras en general, conforme a los términos del artículo 3º de la Ley 29 de 1963", la Sala no encuentra razones de orden legal, valederas para anular las disposiciones consideradas por el actor como violatorias de las normas superiores aducidas en la demanda.

En mérito de lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con el colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Consuelo Sarria Olcos, Ausente; *Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate, José Ignacio Narváez García.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

PODER DE POLICIA.— REGLAMENTOS LOCALES AUTONOMOS.

Competencia privativa de la Asamblea Departamental.

NULIDAD DE LOS ARTICULOS 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 9º, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 del Decreto municipal 128 de 1986.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinticinco de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 702. Asuntos Municipales. Actor: Justo Pastor Torres Velandia.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de junio 11 de 1987 dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander en el presente proceso sobre nulidad de un acto administrativo del orden municipal promovido por el ciudadano Justo Pastor Torres Velandia.

Antecedentes:

En libelo presentado el 22 de agosto de 1986 solicitó el mencionado demandante que "previos los trámites de ley se declare la nulidad de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 9º, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18, contenidos en el Decreto número 128 de fecha julio 18 de 1986, por el cual se reglamenta el funcionamiento de los establecimientos abiertos al público y la expedición de sus licencias, emanado de la Alcaldía Municipal de la ciudad de Cúcuta".

El *Contenido* de las disposiciones acusadas se sintetiza así en la demanda:

"Primero. Mediante este artículo se hace una clasificación de los establecimientos abiertos al público, determinándolos con venta o sin venta de licores.

"Segundo. De acuerdo a la clasificación establecida en el artículo primero del Decreto se da definición a cada uno de los establecimientos reseñados en este artículo y que para la presentación de revistas musicales en las discotecas, cafés, cantinas o bares se requiere de la respectiva autorización de la Secretaría de Gobierno, previo concepto de Planeación Municipal.

"Tercero. Se establece que los establecimientos descritos en el Decreto, para la localización y zonificación se sujetarán al Código de Urbanismo del Municipio y a las normas que lo modifiquen o sustituyan. Mediante el parágrafo único se suspende la expedición de nuevas licencias de funcionamiento o cambio de actividad de los establecimientos abiertos al público con venta de licores, hasta tanto el honorable Concejo Municipal de Cúcuta delimite las zonas de la ciudad.

"Cuarto. Se establece el horario de funcionamiento en el Municipio de Cúcuta, para los diferentes establecimientos abiertos al público señalados en el artículo segundo.

"En el parágrafo segundo se dice que el régimen establecido podrá modificarse en el sentido restrictivo, en aquellos sectores de la ciudad, donde se presenten mayores índices de criminalidad, de perturbación a la tranquilidad ciudadana.

"Quinto. Se establece el horario para la música, así: a) Los ubicados en zona o edificación residencial e industrial... de 10:00 a.m. a 10:00 p.m. a volumen moderado, y no se podrá instalar equipos de amplificación con sonido hacia la calle; b) Los ubicados en zona central...de 10:00 a.m. hasta la hora de cierre del establecimiento, y sin equipos de amplificación hacia la calle; c) En los griles y discotecas desde las 5:00 p.m. hasta la hora de cierre del establecimiento.

"Igualmente que los horarios dichos pueden ser modificados en sentido restrictivo. Además donde se vendan aparatos musicales la música debe sólo escucharse dentro de establecimientos y que los mismos disponen de cabinas cerradas y aparatos auriculares.

"Sexto. Los establecimientos abiertos al público de cualquier clase, requieren de licencia de funcionamiento, previo el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 56 del Acuerdo 007 de septiembre 10 de 1984. Parágrafo, la solicitud de licencia de funcionamiento se formulará por el interesado por lo menos con sesenta (60) días de anticipación a la fecha prevista de la apertura del negocio.

"Séptimo. Se señala el procedimiento para la obtención de licencias de funcionamiento y se establecen los recursos por la vía gubernativa que proceden contra la decisión que autorice o deniegue el respectivo acto.

"Noveno. Se da nombre en español a los establecimientos abiertos al público, es decir, que los mismos deben serlo en este idioma; y se prohíbe que los susodichos incumplan esta determinación acarreando que no se les otorgue licencia o renueve.

"Once. Se refiere a la prohibición de acceso de menores a los establecimientos, griles, discotecas, bares o cantinas y billares. Igualmente las respectivas sanciones a los propietarios o administradores que contravengan la disposición.

"Doce. Se establecen las sanciones para los infractores del Decreto en cuestión, así: a) Multa de dos (2) a 10 salarios mínimos;

b) Cierre del establecimiento hasta por siete (7) días; c) Suspensión de la licencia hasta por treinta (30) días, conllevando el cierre; y d) Revocación definitiva de la licencia de funcionamiento.

"Trece. Se asigna competencia a los Inspectores Penales de Policía para la imposición de multas a los titulares de licencias, propietarios o arrendatarios de establecimientos determinándose las causales.

"Catorce. Se determina la competencia al Alcalde Municipal para imponer sanción de suspensión de licencia de funcionamiento y señala las causales.

"Quince. Se asigna competencia al Alcalde Municipal para revocar la licencia de funcionamiento y señalan las causales.

"Dieciséis. Se señala el procedimiento de acuerdo al Código Nacional de Policía y comisiona para la investigación a los Inspectores Penales de Policía.

"Diecisiete. Se establecen las clases de recursos contra los proveídos que establezcan como medida una sanción conforme al presente Decreto.

"Dieciocho. Se prohíbe en forma absoluta la expedición de licencias o permisos provisionales para el funcionamiento de establecimientos abiertos al público".

Sostiene el actor que mediante el Decreto acusado se infringieron las siguientes normas de estirpe superior: Artículos 187, numeral 9º de la Constitución Nacional; 197, numeral 8º de la Constitución Nacional; 169, numerales 5º y 11 del C. P. M. (sic); 184, numeral 8º del C. P. M. (sic); 8º, inciso segundo del Código Nacional de Policía; 9º y 11 del Código Nacional de Policía; 7º, facultad 5ª de la Ley 72 de 1926; 1º, literal a) de la Ley 195 de 1936 y 84 del Código Contencioso Administrativo. Posteriormente, en escrito de corrección de la demanda añade como normas violadas las siguientes: Artículos 60, numeral 9º y 62 del Decreto 122 de 1986; artículo 93, numerales 3º y 8º del Decreto 1333 de 1986 y artículo 108 del Código Nacional de Policía.

El concepto de la violación, en lo pertinente, será más adelante objeto de estudio.

Rindió concepto el señor Fiscal del Tribunal, concluyendo que el Alcalde de Cúcuta carecía de competencia para producir el reglamento de policía acusado, por lo cual asiste la razón al demandante en su pretensión. Apartándose del concepto de su colaborador Fiscal, emitió el *a quo* su fallo de junio 11 de 1987, declarándose inhibido "para un pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda", decisión que fundamenta en la consideración de que en aparte alguno del libelo introductorio se menciona al Municipio de Cúcuta como parte demandada, solicitándose únicamente la citación y audiencia del Alcalde de la misma ciudad, lo cual, a juicio del Tribunal, "no es suficiente, pues una cosa es la entidad de derecho público (el Municipio) y otra distinta el representante legal de la misma (el señor Alcalde)".

Contra el anterior pronunciamiento interpuso la parte demandante el recurso de apelación, el cual ha sido debidamente tramitado en esta segunda instancia.

Concepto Fiscal:

Estimó el señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo que debe ser confirmado el fallo de primer grado, por cuanto "al no haberse indicado a dicho municipio (de Cúcuta) como la parte demandada, como prescribe el artículo 137, numeral 1º del Código Contencioso Administrativo, lleva al fallador a un pronunciamiento inhibitorio, tal como lo decidió la sentencia recurrida".

Consideraciones de la Sala:

El acto acusado en el presente proceso es del orden municipal, dictado por el funcionario que al tenor del artículo 3º de la Ley 28 de 1974 es "el representante legal del municipio para todos los efectos a que hubiere lugar", a saber el respectivo Alcalde. Ahora bien, al pedirse en la demanda la nulidad del referido acto, previa "citación y audiencia del señor Alcalde Municipal de la ciudad de Cúcuta, en quien habrá de surtirse la notificación y traslado de la presente acción", se está aludiendo inequívocamente a dicho ente territorial como parte demandada, así no se haya empleado el formulismo que echa de menos el *a quo* (que ninguna norma consagra). Lo que ha querido el numeral 1º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, es que la parte demandada aparezca debidamente identificada en la demanda a fin de que aquella pueda ser eficazmente vinculada al proceso. Donde quiera que tal identificación sea fácilmente advertible en el libelo, como acontece sin lugar a duda en el caso de autos, ha de entenderse que la exigencia procesal en estudio ha sido cumplida a cabalidad. Así lo entendió el propio Tribunal al admitir la demanda incoada y ordenar la notificación de rigor al Alcalde de Cúcuta, quien, no está por demás anotarlo, presentó oportuna contestación, mediante apoderado, "obrando en representación del Municipio de Cúcuta" (ver fl. 45 del cuaderno número 1).

En tales circunstancias, habiéndose desde un principio trabado válidamente la relación jurídico-procesal, es inadmisible sostener que no se conoce, según los términos de la demanda, quien es la parte demandada y que por ello no se da uno de los presupuestos procesales requeridos para un pronunciamiento de mérito. No comparte por lo tanto la Sala el punto de vista de su Fiscal y en consecuencia, al revocarse la decisión inhibida materia del recurso, proferirá el pronunciamiento de fondo que corresponda.

Hecho el anterior preámbulo, se tiene que el Alcalde del Municipio de Cúcuta advierte en uno de los considerandos del acto acusado cómo en dicho municipio no existe "legislación local" alguna relativa al funcionamiento de los establecimientos abiertos al público, por lo cual procede a proveer al respecto, invocando "facultades legales y en especial las conferidas por el Decreto 1335 de 1970".

Fue así como aduciendo su carácter de autoridad de policía, procedió el señor Alcalde de Cúcuta a dictar mediante su Decreto número 128 de 18 de julio de 1986 una serie de normas de índole netamente policivas, reglamentando por vía general "el funcionamiento de los establecimientos abiertos al público y la expedición de sus licencias", estatuyendo disposiciones sobre clasificación de los establecimientos, definición de los mismos, lugares de ubicación, horario de funcionamiento, licencia y procedimientos para concederlas, nombres permitidos, prohibición a los menores para frecuentarlos, sanciones a quienes infrinjan sus disposiciones, recursos, etc. Ahora bien, el artículo 9º del Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970), dispone:

"Cuando las disposiciones de las Asambleas Departamentales y de los Concejos sobre Policía necesiten alguna precisión para aplicarlas, los Gobernadores y Alcaldes podrán dictar reglamentos con ese solo fin.

"Pero no podrán expedir normas de conducta no contenidas en las ordenanzas o en los acuerdos".

Contempla la anterior norma los llamados por la doctrina reglamentos secundarios de policía (por oposición a los autónomos o principales). Dichos reglamentos, como su nombre lo indica, tienen un carácter subordinado, frente a los principales, pues su única finalidad es lograr su plena aplicación y de ahí que deban limitarse a precisar el alcance de los últimos. Estos, al tenor del artículo 8º del Decreto 1355 de 1970, sólo pueden ser dictados por la ley, y en ausencia de ésta, por las Asambleas.

Presupone pues el reglamento secundario de policía la existencia de uno principal, el cual desarrolla y aplica en la práctica. Y para dictarlos, faculta el transcrito artículo 9º a los Gobernadores y Alcaldes, a quienes, en ejercicio de tal prerrogativa, les está vedado apartarse de su contenido y espíritu, estatuyendo por ejemplo normas de conductas no previstas en los reglamentos autónomos.

Sobre la materia en estudio dijo esta Sala en sentencia de 18 de febrero de 1983: "...el panorama de los reglamentos policivos en nuestro país puede presentarse sintéticamente, de la siguiente manera: Los llamados reglamentos autónomos o principales que establecen las prohibiciones directas a los particulares, configuran las contravenciones, señalan sanciones, determinan los órganos para imponerlas y los procedimientos que deben seguirse, únicamente pueden ser expedidos para el ámbito nacional por el legislador, y en el ámbito local o departamental, por las Asambleas pero en aquellas materias que no hayan sido tratadas por la ley. Los llamados reglamentos secundarios y complementarios, constituidos por las disposiciones indispensables para la cabal aplicación de aquellos, pueden ser instituidos, respecto de los nacionales por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria e igualmente para los locales o departamentales, por los Gobernadores, los Alcaldes y los Concejos..."

Aplicando las anteriores nociones al caso *sub júdice*, se tiene que el Decreto acusado, por el solo hecho de proveer sobre una materia

huérfana de regulación en el ámbito municipal, cual era el funcionamiento de los establecimientos abiertos al público, está evidenciando a las claras su carácter de reglamento principal de policía. Más aún haciendo abstracción de la anterior circunstancia, el contenido de los distintos artículos de que se compone el citado Decreto no dejan lugar a dudas acerca de su naturaleza de reglamento autónomo, pues en él, aparte de otras materias, se estatuyen perentoriamente prohibiciones, se establecen hechos generadores de sanciones, se señalan éstas, se crean procedimientos para aplicarlas y se indican las autoridades encargadas de hacerlas efectivas. Es decir, mediante la reglamentación acometida, invadió el señor Alcalde de Cúcuta un campo de acción exclusivamente reservado a la Asamblea del Departamento (en lo no regulado por la ley).

Como de todo lo anterior se colige que las disposiciones acusadas infringen palmariamente los artículos 8º y 9º del Decreto-ley número 1355 de 1970, ello es razón suficiente para declarar su nulidad, estando de más el estudio de las restantes violaciones de que da razón la demanda incoada.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y en desacuerdo con él,

Falla:

1º *Revócase* en todas sus partes la sentencia de 11 de junio de 1987 dictada en este asunto por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

2º *Decláranse nulos* los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 9º, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 del Decreto número 128 de 18 de julio de 1986 dictado por el Alcalde del Municipio de Cúcuta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 24 de junio de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario

TITULO IV

INDEMNIZACIONES
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO LAS TORTURAS.—

1. EL DELITO DE TORTURAS, fue apenas legalmente tipificado en el Código Penal (art. 279) que entró a regir en 1981.

O sea que en el caso sub júdice *no puede aplicarse.*

DOLO O CULPA DEL FUNCIONARIO EN EJERCICIO DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA O DE LA PRESTACION DEL SERVICIO. Puede ser fuente de responsabilidad estatal. Si la falta personal es imposible de separar de la función pública ejercida por el respectivo agente. DOCTRINA.

2. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO. Cuando se alega falla del servicio como fundamento de la responsabilidad, el problema de la culpa personal del agente desaparece y por tanto no hay necesidad de demostrar la acción u omisión del agente.

Jurisprudencia reiterada.

Auto de 29 de noviembre de 1977, Sección Tercera. Expediente número 2207.

Sentencia de 2 de mayo de 1978. Sección Tercera. Expediente número 1858.

La falta o falla del servicio puede coexistir con la culpa personal del agente o puede darse sin su concurrencia.

Sentencia de 18 de abril de 1984, Sección Tercera. Expediente número 2586, 22 de marzo de 1974.

3. PERSONAS JURIDICAS PUBLICAS. RESPONSABILIDAD.

Responden por los daños que sus agentes causen a terceros en su calidad de tales y con ocasión de sus funciones. ACCION REGRESIVA O DE SUBROGACION. Contra el funcionario responsable en los casos de culpa, dolo o delito suyo (art. 77 del C. C. A.).

4. PREJUDICIALIDAD. No es de recibo de acuerdo a reiteradas jurisprudencias.

La prueba de la falla del servicio concluye a declarar la responsabilidad objetiva de la Administración, aspecto independiente de la responsabilidad personal o subjetiva del agente.

La falla personal, eventualmente constitutiva de conducta penal no puede producir la suspensión del proceso de detención, administrativo.

Reiteración jurisprudencial, auto de septiembre 14 de 1984, Sección Tercera, Expediente número 4393. Anales *2º Semestre de 1984, página 1110; sentencia de 16 de julio de 1966.*

LAS TORTURAS CONFIGURAN UN ATENTADO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL HOMBRE QUE HACEN POSIBLE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR CULPA AQUILIANA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.

La prematura e innecesaria calificación de hechos considerados como constitutivos de delitos no pueden entenderse como equivalente de una condena penal, efectuada por Juez incompetente.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO: FALLA DEL SERVICIO Y "RESPONSABILIDAD DEL JUEZ" (art. 40 del C. de P. C.).

Diferencias. JURISDICCION PENAL MILITAR.

Doctrinas sobre su naturaleza. RESPONSABILIDAD POR ERROR JUDICIAL Y RESPONSABILIDAD "POR EL ATENTADO COMETIDO CONTRA LOS DERECHOS O LAS LIBERTADES PUBLICAS POR LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES CON OCASION DEL EJERCICIO DE SU TAREA". ACTOS PREPARATORIOS SEPARABLES DE LA SENTENCIA. Pueden constituir faltas del servicio que comprometen la responsabilidad del Estado. Reiteración jurisprudencial.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA.

No se aplica en los recursos extraordinarios. CAUSAL UNICA:

"VIOLACION DIRECTA": De la Constitución Nacional y/o de la ley sustantiva.

VIA DE HECHO. DEFINICION.

Genera RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

1. Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo (art. 141, 3ª, C. N., art. 137 ibídem*).*

2. Finalidad de la Jurisprudencia Contenciosa.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. CAUSAL UNICA. "VIOLACION DIRECTA".

La violación del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo. No constituye esta norma de derecho sustancial (PRUEBA OFICIOSA).

SENTENCIAS. CONTENIDO Y FORMA. POSTURA EN CONOCIMIENTO DE LA AUTORIDAD COMPETENTE DE LOS HECHOS ANALIZADOS Y CONOCIDOS POR EL JUEZ.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO (Aclaración de voto) DE LOS DERECHOS CIVILES Y GARANTIAS SOCIALES (art. 10 de la C. N.).

1. Salvo él, los derechos a la vida e integridad personal, los otros, LA LIBERTAD y sobre todo, la PROPIEDAD PRIVADA, no tienen un ámbito absoluto e incondicionado de ejercicio:

LA PROPIEDAD ES UNA FUNCION SOCIAL. Alcance del artículo 32 de la Constitución Nacional.

2. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y ADJETIVA. Criterio de distinción.

3. Expresión "FALTA DEL SERVICIO".

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Gaspar Caballero Sierra.*

Referencia: Expediente número R-012. Actora: Olga López Jaramillo de Roldán y otros. Reconstrucción recurso de anulación.

Se entra a decidir el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Nación —Ministerio de Defensa Nacional— contra la sentencia de fecha 27 de junio de 1985, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dentro del proceso de reparación directa, adelantado por Olga López Jaramillo y otros contra la Nación —Ministerio de Defensa Nacional—.

Antecedentes:

A. *La demanda.*

I. Según relata la sentencia objeto de impugnación, los doctores Iván López Botero y Olga López Jaramillo de Roldán y la menor

Olga Helena Roldán López, representada ésta por su señora madre, demandaron a la Nación —Ministerio de Defensa Nacional—, en acción de reparación directa, para que previos los trámites de un proceso ordinario contencioso administrativo, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Que el Consejo de Estado, Sección Tercera, previa audiencia y citación del señor Fiscal de dicha Sección, en sentencia que haga tránsito a cosa juzgada *declare*, con fundamento en el Título 2º, Capítulo VII, del Código Contencioso Administrativo, que la Nación colombiana —Ministerio de la Defensa—, es responsable civil y económicamente de los perjuicios materiales, morales y subjetivos y morales objetivados de que han sido víctimas Iván López Botero, su hija Olga López Jaramillo de Roldán y su nieta Olga Helena Roldán López y que, por lo tanto, debe indemnizarlos en cuantía que se estima en veintidós millones de pesos moneda corriente ($ 22.000.000.00), según la tasación que, para cada caso individual, se haga en la sentencia y con arreglo a las pruebas que se acerquen al proceso".

"Subsidiariamente solicito que la regulación del *quántum* de los perjuicios de toda índole, se haga por peritos designados por el honorable Consejo de Estado" (fls. 17 y 18, cuaderno 1).

II. La demanda trae los siguientes "Antecedentes":

"1. A fines de marzo o primeros días de abril del año de mil novecientos setenta y seis, mi hija y poderdante Olga López Jaramillo cursaba el último semestre de medicina en la respectiva facultad de la Universidad Nacional de Colombia".

"1.1. En esa época hacía el Internado en el Hospital de San Juan de Dios y cursaba cardiología, razón por la cual le correspondió tratar y evolucionar al señor Augusto Lara Sánchez de una cardiopatía de origen coronario, habiendo logrado su mejoría y recuperación".

"1.2. La anterior circunstancia favoreció el establecimiento de una relación de amistad entre médico y paciente".

"1.3. Terminado el Internado y concluidos sus estudios de medicina, la doctora Olga López Jaramillo obtuvo su grado profesional en el mes de enero de mil novecientos setenta y ocho (1978)".

"1.4. Para obtener el Registro Médico, conforme a exigencias legales, la doctora Olga López Jaramillo fue designada Médica Rural en el Hospital Nuestra Señora del Carmen en Mesitas del Colegio, Departamento de Cundinamarca, nombramiento que le fue hecho por la Secretaría de Salud Departamental y cuyo cargo empezó a ejercer, a partir del día doce de abril de mil novecientos setenta y ocho (1978), con asignación mensual promedio de quince mil pesos ($ 15.000.00) moneda corriente".

"1.5. Igualmente, para mediados del año de mil novecientos setenta y ocho, daba asistencia médica pediátrica, mediante contrato, al Centro de Atención Integral al Preescolar (C.A.I.P.) de la vereda de Fonquetá, Municipio de Chía, asistencia que atendía los días martes

y viernes de cada semana entre las tres de la tarde y seis de la noche de esos días, con honorarios de cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda corriente mensuales".

"1.6. Como el servicio profesional que prestaba en el Hospital de Mesitas del Colegio era diurno y nocturno, sólo las tardes de los días señalados en el punto anterior los tenía disponibles para atender las consultas pediátricas en el Centro de Atención Integral al Preescolar de Chía".

"1.7. A mediados del año de mil novecientos setenta y ocho (1978) el señor Augusto Lara Sánchez sufrió una recidiva de su afección cardíaca y buscó los servicios profesionales de la doctora Olga López Jaramillo quien le manifestó al paciente que lo atendería en su apartamento de la calle 75 número 31-14 de Bogotá los días martes y viernes a las dos la tarde".

"1.8. Convenidas las citas profesionales, el señor Lara Sánchez empezó a visitar el apartamento de la doctora Olga López Jaramillo, estableciéndose entre ellos una relación que se adelantaba dentro de un marco estrictamente médico o profesional".

"1.9. El señor Lara Sánchez, militante activista de la izquierda, sin que él se diera cuenta, ni la doctora López Jaramillo tampoco venía siendo seguido y vigilado por unidades de la Policía Judicial y del Servicio de Inteligencia Militar creándose entre los agentes secretos la suspicacia de que las visitas del señor Lara Sánchez quien, además, concurrió algunas veces con los señores Rafael Polo Cabarca, cuñado de Lara Sánchez, y de su amigo Alfonso Castro Pedraza, tenían un carácter político subversivo".

"1.10. La doctora Olga López Jaramillo, igualmente, les dio tratamiento médico a los compañeros de Lara Sánchez. Al primero de los nombrados le trató una bronquitis y al señor Castro Pedraza, linotipista del Banco de la República, un tratamiento inmunológico a base de Hista-Globin, para una alergia dermatológica originada en el contacto con el plomo".

"1.11. El primero de enero de mil novecientos setenta y nueve, fue detectado un cuantioso robo de armas militares de las bodegas del llamado Cantón Norte o Grupo Mecanizado Número Uno —General Rincón Quiñones— de Usaquén, robo que fue reivindicado por el movimiento sedicioso Diecinueve (19) de Abril M-19".

"1.12. Con fecha *dos (2) de enero* de ese mismo año de mil novecientos setenta y nueve *(1979)* un agente de la Policía Judicial, distinguido con el número 04376 se dirigió al Juez 106 de Instrucción Penal Militar manifestándole que: 'Por medio de informaciones obtenidas por el Servicio de Inteligencia dan cuenta de la *posible* existencia de personal perteneciente a la organización suversiva (sic) M-19, las direcciones que adelante se mencionan y en donde *se presume haya* igualmente material de guerra de uso exclusivo de las Fuerzas Militares, sustraído del Grupo Mecanizado Número Uno —General Rincón Quiñones—".

"1.13. Entre las direcciones anotadas está el apartamento habitado en ese entonces por la doctora Olga López Jaramillo en la calle 75 número 31-14 de Bogotá".

"1.14. Por auto de la misma fecha *dos (2)* de enero de mil novecientos setenta y nueve *(1979)*, el Juez 106 de Instrucción Penal Militar decretó el allanamiento de la vivienda de Olga López Jaramillo el cual se cumplió a partir de las cuatro (4 a.m.) de la madrugada del día *tres (3)* de enero por numerosas unidades del Ejército al mando del Capitán (hoy Mayor) del Ejército Leopoldo Hincapié Segrera quienes durante cinco horas y media practicaron dicho allanamiento registraron muebles, escritorios, colchones, biblioteca, medicamento, cajas, equipos quirúrgicos y formularon interrogatorios a la doctora Olga López Jaramillo y a su pequeña hija de cinco (5) años Olga Helena Roldán López a quienes tuvieron la mayor parte del tiempo tendidas boca abajo en el suelo, presionadas en su inmovilidad con un fusil ametralladora que portaba uno de los soldados apuntando sobre los cuerpos de la madre y de su hija".

"1.15. El acta de allanamiento, presentada con fecha seis (6) de enero de mil novecientos setenta y nueve (1979) bajo el número 003 por el interrogador que suscribe con el código número 7312304 y que obra a folios 158 a 160 cuaderno respectivo de las sumarias; dice:

"B) Situación subversiva:

"Se conoció con Augusto Lara (a. El Ciego) hace aproximadamente ocho meses, cuando laboraba como médica residente del Hospital de la Hortúa, donde él estaba hospitalizado por una afección cardíaca. Indica además que desde ese entonces sintió un gran afecto por él y empezaron a tener relaciones amorosas. Manifiesta que él le pidió el favor de que guardara en su casa una caja con unos elementos por unos días y desconocía por completo su contenido; que no sintió ninguna desconfianza ya que se conocían de tiempo atrás. Manifiesta no poder aportar más datos de importancia acerca de las actividades subversivas de Augusto porque nunca le ha visto nada anormal".

"La 'S' niega rotundamente su vinculación al grupo subversivo".

"Los antecedentes relacionados, dieron lugar a los siguientes:

"B) *Hechos:*

"1. Mi hija y poderdante fue retenida, junto con su pequeña hija de seis (6) años Olga Helena Roldán López, por unidades de inteligencia militar, el día tres de enero de 1979, a las cuatro de la madrugada".

"1.1. En la fecha y hora indicadas, como ya se anotó anteriormente, fue allanada su residencia ubicada en la calle 75 número 31-14 de la nomenclatura urbana de Bogotá y allí se produjo su captura, destruidos y averiados varios enseres personales e incautados otros, por valor superior a cien mil pesos ($ 100.000.00) moneda corriente que no han sido reintegrados".

"1.2. Terminada la operación de allanamiento, a las nueve de la mañana de ese día, se la (sic) en calidad de retenida, en unión de su

pequeña hija, a un sitio desconocido sin que se informara a sus familiares, dentro de los doce días subsiguientes a su captura, ni el lugar de reclusión, ni el estado de salud, como tampoco se permitió acercarles ropas (interior o exterior) ni alimentos para su adecuada nutrición".

"1.3. La menor Olga Helena Roldán permaneció retenida por espacio de diez (10) horas durante las cuales fue incesantemente interrogada y amenazada con hacerle daño a su madre, le hicieron grabaciones magnetofónicas de su llanto y de las llamadas angustiadas a su madre, a quien vio cuando la encapucharon y alejaron a empellones hacia las caballerías de la Brigada de Institutos Militares en Usaquén".

"1.4. A las dos de la tarde del mismo día tres (3) de enero de 1979, el Capitán Leopoldo Hincapié Segrera entregó al suscrito demandante, en su casa de habitación ubicada en la calle 32 número 16-32 de Bogotá, a la niña Olga Helena. Y aunque la niña estaba presa de angustia y pánico, hambreada y sedienta, no había recibido alimento alguno, el suscrito debió firmar una constancia, ya escrita, en la cual declaraba haber recibido la niña en perfectas condiciones físicas".

"1.5. La retenida Olga López Jaramillo permaneció durante los primeros catorce días, vendada, en sitio destinado a pesebreras o caballerizas, en medio de excrementos animales, malolientes, sin cama para dormir, sin baño, permaneciendo la mayor parte del tiempo de pie; sin alimento durante los primeros tres días. En altas horas de la noche era retirada, igualmente vendada, en un furgón militar y trasladada a un sitio, inicialmente no identificado en su ubicación, pero formado por un socavón o pasillo subterráneo, con paredes de piedra, de 150 metros de largo y unos dos metros de ancho, donde el aire se agotaba y donde tenían instalaciones apropiadas para la tortura".

"1.6. En efecto, Olga López Jaramillo fue en ese sitio, que hoy se conoce como la Escuela de Comunicaciones del Ejército en Facatativá (parque arqueológico anteriormente conocido como 'Piedras de Tunja'), donde fue brutalmente torturada por espacio de diez (10) días, torturas que consistieron en colgamientos del cuerpo con las manos atadas a la espalda por espacio de varias horas durante las cuales recibía violentos golpes con objetos contundentes en el abdomen, costillas y muy particularmente en la región mastoidea de la cabeza. Los senos halaban con unas pinzas diciéndole: 'Canta o te hacemos dar leche...' Hubo amenazas de violación tanto para ella como para su hija de quien le decían estaba en su poder, para lo cual le hacían oír las grabaciones tomadas de la voz de la niña con llamados angustiosos. Fue esta una modalidad de tortura psicológica que atormentó a Olga López mucho más que el sadismo físico de los torturadores. La etapa final de las torturas las constituyeron dos hechos: a) Cuando la subieron a una mesa y le ataron una cuerda al cuello amenazándola con ahorcarla si no decía en dos minutos, dónde se encontraban las armas sustraídas al Grupo Mecanizado 'Rincón Quiñones', y b) Cuando para llevarla ante el Juez Primero de Instrucción Penal Militar en las primeras horas de la noche para que rindiera indagatoria le suministraron, en una taza con agua de panela, una fuerte dosis de escopolamina que la detenida alcanzó por sus cono-

cimientos médicos, a detectar cuando sintió un adormecimiento de la lengua, por lo cual solicitó ser llevada al baño donde, tomando grandes cantidades de agua de la cisterna del inodoro o sanitario, provocándose un lavado gástrico para expulsar el tóxico bajo cuyos efectos pretendía interrogarla en declaración injurada".

"1.7. Olga López Jaramillo, al ser oída en declaración injurada por el Juez Primero de Instrucción Penal Militar denunció las torturas físicas y psicológicas de que había sido objeto tanto ella como su apoderado, doctor Diego López Jaramillo, solicitaron la inmediata investigación de esos hechos. Las lesiones físicas, equimosis, además, escoriaciones y dolores corporales, así como los traumatismos psíquicos eran en ese momento visiblemente notorios".

"1.8. Además de la denuncia formulada en su indagatoria por las brutales torturas sufridas por Olga López J., su apoderado lo hizo ante la Procuraduría, representada en ese entonces por un delegado de nombre Rodrigo Vargas Villegas, antiguo funcionario de la justicia Castrense. Tanto el Juez Primero de Instrucción Penal Militar como el delegado o visitador de la Procuraduría, lejos de iniciar la oportuna e inmediata investigación, acudieron a medidas manifiestamente dilatorias para que el hecho quedara en impunidad. Esta conducta motivó una seria recusación contra Vargas Villegas por parte del apoderado de Olga López y de otros apoderados de personas vinculadas al proceso, la cual no fue tramitada".

"1.9. Transcurridos más de seis meses a la espera de alguna investigación sobre los hechos denunciados, la Federación Médica Colombiana, por conducto de su Secretario General, Profesor José Francisco Socarrás presentó denuncia pública en el diario 'EL TIEMPO' lo cual provocó la investigación por parte de la Procuraduría General de la Nación y, dentro de tal investigación, fue practicado un reconocimiento médico legal psiquiátrico por parte del Instituto de Medicina Legal, en dos sesiones, por el doctor Patricio Villalba B., cuyo informe destinado a la investigación, tiene fecha 23 de julio de 1979 y el número 1608. En la parte conclusiva de dicho informe, se establecen como secuelas psicopatológicas derivadas de las torturas, las siguientes: 'A deducir por toda información recogida de la anamnesis, por los resultados mental y paraclínicos, la examinada, doctora Olga López Jaramillo, presentaba anormalidades psíquicas de reciente iniciación, surgidas como consecuencia de las situaciones vividas en la primera etapa de su detención. La examinada presenta un electroencefalograma anormal. Se sugiere un examen neurológico complementario para precisar mejor la naturaleza de la alteración neurológica registrada en dicha prueba'.

"1.10. Las torturas físicas y psicológicas a que fue sometida Olga López Jaramillo durante los primeros doce días de su detención fueron apreciadas e identificadas por varias personas que lograron verla después de levantada la incomunicación.

"1.11. Los Miembros de la Comisión de Amnistía Internacional, que estuvieron en Colombia por invitación del Gobierno nacional, las registran en su informe correspondiente al año de mil novecientos ochenta y uno (1981) y dichas torturas constan en las denuncias

hechas por el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos que, en Colombia preside el Excanciller Alfredo Vásquez Carrizosa".

"1.12. El proceso de torturas a Olga López J., fue presenciado por otros de los torturados, entre ellos el doctor Emiro Mora Solano y el señor Augusto Lara Sánchez, pues tanto a éstos comos a la doctora Olga López J., les quitaban momentáneamente las vendas para que el uno se atemorizara mirando las torturas a que sometían a los otros".

"1.13. Como el fin perseguido por las torturas (sic) era el de provocar una falsa confesión sobre hechos desconocidos para la torturada y sobre revelaciones de posibles o presuntos miembros de la organización sediciosa M-19 y, muy particularmente, sobre las actividades de Augusto Lara Sánchez, no habiendo obtenido de parte de Olga López J., eso que el Comandante de la Brigada de Institutos Militares, General Miguel Francisco Vega Uribe, llamaba 'colaboración', se procedió a torturar a otros detenidos como al doctor Emiro Mora Solano y a Pedro Antonio Mogollón forzándolos a afirmar que Olga López J., pertenecía a dicha organización subversiva".

"1.14. Logrado inicialmente el propósito anteriormente relatado, el Juez Primero de Instrucción Militar, con fecha 20 de enero de mil novecientos setenta y nueve (1979), profirió auto de detención contra Olga López Jaramillo, fundando dicha providencia en las falsas delaciones, (sic) hechas bajo presiones, ofrecimientos y torturas, de los declarantes".

"1.15. Dicho auto de detención fue recurrido en apelación por el apoderado de Olga López J., doctor Diego López Jaramillo, recurso que sólo fue concedido el día 29 del mismo mes y año, pero el Juez Primero de Instrucción Penal Militar, doctor Gonzalo Alvarez Castañeda, con inexcusable omisión, se abstuvo de enviar las copias correspondientes al honorable Tribunal Superior Militar. Al ser requerido, las envió incompletas, por lo cual el Tribunal se abstuvo de avocar, con la diligencia y oportunidad necesarias, el conocimiento del recurso".

"1.16. El apoderado de Olga López Jaramillo, desde el mismo día de la indagatoria y en memoriales ulteriores solicitó la práctica de varias pruebas, entre ellas las de careo con las personas que la habían señalado como miembro de la organización sediciosa M-19. Dichas pruebas fueron inicialmente decretadas por el Juez. Al ser requerido, luego de dos meses de infructuosas peticiones y espera para su práctica, el Juez Primero de Instrucción Penal Militar arbitrariamente resolvió revocar el auto que las había decretado y denegó las pruebas que insistentemente solicitaban. Este nuevo auto fue recurrido en apelación ante el honorable Tribunal Superior Militar quien jamás se pronunció sobre la alzada, encontrándose a su Despacho esta petición desde el día 26 de noviembre de 1979".

"1.17. En ampliaciones de injuradas, los declarantes de cargo se retractaron de lo que habían dicho anteriormente bajo presiones y torturas y manifestaron que lo habían sostenido respecto a la doctora Olga López J., no era cierto, sino que habían sido inducidos esos cargos por los interrogadores y torturadores".

"1.18. Ante esa nueva situación procesal, y en vista de la ostensible parcialidad del funcionario instructor, se pidió al Comandante de la Brigada de Institutos Militares, quien de conformidad con el artículo 330 del Código de la Justicia Penal Militar y el artículo 9º del Decreto extraordinario 1923 de 1978 es el Juez de primera instancia para este tipo de procesos, que Olga López Jaramillo no fuera convocada a Consejo de Guerra Verbal. Esta petición fue *denegada* y la Resolución inapelable de convocatoria, produjo sus efectos con grave perjuicio para la libertad de Olga López J., quien, por esa circunstancia hubo de permanecer *detenida* un año largo más".

"1.19. Las injustas restricciones impuestas a la defensa determinaron la prolongada y angustiosa detención precautelativa de Olga López Jaramillo la cual sólo vino a terminar cuando el Presidente del *Consejo de Guerra Verbal,* Coronel Rafael Martín Prieto y el Fiscal del mismo Consejo de Guerra, Coronel Augusto Pradilla G., *oficiosamente* solicitaron la práctica de las pruebas que el *Juez Primero de Instrucción Penal Militar habían denegado,* quedando así demostrada la absoluta inimputabilidad de Olga López J., y su total desvinculación del grupo sedicioso M-19".

"1.20. El día trece (13) de enero de mil novecientos ochenta y uno (1981), después de más de dos años de injusta detención, el Consejo de Guerra Verbal que juzga a varios sindicados de rebelión pertenecientes al grupo subversivo M-19, se abstuvo de formular cuestionarios a Olga López Jaramillo y, ordenó su libertad en vista de que se demostró a través de las pruebas solicitadas de oficio por el Fiscal del Consejo de Guerra antes negadas por el Juez de Instrucción que la presunta implicada nada tenía que ver con la organización sediciosa ni estaba comprometida en ningún acto contra la seguridad interior del Estado".

"1.21. No obstante haber quedado en libertad, el 30 de marzo de 1981, la residencia de la calle 32 número 16-23 de Bogotá, fue aparatosamente allanada por quince unidades del Ejército, quienes penetraron al inmueble habitado en ese momento por María Cristina y Alberto Iván López Jaramillo, por el techo de la casa, rompiendo una claraboya de la manzarda y preguntando por el paradero de Olga López Jaramillo".

"1.22. La anterior residencia es propiedad del suscrito demandante y con ese allanamiento ha sufrido serios perjuicios materiales por los destrozos y daños causados por los allanadores, así como invencibles limitaciones comerciales para la venta y arrendamiento de dicho inmueble, habiéndose frustrado en varias ocasiones la oportunidad de enajenar o de arrendar dicho inmueble, por ese motivo. La doctora Olga López Jaramillo volvió a sentir amenazada su libertad y seguridad personal, obligándola a retirarse del país, abandonando su pequeña hija Olga Helena y situándose, en estos momentos, en la condición de refugiada con las limitaciones que la resdencia de un país extraño conlleva".

"Como resultado de las vías de hecho, fallas en el servicio y operaciones administrativas protagonizadas por funcionarios y agentes

del orden nacional, el suscrito demandante, su hija Olga López Jaramillo y su niña Olga Helena Roldán López, han sufrido las siguientes:

"C) *Consecuencias.*

"2. En razón de que mi hija Olga López Jaramillo de Roldán, al momento de su detención, se encontraba legalmente separada de su esposo Ernesto Roldán Mora mediante sentencia de siete (7) de julio de 1978 proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá D. E., toda carga moral y económica de la detención injusta de Olga López J., y de los padecimientos, educación y rehabilitación psicológica de la niña Olga Helena ha sido soportada por el suscrito demandante, quien por ese largo período de tiempo vivió una situación abrumadoramente aflictiva y tuvo que sufragar numerosos como cuantiosos gastos, todo lo cual afectó su actividad profesional y su economía psíquica y patrimonial".

"2.1. Las brutales torturas, el trato inhumano y degradante, las amenazas contra su vida y contra la integridad física de su pequeña hija, a más de la inducción psíquica que hacían los torturadores, llevaron a Olga López Jaramillo a una tentativa de suicidio para lo cual, antes de finalizar la etapa de incomunicación, se cercenó las venas de sus muñecas siendo intervenida quirúrgicamente de urgencias en el Hospital Militar, pero sin que se permita la aplicación de plasma, o se le hiciera una transfusión de sangre para ponerle la que había perdido y compensarle la deshidratación. Terminada la sutura fue nuevamente conducida al sitio de incomunicación e interrogatorio".

"2.2. Olga López Jaramillo de Roldán, además de las lesiones psicopatológicas derivadas de las torturas, de los graves perjuicios morales originados en una imputación calumniosa como miembro de una organización clandestina y amante uno de sus presuntos integrantes, el lucro cesante y daño moral objetivado creado con las limitaciones para ejercer su profesión médica al ser *reseñada* como delincuente, su fotografía entregada a la publicidad de la prensa —todo esto con flagrante violación del art. 305 del C. de P. P.— y ser oficialmente señalada como miembro de un grupo subversivo, así como los ulteriores actos de persecusión, condujeron a obligarla a abandonar el país y a situarse, en condiciones precarias, amargas y difíciles en calidad de refugiada política en un país extraño, donde actualmente se encuentra".

"2.3. La niña Olga Helena Roldán López vivió y sigue viviendo, la aflicción que le produce la obligada separación de su madre; el saber que su madre ha sido torturada y perseguida ha afectado su vida emocional en tal forma que el rendimiento escolar disminuyó sensiblemente, vive el sobresalto de que su madre vuelva a ser aprehendida; ha realizado cambios de conducta y de carácter y, en fin, sufre alucinaciones y pesadillas que, casi cotidianamente la angustian y atormentan. Todo esto es de fácil deducción y puede ser demostrado clínicamente y pericialmente" (fls. 6 a 15, cuaderno 1).

III. La demanda como soporte jurídico de las pretensiones, invoca las siguientes disposiciones:

"A) Constitución Nacional: Artículos 16, 20, 23, 26 y 28;

"B) Código de Justicia Penal Militar: Artículos 182, 499, 500, 501, 504, 521 y 240";

"C) Código Penal: Artículos 34, 272, 273, 274 y 279";

"D) Carta Internacional sobre Derechos Humanos: Artículos 5º, 9º y 11";

"E) Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos (Ley 74 de 1968): Artículos 7º y 9º, numerales 1 y 5";

"F) Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972): Artículo 8º, numeral 2, artículo 10 y artículo 25";

"G) Acuerdo sobre protección a personas sometidas a detención o presión adoptada por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento al delincuente celebrado en Ginebra en 1955 y aprobado por el Consejo Económico y Social en las Resoluciones 633C (XXIV) el 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977: Artículos 43, numerales 1, 2 y 95";

"H) Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: Artículos 1º al 12";

"I) Decreto extraordinario 2831 de 1954: Artículos 17 y 18";

"J) Código de Procedimiento Penal: Artículos 305, 355, 356, 357, 358, 364, 365, 368, 369, 370, 371, 388, 389, 392, 402, 407, 408 y 413" (fl. 16, cuaderno 1).

B. *La sentencia recurrida.*

El fallo ya referenciado de fecha 27 de junio de 1985, en su parte resolutiva dijo lo siguiente:

"Primero: Declárase a la Nación colombiana, administrativamente responsable de los perjuicios causados al doctor Iván López Botero, a la doctora Olga López Jaramillo de Roldán y a la menor Olga Helena Roldán López como consecuencia de las torturas inmorales a que ellos fueron sometidos y de las lesiones psíquicas y corporales causadas a la doctora Olga López Jaramillo de Roldán durante el tiempo transcurrido entre el 13 de enero de 1979 hasta el 13 de enero de 1981, en las instalaciones de la Brigada de Institutos Militares (BIM), y otras dependencias oficiales.

"Segundo: Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la Nación colombiana (Ministerio de Defensa Nacional) a pagar:

"A) Al doctor Iván López Botero, identificado con cédula de ciudadanía número 1.270.021 expedida en Calarcá (Quindío), a la doctora Olga López Jaramillo de Roldán, identificada con la cédula de ciudadanía número 41.524.669 de Bogotá y a la hija de ésta, la menor Olga Helena Roldán López, para cada uno, el valor que a la fecha de ejecutoria de esta sentencia tengan mil (1.000) gramos de oro puro,

conforme al precio que certifique el Banco de la República, a título de perjuicios morales. Estas cantidades devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, e intereses comerciales moratorios después de este término;

"B) A la doctora Olga López Jaramillo de Roldán el valor que se liquide por el procedimiento previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, siguiendo las bases dadas en esta sentencia, a título de perjuicios materiales. La cantidad que se reconozca devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del auto que la concrete y moratorios después de este término.

"Tercero: Deniéganse las restantes súplicas de la demanda.

"Cuarto: Declárase no probada la excepción de caducidad propuesta por el apoderado de la Nación (Ministerio de Defensa Nacional).

"Quinto: Expídanse las copias mencionadas en la parte motiva de este fallo, y envíense a las autoridades allí indicadas, para que se investiguen los delitos en que se hubiere incurrido, y las demás violaciones de la Constitución Nacional y a la ley".

C. *El recurso de anulación.*

La Nación —Ministerio de Defensa Nacional—, mediante apoderado legalmente constituido, hizo uso del recurso extraordinario de anulación contra la sentencia, ya anteriormente indicada, con el alcance de que se anule íntegra y totalmente, y que una vez obtenida esta pretensión, el Consejo de Estado se constituya como Tribunal de instancia y deniegue toda responsabilidad a la Nación —Ministerio de Defensa Nacional—, y en consecuencia, declare que no existieron torturas, vejámenes ni trato inhumano por parte de las Fuerzas Militares, ni que hubo violación alguna de la ley.

Contra la sentencia acusada se formularon diez cargos, cuya síntesis se efectúa en la parte considerativa de esta sentencia que resuelve el recurso de anulación.

D. *El concepto Fiscal.*

La Fiscalía Segunda del Consejo de Estado en su concepto final, concluye que no procede la anulación de la sentencia impugnada. Allí se analizan cada uno de los cargos formulados contra ésta, y la Sala en la parte considerativa de este fallo alude a las precisiones consignadas por la colaboradora Fiscal.

Consideraciones:

Diez cargos propone el recurrente contra la sentencia de la Sección Tercera, que serán resueltos en su orden, así:

I. *Primer cargo.*

Se dice que la sentencia viola los artículos 2º, 20, 55, 58 y 170 de la Constitución Nacional, y luego de indicarse lo que normativamente

precisa cada una de esas normas, estima que aquélla deduce la presunta responsabilidad subjetiva de funcionarios públicos, expresamente identificados en la época de los hechos, con lo cual el Consejo de Estado (Sección Tercera) incurre en el exceso o desvío de poder, exorbitante a su competencia, de señalar a personas concretas como autores de hechos ilícitos, y de calificar tales hechos, con la conclusión expresa, dada en esa sentencia, que "resulta evidente de que quienes ejecutaron directa o indirectamente estos actos, quienes los toleraron y pudiendo evitarlos, no los impidieron, violaron la Constitución Nacional y la ley penal por acción o por omisión". Señala el acusador que esta tarea no le corresponde al Consejo, dentro del marco de sus funciones y atribuciones, puesto que su competencia es la de establecer la responsabilidad objetiva de la administración por fallas o faltas de servicio, lo que de suyo excluye en absoluto toda consideración personalista, cuando de ésta se deduce responsabilidad penal concreta, y máxime cuando se apoya a su sentir en la "precaria, sospechosa e incompleta prueba testimonial, rendida por sujetos parcializados y no valorada por el Juzgador de lo Contencioso Administrativo". En la conclusión del cargo se formula la crítica de que el Consejo de Estado hubiera asumido pormenorizadamente la imputación o fijación de la responsabilidad subjetiva, careciendo de competencia para ello, por lo que la violación de la Carta tiene una incidencia en la parte resolutiva de la sentencia —especialmente de su punto quinto—, puesto que tal decisión es el resultado directo del exceso o desvío de poder, ya censurado.

Sobre el cargo anterior, discurre la Fiscalía, que si bien es cierto que en la sentencia se hace alusión a la responsabilidad en que incurrieron ciertos altos funcionarios, lo que a su juicio "no es necesario ni oportuno" en un fallo de "esta naturaleza", no lo es menos que las referencias anteriores no incidieron en la parte resolutiva de la sentencia, puesto que sólo se ordenó abrir investigación por unos delitos, sin que se haya llegado a declarar la responsabilidad subjetiva de nadie.

Se resuelve el cargo:

De la sola lectura de los textos constitucionales citados en la censura, no se deduce que la competencia del Consejo lo sea para establecer la responsabilidad de la administración por fallas o faltas del servicio, que obviamente sí la tiene por razón de otros preceptos positivos que no fueron invocados, por lo que bien puede llegarse a concluir que la proposición jurídica no fue debidamente integrada por el recurrente, si se tiene en cuenta que por virtud del artículo 141 (3ª) de la Constitución Nacional es atribución de aquél órgano jurisdiccional desempeñar las funciones del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley; además, de que es el artículo 137 de aquella obra, el que prevé la división del Consejo en Salas o Secciones para separar las funciones que le competen como tal Tribunal, de las demás que le asignen la Constitución y la ley. Necesariamente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo produjo la sentencia que ahora es objeto del recurso extraordinario de anulación, con base en preceptos legales que le asignan competencia en la materia del correspondiente debate jurisdiccional, pero sin haberse señalado por el censor ninguna

de ellas. En tal rigor de ideas, se tiene cómo el artículo 82 del Decreto-ley 01 de 1984, dispone que la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones administrativas; además que el artículo 96 (7) *ibidem*, prescribe que compete a la Sala Plena del Consejo distribuir, mediante acuerdo, las funciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, entre las secciones que la constituyen, con base en un criterio de especialización.

Con la sola mención de los textos constitucionales que hace el recurrente, sin la integración de otros de la misma estirpe supralegal, como de aquellos de rango legislativo, que consagran competencia para el Consejo de Estado a través de sus Salas o Secciones, no es dable entrar al debido análisis de si la sentencia que se acusa extralimita dichas competencias, como lo alega la censura. Vale decir, que por la omisión de variadas normas constitucionales y legales, no se consolida la debida proposición jurídica que ha debido precisarse como tal; además que en este recurso extraordinario se hace necesaria la formulación del cargo con la concreción de las normas positivas, constitucionales o legales, pretendidamente violadas, sin que al juzgador se le permita ir en su búsqueda, como ni siquiera es lo permitido en los procesos de instancia en la justicia administrativa.

El principio *iura novit curia*, de suyo y por razones obvias, no puede encontrar asiento en los recursos extraordinarios como el de anulación, en que precisamente por la naturaleza de la controversia por la que se le abre proceso a una sentencia ejecutoriada por ser supuestamente contraria de una manera directa a la Constitución o a la ley sustantiva, le corresponde necesariamente a la parte que la repudia, formular el cargo en la forma dicha en el acápite anterior, sin posibilidad de resquicios, que mucho menos puede llenar o solventar el Juez, so pena de convertirse en acusador de la providencia judicial que es objeto del recurso.

La censura en el cargo que se estudia, puede decirse, que se quedó a mitad de camino, como para llegar a determinarse si la sentencia, como lo infiere la parte recurrente, dedujo una responsabilidad subjetiva de funcionarios públicos, incurriéndose así por la Sección Tercera del Consejo de Estado en un exceso o desvío de poder, "exorbitante a su competencia", como textualmente se afirma en el respectivo escrito. No es posible ello, puesto que faltó, vuelve a repetirse, el señalamiento de aquellos textos normativos con vocación de competencia exclusiva para el Consejo y que el autor de la censura denomina en su contenido como de responsabilidad objetiva de la administración. Con la cortedad de las normas señaladas por el recurrente, no puede llegar a establecerse la "extralimitación manifiesta de la competencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo... traspasando o desviando sus facultades legales específicas..." No se precisaron, ni se concretaron dichos preceptos, y desde luego por esa misma omisión tampoco se expresó la incidencia de su violación en la parte resolutiva de la sentencia enjuiciada.

Por lo anterior el cargo necesariamente no está llamado a prosperar. Pero sin embargo vale agregar: El Consejo encuentra que la

sentencia no se ha ido por los derroteros de la responsabilidad subjetiva de carácter penal, por la sola circunstancia de que haya ordenado abrir investigación por unos delitos supuestamente cometidos. En tal evento es la justicia penal la llamada a establecerlos o comprobarlos y a sancionarlos correlativamente. Su sola indicación en una sentencia contencioso-administrativa no implica que el Juez Administrativo se haya ido por los atajos del derecho penal, comprobando delitos y estableciendo castigos. De su lectura no se infiere semejante trasvasamiento del orden jurídico.

Por otra parte no es dable dentro de los precisos contornos del recurso de anulación entrar a elucidar si la sentencia en su pesquisa probatoria estableció, sí o no, una llamada responsabilidad subjetiva, como tampoco si ésta sirvió de soporte a la responsabilidad estatal. Sabido es que la metodología del recurso extraordinario de anulación, no admite la acusación de sentencias por violación indirecta de la Constitución o de la ley sustantiva; que sólo es factible —la transgresión indirecta— cuando el aspecto probatorio está de por medio, o sea, cuando la apreciación errónea o la falta de apreciación de un medio de convicción judicial conduce a la infracción de la norma de derecho. La violación indirecta, siempre emana, por tanto, del error *facti in judicando*. El instituto acusatorio de la anulación extraordinaria, entonces, ha de tener por objeto la sentencia que infrinja de una manera directa la Constitución o la ley; o sea, cuando desconoce una u otra derechamente, sin rodeos, vale decir, sin consideración a la prueba de los hechos. Por este sendero de la amplitud, tampoco estaría llamado a prosperar el cargo, puesto que la acusación implicaría para el Consejo de Estado entrar a revisar el acervo probatorio, para de allí proseguir el camino de la violación de unos textos, ni siquiera precisados de una manera concreta, en cuanto a la eventual incompetencia de la Sección Tercera. Sólo ese examen podría llevar a establecer si hubo una específica y simple responsabilidad civil o patrimonial del autor de los hechos o si una típica responsabilidad del Estado por hechos perjudiciales o nocivos de sus agentes. Irremediablemente frente a una sentencia declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, como la que aquí se acusa, a efecto de verificar si se rebasaron competencialmente los límites de la responsabilidad por fallas o faltas del servicio como se afirma en el escrito del recurso, habría necesariamente que llegar a un nuevo examen de las pruebas, que como vuelve a repetirse resulta exótico bajo la modalidad del recurso extraordinario de anulación.

No prospera, en consecuencia, el cargo.

II. *Segundo cargo.*

A través de este cargo se acusa a la sentencia de violar directamente el artículo 16 de la Constitución Nacional. Se arguye, en síntesis, que aquélla se fundamentó en el hecho de haber existido torturas, vejámenes y en general la comisión de varios delitos, que suponen fallas de la administración, incurriéndose así en la violación dicha; que toda la teoría de la responsabilidad del Estado por fallas del servicio se encuentra edificada sobre la base de aquélla norma constitucional, por la cual siempre que se pretenda una indemnización de perjuicios a cargo de la Nación, con base en la falla del servicio,

necesariamente habrá de invocarse dicho precepto; que en el caso *sub lite*, empero, el fallo de la Sección Tercera se motivó exclusivamente sobre la circunstancia de que se cometieron unos "delitos" por parte de algunas autoridades militares y algunas civiles, por lo que resulta insistente en señalar como constitutivos de la "falla en el servicio" "las torturas, los vejámenes y el trato inhumano adoptado por los investigadores castrenses"; que independientemente de la incapacidad del Consejo de Estado para definir delitos, lo que si es indudable es que la comisión de ellos por sí sólo no constituye falla en el servicio ya que el Estado no delinque, y puesto que los delitos cometidos por sus funcionarios no comprometen su responsabilidad, por lo menos dentro del aludido concepto de "falla del servicio"; que al examinar el fallo en su conjunto, resulta claro que se edifica sobre la existencia de delitos, pero no porque el Estado haya dejado de hacer o de ejecutar acciones con base en el precepto constitucional en cita, y es así como en la página 80 de aquél se leen párrafos como los que siguen: "...de los relatos anteriores queda claro que no se adelantó un proceso penal sino una serie interminable de atropellos y violaciones so pretexto de ejercer funciones públicas y que configuran las doctrinalmente llamadas 'vías de hecho' (...)"; "la condenación al pago de perjuicios tiene como soporte fáctico las torturas..." (...); "de las pruebas surge que se incurrió en otras diversas arbitrariedades y fraudes procesales por parte de la justicia castrense..." Termina el cargo, con la afirmación de que la sentencia viola directamente por aplicación indebida el artículo 16 de la Carta "el cual constituye el supuesto que la sentencia no menciona...", pero que no puede aplicarse cuando el fenómeno que se presenta es la comisión de delitos, para lo cual carece de competencia el Consejo de Estado.

Este cargo, como el anterior, fue analizado por la colaboradora Fiscal conjuntamente por lo que los argumentos expuestos a la sazón le conducen a concluir que el presente no puede prosperar.

Se resuelve el cargo:

Tanto el presente cargo como el anterior, atinan a señalar que la sentencia enjuiciada, al precisar la existencia de torturas y delitos lo que ha querido significar es la temática de la falta personal del agente, que no da lugar, a sentir del recurrente, a la falla del servicio, generadora de la responsabilidad que se ha llamado primaria y objetiva del Estado, que encuentra su fundamento en el artículo 16 de la Carta Fundamental.

Haciendo abstracción de toda incidencia probatoria acerca de los hechos y circunstancias que determinaron la condena por responsabilidad, cuyo reexamen se encuentra vedado en el recurso extraordinario que ahora se decide, tal como quedara consignado en el número I anterior, vale la pena señalar que la sentencia no está ameritando por ninguna parte una exclusiva falta personal que comprometa únicamente al funcionario responsable. Al contrario, dicha providencia judicial, lo que ha querido significar y así se infiere de la lectura de su parte considerativa, es que algunos funcionarios en el ejercicio de sus funciones públicas incurrieron en hechos o demasías —que inclusive califica de torturas— pero que de todas maneras comprometen la responsabilidad estatal.

No dice la sentencia por ninguna parte que la falta personal en que incurrieron los agentes estatales, "las torturas, los vejámenes y el trato inhumano adoptado por los investigadores castrenses", sean separables de la función pública. Por el contrario, el proveído enjuiciado alude a que los atropellos cometidos bajo el pretexto del ejercicio de funciones públicas, configuraron las *"doctrinalmente llamadas vías de hecho"*.

La vía de hecho administrativa, que siempre la ha considerado la doctrina y la jurisprudencia, como la contraria a la vía de derecho, implica en algunas circunstancias la actuación material inesperada, irregular e innecesaria llevada a cabo por la administración contra los derechos o las libertades públicas —o sea, la arbitrariedad de la administración, o cuando esta obra en ejercicio de un derecho que realmente tiene, pero con ausencia del procedimiento legal o aplicable distinto al señalado por la ley (sent. 28 de octubre de 1976, sección 3ª. Exp. 1482)— ha de generar responsabilidad administrativa. Tan es ello así que el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, que hace parte del Libro Segundo sobre "Control Jurisdiccional de la actividad administrativa", alude que esta última se cumple mediante actos o hechos y toda ella sujeta al control jurisdiccional en los términos previstos en la Constitución, en las leyes y en el mismo Código. Luego esa misma disposición define los actos administrativos, los hechos administrativos, para luego concluir que las llamadas "operaciones administrativas" y "vías de hecho", se considerarán en adelante y para todos los efectos, actos administrativos.

La sentencia que alude a los atropellos y violaciones ejercidos bajo el pretexto del ejercicio de funciones públicas —vías de hecho—, determina que "la condenación al pago de perjuicios tiene como soporte fáctico las torturas..." Vale significar respecto a esto último como bien lo señala el recurrente, que el llamado delito de torturas, fue apenas legalmente tipificado en el Código Penal (art. 279) que entró a regir en 1981, es decir, con posterioridad al acaecimiento de los hechos, por lo cual ha de entenderse que no se estuvo frente a la comisión de un delito, que por otro lado siempre es del agente, como fuente de reparación del daño. Aún cuando sobre este respecto es del caso precisar que el dolo o la culpa del funcionario en el ejercicio de la actividad administrativa o de la prestación del servicio público puede ser fuente de responsabilidad estatal, si como se dijera atrás, la falta personal es imposible de separar de la función pública ejercida por el respectivo agente.

Sobre esto, y para hacer ver cómo la falta delictual del agente público en el ejercicio de la función pública, puede acarrear la responsabilidad extracontractual de la administración, y no la simple responsabilidad personal de aquel, vale la pena acudir a la autorizada voz de André de Laubadére, cuando en su obra Manual de Derecho Administrativo (Trad. del francés, Ed. Temis, 1984, págs. 110 y 111), dice lo siguiente:

> "La distinción entre la responsabilidad de la administración y la del funcionario estriba en la oposición fundamental entre la *falta del servicio* y la *falta personal*. El daño ocasionado por una falta de un agente público compromete la responsabilidad de la

administración si se trata de una falta del servicio; por el contrario, compromete únicamente al funcionario cuando hay una falta personal.

"La falta personal es separable de la función.

"Pero, en qué circunstancias se puede considerar separable una falta? La definición de la falta separable se debe a la jurisprudencia; su criterio tiene matices y es difícil de concretar en fórmulas. Sin embargo, una de estas fórmulas sigue siendo célebre y es la que fue dada por Laferreire en sus conclusiones sobre el negocio Laumonnier-Carriol: hay falta del servicio cuando 'el acto perjudicial es impersonal y revela un administrador más o menos sujeto a error', y falta personal si revela al 'hombre con sus debilidades, sus pasiones y sus imprudencias".

"Según la jurisprudencia hay entonces falta separable:

"1. En primer lugar y eso se cae de su peso, cuando se trata de un acto realizado por el funcionario *fuera del ejercicio de sus funciones,* completamente en su vida privada o por lo menos al margen del ejercicio propiamente dicho de sus funciones".

"2. En razón del fin, cuando el acto realizado en el ejercicio de las funciones, ha tenido mala intención (tirria, venganza contra la víctima)".

"En razón de la *gravedad,* cuando el acto, realizado siempre en el ejercicio de las funciones, ha consistido en una irregularidad burda, en un error flagrante; es por ejemplo, el caso de la vía de hecho, o también la hipótesis en que el hecho perjudicial ha constituido un delito penal. Pero estas no son más que directrices básicas, pues la jurisprudencia tiene más matices; para ella la gravedad es solamente un elemento de evaluación y no un criterio absoluto: por eso la culpa penal lo mismo que la vía de hecho, a veces pueden constituir culpas del servicios".

El Consejo de Estado, sobre este respecto, partiendo del supuesto que la responsabilidad de los entes públicos se basa en la denominada teoría de la "falla del servicio", que tiene su fundamento jurídico en el artículo 16 de la Constitución Nacional (v. gr. sent. 24 de octubre de 1975, sec. 3ª), y luego de sostener que cuando se alega como fundamento de la responsabilidad dicha falla, el problema de la culpa personal del funcionario desaparece para darle campo a la falla o culpa funcional o anónima del servicio, desapareciendo en tal caso la necesidad de demostrar la acción u omisión del agente (por ejemplo, auto de 29 de noviembre de 1977, sección 3ª. Exp. 2207). El Consejo ha sido consecuente en determinar que la falla o culpa personal del agente no es óbice para la responsabilidad estatal, si por otro lado lo ha sido con ocasión del servicio. Precisamente sobre esto último se pronunció así la Corporación:

"Si bien durante mucho tiempo se admitió la distinción entre el hecho personal y la falla del servicio, para fundar sobre la misma tesis de la no acumulación de responsabilidades, desde

principios del siglo la doctrina y la jurisprudencia aceptaron la superposición de las dos culpas merced a la revisión de la misma tesis sobre la falla del servicio. Esto hizo afirmar al comisario de gobierno León Blum (citado por Charles Rousseau) que si la falta personal ha sido cometida en el servicio o con ocasión de él, si los medios y los instrumentos de la falta han sido puestos por el servicio a disposición del culpable, si la víctima ha sido puesta en presencia del culpable por efecto del servicio, si, en una palabra, el servicio ha condicionado la ejecución de la falta o la producción de la falla con consecuencias dañinas respecto de un individuo determinado, el juez administrativo podrá y deberá decir: 'la falta se separa quizás del servicio, pero el servicio no se separa de la falta'. Muestra lo procedente que si se hubieran probado ciertos presupuestos y aún la culpa personal del conductor del jeep oficial, no por eso se hubiera librado la Nación de su responsabilidad" (sent. 2 de mayo de 1978, sec. 3ª exp. 1858).

En otras decisiones del Consejo como la de la sentencia de 18 de abril de 1984 (sección 3ª Exp. 2586) que a su vez se remite a la de 22 de marzo de 1974, se sostiene que "la falla o falta del servicio puede coexistir con la culpa personal del agente".

Podrá agregarse entonces que la actividad dolosa del agente, o delictuosa como quiera decirse, no es óbice para la responsabilidad de la administración, si aquella conducta fue dada por razón o con ocasión de la función pública, mal o indebidamente ejercitada, causante en última instancia del daño o perjuicio irrogado al administrado. Este es el sentido de la culpa publicística que obliga al Estado a indemnizar, esté o no identificado el agente, o probada o no probada la culpa o dolo de este, acreditado su proceder delictivo o no, puesto que la regla estriba en que las personas jurídicas de derecho público responden por los daños que sus agentes causen a terceros en su calidad de tales y en el ejercicio o con ocasión de sus funciones. Es indudable que cabrá la acción regresiva contra el funcionario responsable en los casos de culpa, dolo o delito suyo, y es por ello que el Código Contencioso Administrativo conteste con aquellos principios, en su artículo 77, señala este principio tutelar: "Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones". Y consecuente con lo anterior el artículo 217 de la misma obra posibilita al demandado o al ministerio público en los procesos relativos a contratos y de los de reparación directa y cumplimiento, dentro del término de fijación en lista, denunciar el pleito.

De todo lo anterior, se colige que las expresiones utilizadas en el fallo acusado, como las de "torturas, vejámenes", "trato inhumano", "atropellos", "violaciones", no demeritan la responsabilidad de la Nación que encontró probada el sentenciador de entonces, y que le queda vedado al de ahora entrar a revisar, puesto que el recurso extraordinario no admite sino la violación directa de la ley, o sea, cuando el aspecto probatorio no esté en juego o de por medio.

El Consejo también en sentencia de fecha 27 de agosto de 1984 (Sección 3ª, Exp. 3272) fue explícito en señalar que la falla del servicio puede darse con o sin concurrencia de la falta personal. E inclusive se plantea allí el interesante tema de la responsabilidad del Estado cuando agentes suyos hacen "uso inadecuado, excesivo e irresponsable de sus armas de dotación oficial". Tema este que tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa han desarrollado bajo el criterio de que aún hay lugar a responsabilidad del poder público por falta personal del agente, cometida fuera del servicio, si realmente ha mediado una transgresión al reglamento militar que ha hecho posible esa falta personal del subalterno. Por eso en esa sentencia anteriormente citada, se trae esta interesante afirmación:

> "El solo hecho de la embriaguez, en lugar público, con las armas oficiales, muestra la falta de la administración y su responsabilidad directa en la conducta de sus agentes. Estos, dentro o fuera de sus funciones, tienen un reglamento de uso y porte de las armas que deben acatar. Sólo ese acatamiento riguroso es garantía para los demás".

El autor francés Jean-Marie Becet en su obra *"La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par l'Armée aux particuliers"* (La responsabilidad del Estado por los daños causados por las Fuerzas Armadas a los Particulares) sostiene que la modalidad particular del sistema de acumulación de responsabilidades que permiten declarar al Estado responsable de daños causados por un agente fuera de sus funciones, sólo rige en el marco del servicio del ejército. Al efecto agrega el jurista francés que la disciplina militar, traducida en diferentes reglamentos, crea en efecto entre la autoridad militar y los agentes del servicio un vínculo de subordinación que ambos deben respetar. "El debilitamiento de este vínculo si hipotéticamente constituye una falta del subalterno puede también implicar una falta del superior investido de la autoridad; falta que ciertamente no es la causa directa del daño, pero que interviene en la génesis del mismo".

"Por consiguiente, si la autoridad militar puede ejercer sus poderes de control y no actúa, comete por ello una negligencia que revela la mala organización del servicio. En virtud del vínculo *militar-servicio* que se concreta en un estado de subordinación del primero con relación al segundo, y que implica obligaciones recíprocas, habiendo el ejército faltado a sus deberes, puede ser declarado responsable de las actuaciones de los militares, que actuando fuera del servicio, cometan una falta. Al contrario, si las autoridades superiores han tomado todas las medidas de vigilancia o control previstas por el reglamento, no puede imputárseles ninguna falta y el vínculo de subordinación debe entenderse como desconocido exclusivamente por el subalterno".

"Por lo demás, esta característica propia del servicio del ejército explica porque la falta de vigilancia o la ausencia de control es tan a menudo tomada en cuenta por el juez quien reconoce más fácilmente cada vez la falta del servicio: Las sentencias sobre la materia daban cuenta inicialmente de una negligencia precisa de parte de la autoridad militar. Luego, en su deseo de facilitar la definición de la responsabilidad del Estado por la falta del servicio, el Consejo de Estado llegó a asimilar a una falta del servicio público 'las prácticas que aunque

revelasen un cierto dejar hacer, eran sin embargo más severamente calificadas de lo que ordinariamente lo es el comportamiento de la administración', en fin a presumir la falta del servicio sin destacar hechos precisos imputables a la administración militar" ("*La responsabilité de l'Etat..., Paris, Librairie Generale de Droit,* 1969, págs. 208 y 209").

No encontrándose, por lo ya dicho, que la sentencia de la Sección Tercera, enjuiciada ahora, transgreda directamente el artículo 16 de la Carta, y advirtiendo aquella en su parte motiva que las instituciones no delinquen, sino los hombres los que yerran en su conducta "y descubriéndolos y sancionándolos se salvaguarda el honor de la institución a que pertenecen o que conforman" fue por lo que en su parte resolutiva se ordenó investigar "los delitos en que se hubiere incurrido, y las demás violaciones de la Constitución y a la ley"; lo que de suyo es una obligación de carácter legal, que por otra parte no mengua la responsabilidad de la administración, y en cuanto establecida en su aspecto fáctico o probatorio en el proceso inicial, inhibe como ya se ha dicho aquí, entrar a revisar a través del recurso extraordinario, la eficacia de su convicción, como soporte o medio para establecer la violación indirecta de cánones superiores, como quiera que esta última modalidad de ataque no es de recibo en tan especial medio de impugnación.

No prospera el cargo.

III. *Tercer cargo.*

En síntesis este cargo se contrae a que como el fallo ha deducido una responsabilidad delictual por parte de empleados en ejercicio de funciones y por razón de ellas, es indispensable que se debata previamente, dentro de los procedimientos que ordena la Constitución Nacional y con las formas y ritualidades propias del ejercicio de la acción penal, lo relacionado con la imputabilidad y responsabilidad penales, para entonces sí deducir la responsabilidad administrativa nacida de ese acto delictuoso. El epígrafe del cargo reza "violación flagrante del artículo 26 de la Constitución Nacional". En este orden de ideas, analiza el cargo diferentes aspectos del fallo, como aquellos de que no se sabe a ciencia cierta si a los entonces, Presidente de la República, Ministro de Justicia, Procurador y Viceprocuradora y Comandante de la Brigada se les sindica como autores o cómplices de delitos oficiales, o simplemente se les ordena abrir juicio político, por los hechos de que da cuenta la misma providencia. Se advierte que la responsabilidad estatal puede tener tres clases de origen, contractual, extracontractual y delictual; esta última dándose por parte de empleados en ejercicio de sus funciones y por razón de ellas, pero que necesariamente debe debatirse previamente con las formas y ritualidades propias de la acción penal. Cuando la imputación del acto hace referencia a una actividad judicial, no puede hablarse de responsabilidad administrativa, sino de responsabilidad por actos judiciales. Se dice que antes de la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil era posible deducir dicha responsabilidad judicial por parte de la jurisdicción administrativa, pero luego esa competencia fue atribuida exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia o a los Tribunales Superiores (arts. 25 y 40 del C. de P. C.).

Se debe tener en cuenta, prosigue el recurrente, que además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responden por los perjuicios que causen a las partes en los eventos señalados en el artículo 40 de aquel estatuto procedimental, por lo cual cuando se pretenda exigir indemnizaciones debe acudirse ante la justicia civil, "previo el trámite del proceso penal correspondiente". Se expone en el escrito del recurso que en el fallo se habla de haberse procedido indebidamente por los altos funcionarios al no ejercerse la debida vigilancia sobre los funcionarios judiciales; que se procedió con arbitrariedad en los allanamientos y demás actuaciones judiciales, en el proceso penal adelantado contra la beneficiaria de la indemnización, dándose además el fenómeno del fraude procesal; que en estas condiciones se incurre en múltiples contradicciones, violándose así el texto constitucional invocado en el cargo, como las normas referenciadas del Código de Procedimiento Civil, que atribuyen a la justicia ordinaria el conocimiento de la responsabilidad por actos judiciales, que en forma hábil la sentencia, contradiciéndose con lo anterior, pretende fundamentarse en las vías de hecho y en la denominada falla del servicio, cuando al deducir responsabilidad, sin tener en cuenta las imputaciones delictuales, acoge la responsabilidad extracontractual por fallas del servicio, para así evitar la necesaria prejudiciabilidad de que trata tanto el Código de Procedimiento Civil como el de Procedimiento Penal (arts. 170 y 171); que el expediente en el Consejo de Estado se ha convertido en un proceso de carácter penal que habría de culminar como si se tratara de un auto de detención "concluyera en la condena a cargo de la Nación, dizque por un indicio grave" (sic); que por pretenderse construir un sumario de naturaleza penal dentro de un expediente de carácter administrativo tiene que incurrirse en muchos yerros, a lo que se agrega que por esta "mistificación" (sic) procesal se incurre en el yerro mayor de no adjuntarse documentos o pruebas relacionados con investigaciones administrativas o penales que se hubieran adelantado contra presuntos responsables de las fantásticas torturas, y que por eso la ley es sabia cuando establece la prejudicialidad; que si se acepta en gracia de discusión la falla del servicio es perfectamente inaceptable la actitud de la Sala de Decisión, con total falta de competencia, haber iniciado contra altos funcionarios juicios políticos, puesto que con el artículo 102 de la Carta sólo la Cámara de Representantes, puede entrar a estudiar la cuestión oficiosamente o por denuncias y quejas que ante ella presente el procurador o los particulares, y sucede que el Consejo de Estado no es un particular. El cargo termina con la insistencia de haberse violado el artículo 26 de la Constitución Nacional "por cuanto no se siguieron los fines propios de cada juicio para proferir el fallo impugnado el Código Penal y de Procedimiento y se juzgó sobre simples suposiciones, afirmaciones de interesados (personales y políticos) y de oídas, pretendidos dictámenes que no lo son, y en fin, con toda una serie de irregularidades que condujeron a una condena arbitraria a la Nación".

La colaboradora Fiscal conceptúa que la llamada prejudicialidad no es de recibo según constante jurisprudencia del Consejo y luego de apuntar que la existencia y la prueba de la llamada falla del servicio es lo que lleva a declarar la responsabilidad objetiva de la administración, independiente de la responsabilidad personal o sub-

jetiva en la que pueda incurrir el funcionario y de la cual se ocupa la justicia penal, expresa estos interesantes pareceres que son definitivos para la solución del cargo:

"No se puede desconocer, que en un momento dado los hechos generadores del perjuicio que se reclama ante la jurisdicción contencioso administrativa, pueden ser coincidentemente hechos constitutivos de conductas que individualmente consideradas acarrean también algún tipo de responsabilidad subjetiva y precisamente por eso pueden ser objeto de investigación penal".

"Tampoco puede aceptarse, como lo pretente el recurrente, que la sentencia de la Sección Tercera que se acusa, haya hecho un enjuiciamiento penal de los funcionarios mencionados en ella, pues aunque es cierto que en la parte motiva de la sentencia se refiere con nombres propios a algunos funcionarios aparte de producir las reacciones normales y propias a tales alusiones, lo cierto es que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, los alcances de las sentencias en esta clase de procesos contenciosos, no son otros que los resarcimientos de unos perjuicios materiales y morales. No se podía, ni tampoco lo hizo el fallo, decidir sobre la responsabilidad subjetiva en que hayan podido incurrir algunos funcionarios".

"La redacción, el estilo y las frases que en un momento dado pueda utilizar el sentenciador, son cuestiones que, aunque pueden ser objeto de comentarios, de críticas o de diferentes reacciones en los lectores, y con lo cual se puede o no estar de acuerdo, no siempre pueden dar lugar a una violación directa de la ley sustantiva o de la Constitución Nacional".

Se resuelve el cargo:

Realmente con la sola transcripción hecha atrás del acertado concepto de la Fiscalía, que acoge íntegramente la Sala, queda desvirtuado el cargo; sin embargo vale la pena agregar algunas consideraciones adicionales.

La sentencia acusada en ningún momento enjuicia la conducta personal de los funcionarios, delictiva o no, aun cuando si se permite calificar o denominar los hechos que acepta como probados, y aun cuando los señale como delictuosos no implica ello de manera alguna que esté fulminando una condena de carácter penal, como equivocadamente quiere hacer ver el autor de la censura. Ni más faltaba que si un Juez de la República dentro del proceso fallador de establecer su convencimiento acerca de los hechos fundamentales de la acción, piense que ellos sean configurativos de una conducta punible y que pida su investigación, como en el caso presente, ya por ello se entienda que aquél entró por el derrotero del proceso penal, sin competencia desde luego.

Al estudiarse el cargo segundo, quedó dicho como resulta irrelevante dentro de la modalidad de la falla del servicio, que sirve de fundamento a la responsabilidad aquiliana del Estado, individualizar o no al agente causante del daño, puesto que para los fines de aquélla, lo importante es la culpa publicística, o anónima de la administración

pública. Hallado ese agente, individualizado inclusive en su nombre, probada procesalmente su conducta y omisión dañosos por razón o en ejercicio de la función pública, o pretextándola o aparentándola inclusive, no por ello el sujeto pasivo de la responsabilidad cambia, como por arte de magia trastrocándose de administrativa en subjetiva. La legitimación en la causa pasiva en la acción de responsabilidad no puede quedar al socaire de que por el análisis probatorio se deduzca una culpa conexa del agente o funcionario, dado que en tal evento la titularidad de los sujetos en la relación sustancial no puede quedar desnaturalizada ante el accidente probatorio de que al lado de la responsabilidad directa de la administración se sume la conducta dolosa o culposa de aquél. Dicho en otras palabras, la responsabilidad estatal no se desfigura o transmuta en su esencia, por cuanto además de ella se haya dado la falta personal del agente, como quiera que es la primera la que obliga o compromete a la administración. Suponer lo contrario es algo que repugna a la más elemental lógica formal.

Tampoco la falta personal del agente, eventualmente constitutiva de una conducta castigada por el derecho penal, puede dar lugar a una suspensión del proceso contencioso-administrativo, a la espera de que aquélla quede plenamente establecida ante la jurisdicción competente, puesto que no es el delito del agente la fuente de la responsabilidad, sino la falla del servicio que es precisamente la que en el campo del derecho público representa la posibilidad para el administrado de obtener la reparación de los daños imputables al Estado como una manera de restituir el equilibrio económico roto por hechos o actos del Poder Público.

El Consejo de Estado al entrar a negar la suspensión del proceso por una eventual prejudicialidad de carácter penal en un caso similar al que aquí se plantea, expuso lo siguiente:

> "Cuando se alega como fundamento de la responsabilidad la falla del servicio el problema de la culpa personal del funcionario desaparece para darle campo a la falla o culpa anónima del servicio. En otros términos, al desaparecer aquélla sobra su calificación en el proceso penal. En el juicio de responsabilidad se define sólo si el servicio funcionó mal o no funcionó y si con ocasión de ese mal o no funcionamiento se produjo un determinado daño en cabeza de la víctima. Aunque no es propiamente responsabilidad por el riesgo creado u objetiva la culpa pierde su individualidad, no es predicable de un funcionario en particular, y se imputa al servicio en general. Por eso se sostiene que en estos casos se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado por la falla del servicio o culpa de la administración, desapareciendo, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado, puesto que es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima. Y esta falla o culpa de la administración se presume, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos. De allí que le baste a la víctima demostrar la falla causante y el daño, quedándole a la administración como descargo la demostración de un elemento extraño (fuerza mayor,

hecho de un tercero o culpa de la víctima). El hecho de que el daño en ciertos casos se pueda imputar a un agente determinado, no desvirtúa lo aquí expuesto, sino que facilita en cierto sentido la prueba de esa falla, dada la relación entre dicho agente y la administración" (auto de 14 de septiembre de 1984, Sección Tercera, Expediente 4393. *Anales*, 2º Semestre de 1984, pág. 1110).

En ese mismo proveído, se transcribe el parecer dado por la Corporación en sentencia de 16 de julio de 1966, así:

"No obstante que la redacción del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal vincula la suspensión del proceso que ordena el inciso 2º a la hipótesis contemplada en el 1º de que en el curso de un proceso civil o administrativo se presente un ilícito, la jurisprudencia ha aceptado que se pueda decretar aquella suspensión aún en los casos de la existencia de un proceso penal previo al civil, relacionando, sin duda, el citado artículo 11 con el 28 *ibidem*. Y ello está bien, puesto que milita la misma razón de evitar el 'desmedro de la autoridad' que podría derivar de la producción de decisiones contradictorias sobre un mismo hecho. Pero es por demás obvio que la contradicción de las decisiones tiene como supuesto necesario la identidad de las personas que en uno y otro proceso figuran como sujetos pasivos de las respectivas acciones. Ahora bien, en el presente juicio no aparecen como demandados los soldados que hirieron al demandante, sino la Nación, y, ésta, dentro de la actual jurisprudencia de la Sala, respondería directamente por una supuesta 'culpa del servicio' y no como un tercero de quien dependieran los soldados. En la aludida noción de culpa, por cierto, no es necesario precisar las personas concretas por cuya obra se produce el daño, sino basta la comprobación de un proceder genérico culposo en la administración como tal frente al perjuicio de cuya indemnización se trata. No existiendo, pues identidad de sujetos pasivos en la acción penal y la civil, no hay posibilidad de que se produzcan decisiones contradictorias. Por tanto, no hay necesidad de supeditar este proceso a lo que se decida en el penal que cursa contra los soldados, y por ende, no debe ser suspendido".

La circunstancia de que el fallo acusado alude en repetidas ocasiones a la existencia de torturas, vejámenes y tratos inhumanos de que fue objeto la demandante en el proceso indemnizatorio, pero sobre cuya evidencia o no evidencia no puede volverse ahora, por tratarse de situaciones fácticas que no son materia de nueva decisión en el recurso extraordinario de anulación, no está trasladando, como ya se dijera, la temática propia de la responsabilidad estatal, que es la que realmente importa, a una subjetiva o de carácter personal, cuando de suyo ni siquiera la acción está dirigida contra sujetos particulares sino contra la Nación misma.

Se persista o no se persista en que la tortura sea delito o no, lo importante es señalar que no hay legitimidad moral alguna para defender tamaño proceder o castigo, y es por ello que la sensibilidad moderna a los tratos arbitrarios por parte de la autoridad pública, como son las llamadas torturas, crece indubitablemente en el ámbito internacional, y es por eso que los derechos humanos tienen hoy una

total aceptación en las Constituciones Políticas de los distintos Estados, como en Tratados o Convenciones Internacionales, además de declaraciones solemnes. Se han colocado por así decirlo los derechos humanos en una situación de primacía respecto a los demás derechos que pueda ostentar la persona como centro de imputación de los mismos. Es curioso por eso observar que la declaración de la ONU no condena la pena de muerte, pero en cambio si condena las torturas. Es vivificante ver que Jesucristo, como relatan los Evangelios, reprochó el apedreamiento legal de la mujer adúltera. Por tanto, háblese de torturas físicas o psíquicas, de malos tratos físicos, de manipulación de la mente ("lavado de cerebro"), todo eso tropieza contra el derecho que todo individuo humano tiende a defender su vida y su honor; es un principio inconcuso de que nadie está obligado a confesar su propio delito. Por eso, maltratar al reo para forzarle a confesar constituye la más aberrante de las brutalidades, muchas veces expresión del sadismo refinado y del instinto de venganza, impropio de los pueblos civilizados y de un verdadero sentido de la justicia humana. Hay un superior derecho de los administrados frente al Estado, como a la vida e integridad personales, a la libertad y a la propiedad que sabiamente condensa el artículo 16 de la Carta. Ha sido tanto el interés de los Estados modernos por proteger los derechos fundamentales de la persona humana —considerada tanto en su aspecto individual como comunitaria— que ha venido obteniéndose por así decirlo, sobre el particular, un reconocimiento internacional con afirmación universal para todos. En efecto, baste observar como el artículo 10 de la Constitución Española de 1978 trae en esta materia de derechos humanos una técnica de grande interés, cuando señala: "Las nociones relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y los Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España". Se está en presencia, pues, en el mundo entero de una realidad jurídica, que ya se le señala con el nombre de ciencia de los derechos humanos, con su propia sustantividad y autonomía, y que ha venido a convertirse como en el verdadero código ético-fundamental de la humanidad.

No prospera el cargo.

IV. *Cuarto cargo.*

Se hace la afirmación que la sentencia es violatoria del artículo 1º del Código Penal, en cuanto prescribe que nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, como quiera que en aquélla se hace la afirmación que de la prueba recogida resulta obvio que los mismos "torturantes" no quieren admitir que hubo tratamiento inhumano, ya que de aceptarlo "quedarían señalados como copartícipes, no de simples excesos en su labor de investigadores, sino de verdaderos delitos, cometidos con burla de los más sagrados derechos humanos, mediante la aplicación de los más bárbaros métodos de tortura", para luego terminar con esta conclusión: "Como se colige del contenido de la motivación del fallo, la condenación al pago de perjuicios tiene como soporte fáctico, las torturas, los vejámenes y el trato inhumano adoptado por los investigadores castrenses".

El argumento de la censura se contrae a que como de acuerdo con la demanda las infracciones se cometieron en la época en que no regía el actual Código Penal, sino la Ley 95 de 1935, las infracciones calificadas en la sentencia como torturas y vejámenes no estaban consagradas como figuras delictivas, y al no tenerse en cuenta la norma cuya violación se indica (art. 1, C. P.), no se habrían elaborado las argumentaciones y reflexiones anteriormente transcritas por lo que consecuencialmente tampoco se habría llegado a las conclusiones a que llegó la Sección Tercera.

Dice la Fiscalía que el cargo queda refutado con todo lo que ha dicho al analizar los cargos anteriores.

Se resuelve el cargo:

Puede resultar evidente que la mención de torturas, como una figura delictiva, para la época de los hechos no se tipificaban como tal; pero por el análisis de los cargos anteriores ha quedado establecido que la falta personal de los agentes no ha sido la consideración tenida en cuenta por la sentencia como la fuente directa y exclusiva de los perjuicios, sino que de su inteligencia se deduce todo lo contrario, o sea, que las referidas faltas personales, calificadas o no de delictivas, comprometen la responsabilidad de la administración. Por ello, el fallo en la parte que transcribe el recurrente dice que la condenación al pago de perjuicios tiene como soporte fáctico, "las torturas, los vejámenes y el trato inhumano adoptado por los investigadores castrenses"; lo que en buen romance significa que tales hechos ocurridos con ocasión de la investigación castrense, que no puede negarse constituye una función pública, son los determinantes de los perjuicios.

Ya ha quedado dicho que la correcta o incorrecta apreciación probatoria, la evidencia misma de los hechos, como los errores, aun cuando aparezcan de manifiesto, en la apreciación o falta de apreciación de los medios de convicción judicial, son materia vedada en el recurso extraordinario de anulación, como para de allí proseguir el camino hasta llegar a la violación de los textos legales que sean del caso. En tal eventualidad el cargo o los cargos tendrían que fundamentarse en una violación indirecta, que no es la permitida por el Código Contencioso Administrativo. La violación directa de la Constitución o de la ley sustantiva, es la única causal susceptible de alegarse, según aquel estatuto (art. 197), por lo que cualesquiera otras repugnan con la naturaleza y finalidad misma del aludido medio de impugnación extraordinaria.

De suyo, entonces, aun cuando aparezcan, en gracia de discusión de bulto los errores en materia probatoria; aun cuando pudiera afirmarse con toda evidencia que el fallador se equivocó en el proceso de su convicción; y aún más que se haya incurrido en fallas procedimentales; el recurso de anulación no da lugar al reexamen de todas esas circunstancias, puesto que no implica propiamente una nueva instancia abierta al nuevo conocimiento de lo juzgado y de lo probado, sino un recurso extraordinario que sólo es viable por el único conducto de la violación directa de la Constitución y de la ley sustantiva. Tampoco puede olvidarse que este peculiar y raro recurso está dirigido

contra las sentencias ejecutoriadas de que trata el artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, por lo que todo lo que no tenga cabida por la única y exclusiva causal de la violación directa, no es susceptible de ventilarse con ocasión de aquél, pudiendo decirse entonces que si esta última violación no es viable, la *res judicata* deja intocable, como debe serlo, aquellas circunstancias ya referidas.

Es cierto que las sentencias judiciales han de ser sobrias en su contenido y en su forma, puesto que tan máxima facultad de decir el derecho, conforme a lo alegado y a lo probado, impone en el juzgador la mayor delicadeza en el manejo del idioma, evitándose inclusive la innecesaria adjetivación y la inocua calificación de situaciones fácticas, cuando ello sea innecesario a la faz de la justicia, que es el fin último del derecho. Ya se ha visto que lo que se tuvo por probado en la sentencia acusada, obtura la posibilidad de que los eventuales yerros en dicha materia den lugar a su invalidación, a menos que configurado y prosperado un cargo por violación directa, al sustituirse la sentencia de instancia, ahí sí el fallador queda posibilitado para escudriñar los hechos y verificar su certeza. Pero no es este el caso como se ha repetido.

El Juez civil o administrativo, está obligado en su decisión final de poner en conocimiento de la autoridad competente los hechos por él analizados y conocidos allí, que en su leal saber y entender sean constitutivos de delitos, sin que la prematura e innecesaria calificación, como la misma sindicación, que inclusive exigía para la época el artículo 12 del anterior Código de Procedimiento Penal (Decreto 409 de 1971), al requerir en la eventualidad dicha la indicación de las "generalidades del presunto sindicado" puedan entenderse, bajo ninguna manera, como equivalentes a una condena penal, efectuada por Juez incompetente. Ni tampoco en ese respecto se da un desplazamiento de la competencia por conexión *(forum conexitatis)*, sino un mero deber de dar aviso; no una potestad jurisdiccional.

Si la tortura no era figura delictiva para la época de los hechos, como se reitera por el censor, una calificación en tal sentido no implica entonces, ni por asomo, una decisión en materia penal; a fuerza de que las torturas a nivel nacional, internacional, y a través de tratados y convenios, configuran un atentado a los derechos fundamentales del hombre, como son su vida y su dignidad, que por otro lado hacen posible la responsabilidad extracontractual por culpa aquiliana de la administración pública. Esto fue lo que encontró el fallo que se ataca y los hechos subyacentes, bien calificados o mal calificados, bien probados o no, es algo vedado en su conocimiento en sede extraordinaria de anulación; y que de contera no pueden dar lugar a una violación directa del ordenamiento jurídico, sino como es de rigor una de carácter indirecta, no admisible en la órbita anulatoria.

De consiguiente el cargo no prospera.

V. *Quinto cargo.*

Se afirma que la sentencia es violatoria de los artículos 17 y 5º de los Códigos de Procedimiento Penal y Penal respectivamente. En desarrollo del cargo se explica que la sentencia impugnada deduce

la presunta responsabilidad subjetiva de funcionarios públicos, determinados por sus cargos y funciones, atribuyéndoles conductas ilícitas, contrariándose así la competencia de la Sección Tercera, cual es la de establecer la responsabilidad objetiva de la administración; que si a manera de hipótesis se considerara que la sentencia establece una responsabilidad objetiva, hubiese tenido que hacer caso omiso de las calificaciones de conducta que se hacen en su texto; que en tales circunstancias no ha debido producirse sentencia; que si el Magistrado conductor del proceso encontró hechos punibles ha debido ponerlos en conocimiento de la autoridad competente, no al final del proceso sino al momento de su conocimiento, por lo que se ha incurrido en violación directa, por falta de aplicación del artículo 17 del Código de Procedimiento Penal, violación que así mismo se hace presente por no haberse suspendido el proceso hasta tanto no se demostrara la responsabilidad subjetiva, o su negación, bien por sobreseimiento o por sentencia definitiva; que en el caso *sub júdice* mal podría haberse presentado falla del servicio si no hubieran ocurrido hechos delictuales, puesto que la deficiencia del servicio va íntegramente ligada con la actuación u omisión de los agentes, y sobre la cual se edifica la responsabilidad, ya que la deficiencia en las conductas, contiene la demostración de la falla del servicio; que aún habiéndose mantenido el sentenciador dentro de la línea de la responsabilidad objetiva ha violado el artículo 5º del Código Penal que proscribe toda forma de responsabilidad objetiva.

La Fiscalía considera que este cargo no ha de prosperar, porque a su sentir las normas citadas del Código de Procedimiento Penal, y del Código Penal, no son normas aplicables en esta jurisdicción contencioso-administrativa al entrar a resolver las peticiones de la demanda.

Se resuelve el cargo:

Para los fines del recurso de anulación no se requiere que la sentencia sea violatoria de una norma aplicable en esta jurisdicción administrativa, como equivocadamente lo sostiene el Ministerio Público en su concepto final. En efecto, prescribe el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo que podrá anularse una sentencia por violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva, sin establecerse distingo alguno a que una y otra sean aplicables en el respectivo proceso, y es sabido en principio que donde la norma positiva no distingue no le es dable al intérprete entrar a señalar distingos.

Se acusa la sentencia de ser contraria a una norma procesal como es la del artículo 17 del Código de Procedimiento Penal anterior. No permite el recurso extraordinario la modalidad de ataque de la sentencia por violación de la ley procedimental; o sea, que los errores *in procedendo* no son de recibo, puesto que la exigencia es clara en el sentido que aquella es susceptible de anularse por ser violatoria de la ley sustantiva.

Esa distinción de la ley en sustantiva y adjetiva viene desde Bentham, y según el criterio tradicional, se ha entendido que la primera es la que consagra o reconoce los derechos, y la segunda la que

fija el procedimiento para hacer efectivos esos derechos o señala reglas de conducta a los Jueces. La violación de la ley sustantiva acarrea un error *in judicando*; la infracción de la ley adjetiva, para que se entienda como tal, requiere el quebrantamiento de las formas procedimentales, y determina lo que se llama el error *in procedendo*. Empero esta distinción no es absoluta puesto que no se puede negar que en los llamados códigos sustantivos se encuentran normas adjetivas, como en los de procedimiento normas sustanciales.

La norma que se dice infringida (art. 17 del C. de P. P.) es de clara estirpe procesal, puesto que impone una norma de conducta al Juez, y en gracia de discusión aún tomándola como sustancial, ella no ha sido quebrantada, puesto que ya al resolverse el cargo tercero, con la referencia a decisiones jurisprudenciales de la Corporación, quedó establecido que no es del caso la prejudicialidad penal, ni mucho menos, la suspensión del proceso contencioso administrativo a la espera de los resultados de la investigación criminal, puesto que en materia de responsabilidad extracontractual del Estado lo importante es la falla en el ejercicio de la función causante de los perjuicios, aun cuando el agente haya actuado dolosamente o no, como se dijera al resolverse el cargo segundo.

También en el curso de esta providencia se ha venido señalando que la actividad delictual o cuasidelictual del funcionario compromete la administración, cuando esa falta personal no es separable de la función, como cuando los hechos pertinentes se ejercitan dentro del ejercicio de las funciones públicas.

Si dentro del campo de la responsabilidad estatal, se perfila la comisión de hechos delictivos imputables a un determinado agente o funcionario, no es que aquella varíe hacia los senderos de la falla personal, puesto que bastando al efecto solamente la falla del servicio, resulta irrelevante para ello, si posteriormente se absuelve o condena criminosamente a dicho funcionario.

La proscripción de la responsabilidad objetiva (art. 5º del C. P., Decreto 100 de 1980) es valedera en el campo de la culpabilidad penal; en cambio, esa responsabilidad objetiva puede ser o no fundamento para la responsabilidad estatal.

No prospera el cargo.

VI. *Sexto cargo.*

Se formula el cargo bajo la acusación de ser la sentencia violatoria del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil y 82 del Código Contencioso Administrativo.

Se fundamenta en síntesis así: Los hechos hubieron de ocurrir según la sentencia entre el 13 de enero de 1979 y el 13 de enero de 1981, época en que se adelantó la detención y juzgamiento de Olga López Jaramillo de Roldán, en proceso adelantado ante la jurisdicción penal militar, competente para adelantar por el delito señalado el proceso respectivo; sobre los hechos u operaciones de la administración de justicia se excluye toda responsabilidad objetiva del Estado, la que desplaza a los propios agentes que administran justicia; en efecto, el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil dispone que

además de las sanciones penales y disciplinarias, los Magistrados y Jueces responden por los perjuicios causados a las partes, entre otros casos, cuando proceden con dolo, fraude o abuso de autoridad, omitan o retarden injustificadamente una providencia, o actúen con error inexcusable; de la anterior norma surge que la sentencia fija una supuesta responsabilidad objetiva a cargo de la Nación, cuando ha debido fijarla en cabeza de quienes administran justicia; por otra parte fue rebasada la competencia de la Sección Tercera, puesto que la responsabilidad de los Jueces por dolo, abuso de autoridad, etc., no se adelanta ante la justicia contencioso-administrativa, sino ante la civil.

La colaboradora Fiscal advierte que las diferentes conductas a que el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil se refiere deben estar consignadas o reflejarse al menos en las providencias que haya dictado el Juez, pues así lo exige la misma norma. Lo anterior implica un severo análisis de las pruebas y primordialmente de las providencias dictadas en el procedimiento penal, lo que indica que el artículo citado por el recurrente no ha podido ser violado en forma directa por la sentencia que se acusa.

Se resuelve el cargo:

No se puede confundir la responsabilidad por la falla del servicio de la administración pública, con la responsabilidad personal del Juez en los casos del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil.

La primera es generalmente anónima, sin perjuicio que pueda señalarse al agente que en uso de sus funciones públicas irrumpe con el daño. La responsabilidad del Juez, es siempre personal. En la responsabilidad por la falla del servicio público, es legitimada por pasiva la entidad de derecho público encargada de aquél, y titular de la acción cualquier administrado que haya sido víctima del mal funcionamiento del servicio. En cambio en la responsabilidad personal del Juez, es éste el único responsable, no la administración pública, no el Estado, y exclusivamente titulares de la acción las partes en el proceso en que haya mediado el desmedro judicial.

Resulta indiscutible que los Jueces ejercen la altísima misión de administrar justicia, que la Constitución Nacional (art. 58) señala como un servicio público a cargo de la Nación; pero más que un servicio público, es un cometido esencial del Estado, puesto que sin la existencia de ella no puede configurarse políticamente este último.

Por manera, pues, que cuando el Juez juzga o sentencia o decide con la autoridad de tal, y dentro de los carriles de lo que debe ser un debido proceso, puede causarle perjuicios a las partes dentro del mismo, por haber procedido con dolo, fraude o abuso de autoridad; por omitir y retardar injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto; por obrar con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo del recurso que la parte dejó de interponer. Pero otra cosa es cuando el Juez, aún dentro del ejercicio de sus funciones, acude a las vías de hecho o irregulares de todas maneras, y causa lesión a una de las partes, o a su apoderado, o a un auxiliar de la justicia, o a un tercero en general. No es ésta, entonces, una simple responsabilidad personal del Juez, sino una

manifestación evidente de que tan importante servicio público o cometido esencial ha fallado en su funcionamiento, que compromete indudablemente al Estado. Exigirle al administrado víctima del desborde público, que tenga que individualizar al protagonista mismo de la función mal prestada y enderezar y obtener de éste la condigna reparación, implica regresar los avances del derecho público a los años de la franca irresponsabilidad estatal.

No entra la Sala a considerar si la jurisdicción penal militar constituye o no una jurisdicción especial, aspecto éste discutido por los procesalistas (Cfr. Enrique Véscovi, Teoría General del Proceso, Temis 1984, pág. 126); pero en todo caso cumple una función pública susceptible de acarrear perjuicios a los particulares, cuando aquella no se ejerce correctamente y se causa un daño a través de hechos irregulares. El artículo 170 de la Constitución Nacional habla de las cortes marciales o tribunales militares, cuando dice que *"de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio,* conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal" (subrayas fuera del texto).

Sobre este particular, vale la pena poner de presente que el procesalista Hernando Devis Echandía en su libro Compendio de Derecho Procesal (Editorial ABC 1985, 10ª edición, Tomo I, pág. 96) sostiene que la jurisdicción penal militar o fuero castrense en Colombia es simplemente una rama de la jurisdicción para el juzgamiento de los delitos e infracciones de las personas que forman parte de la organización militar del país.

Vale señalar que la Corte Suprema de Justicia desde el 5 de marzo de 1987 ha venido sosteniendo que "no autoriza en ningún caso, el juzgamiento de civiles por cortes marciales o tribunales militares, así se trate de civiles al servicio de las Fuerzas Armadas" (sentencia de la Corte Suprema de Justicia, 20 de agosto de 1987, Magistrado ponente: Doctor Jesús Vallejo Mejía, revisión constitucional del Decreto 1196 de 30 de junio de 1987).

Bien puede decirse que una cosa es la responsabilidad del Estado por el error judicial, cuestión esta debatida y generalmente no admitida, y otra bien distinta el atentado cometido contra los derechos o las libertades públicas por los funcionarios judiciales con ocasión del ejercicio de su tarea.

En principio no parece admisible que los errores en que se haya incurrido tanto en las sentencias definitivas como en las medidas cautelares, y habiendo mediado la cosa juzgada, pueda ulteriormente discutirse y establecerse la existencia de aquellos como fundamento de la responsabilidad del Estado por el daño, material y moral, causado al inocente. No hay allí posibilidad de imputar esa responsabilidad al Estado y menos que éste tenga que reparar el posible daño. Como bien lo advierte Jean Rivero (Derecho Administrativo, Trad., de la 9ª edición francesa, Caracas 1984, pág. 326) la actividad jurisdiccional se manifiesta esencialmente por las sentencias y la fuerza de verdad legal que se vincula a ellas parece excluir toda responsabilidad fundamentada sobre la falta. "El principio no cede sino en

caso de error judicial cometido por una jurisdicción represiva". Advierte el autor cómo la sentencia puede estar precedida de toda una serie de operaciones previas, que son muy dables en las jurisdicciones represivas, bajo la doble forma de operaciones de policía judicial y de medidas de instrucción y como el Consejo de Estado Francés (28 de noviembre de 1958) ha admitido que los actos preparatorios separables de la sentencia pueden constituir faltas de servicio que comprometan la responsabilidad del Estado.

Bajo este orden de ideas esta Corporación en sentencia de fecha 10 de noviembre de 1967 (Consejero ponente, doctor Gabriel Rojas Arbeláez, expediente 867), dijo lo siguiente:

> "La administración de justicia culmina en las decisiones jurisdiccionales, pero se ejercita a través de una sucesión de actos, varios de ellos de carácter administrativo, y simplemente de este carácter, los que pueden aparejar la responsabilidad estatal. Una cosa es la intangibilidad de la cosa juzgada, presupuesto fundamental de las sociedades y también dogma político, y otras cosas son ciertos actos que cumplen los Jueces en orden a definir cada proceso, los que no requieren de más que de la prudencia administrativa. Por eso cuando con esos actos se causan daños, haciéndose patente como en el caso en estudio, el mal funcionamiento del servicio público, es ineludible que surja la responsabilidad".

En cuanto a la violación del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo el escrito del recurso apenas señala dicha circunstancia, pero sin entrar a precisar de qué manera la sentencia contraría dicho mandato legal que por otro lado contiene diferentes aspectos normativos. Así mismo es un texto de eminente contenido procesal no susceptible de ser invocado en el recurso anulatorio, cómo por otra parte ya se consignara en ésta providencia acerca de que sólo las normas constitucionales o legales sustantivas son las llamadas a ser señaladas como violadas directamente dentro de tal modalidad de remedio procesal.

No prospera, en consecuencia, el cargo.

VII. *Séptimo cargo.*

Su formulación reside en ser la sentencia directamente violatoria de los artículos 174 y 175 del Código de Procedimiento Civil y en razón de haber sido interpretado erróneamente. El cargo se contrae a relatar la preceptiva contenida en aquellos cánones legales, y a señalar de manera general que el juzgador no puede de manera "antelada y acomodaticia" descartar unos medios de prueba en un determinado proceso, por cuanto se estarían violando aquellos. Luego se afirma: "...al descartar como medio de prueba idóneo de manera antelada a la prueba directa se violaron los artículos 174 y 175 del Código de Procedimiento Civil lo que a su vez lleva a la nulidad de la sentencia, la cual solicito sea decretada".

La Fiscalía se pronuncia así: "El séptimo cargo no quedó suficientemente explicado, pues no se dice cuáles fueron aquellos medios de prueba que la sentencia descartó".

Se resuelve el cargo:

Indudablemente el cargo resulta ininteligible, puesto que de la lectura del mismo no puede establecerse cómo pudo darse una supuesta violación directa de los artículos 174 y 175 del Código de Procedimiento Civil por interpretación errónea de los mismos; además de que pudiera entenderse que el fallador hubiese descartado algunos medios de convicción judicial, lo que de suyo no daría lugar a un mecanismo de violación directa, sino indirecta que no es de recibo en el recurso anulatorio, como ya quedara establecido. Por otra parte las normas que se dicen violadas son meramente procedimentales, no de derecho sustancial, y si una sentencia no se funda en pruebas "regular y oportunamente allegadas al proceso", o se escatiman algunos de los medios de convicción judicial, al efecto establecidos, necesariamente el ataque de la misma ha de residir en el señalamiento de las normas sustanciales verdaderamente quebrantadas, con el aditamento de las normas procesales que hayan servido de medio al desconocimiento de las primeras.

Por no estar técnicamente bien formulado el cargo, se deniega.

VIII. *Octavo cargo.*

El cargo está dirigido a señalar que la sentencia viola ostensiblemente la segunda parte del numeral cuarto del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, cuando dispone que toda demanda ha de contener la expresión de las disposiciones violadas y el concepto de la violación.

Se hace la afirmación que de primera vista aquella norma es adjetiva, pero que por hacer parte de los presupuestos "procesales de la acción" (sic), ha de examinarse su verdadero alcance que conduce a un "elemento esencial" del pretendido alcance de la demanda, puesto que es de la esencia del derecho alegado, decir cuál es la causa jurídica de la violación, por lo que constituye una norma sustantiva. El impugnador pone de presente que la demanda sólo señala las disposiciones presuntamente quebrantadas, pero sin indicar el concepto de esas violaciones, por lo que la demanda no ha debido ser aceptada y que si lo fue, la sentencia no ha debido pronunciarse sobre el fondo del negocio, por ser el libelo inepto.

Sobre esta censura discurre la Fiscalía, que atañe más a la demanda que a la sentencia y que su argumento era de recibo durante el trámite del proceso, mas no en esta clase de recursos. Agrega, que tampoco puede prosperar por no aparecer la violación de la norma en la forma directa que exige la ley, además de que es ésta fundamentalmente procesal.

Se resuelve el cargo:

Señala el recurrente algunos pareceres doctrinales del Consejo acerca de los requisitos que debe contener la demanda, que de no satisfacerse carecen de la virtualidad de darle origen a la relación

procesal, lo que obliga a la consecuencia funesta de que el juzgador no pueda entrar a resolver el fondo del asunto por no cumplirse uno de los presupuestos procesales.

Necesariamente la norma que se señala como violada corresponde a la Ley 167 de 1941, y la Sala comparte el criterio de su colaboradora Fiscal en el sentido de que tiene un contenido eminentemente procesal, como que atañe a los requisitos que ha de reunir el libelo inicial de demanda, acto de postulación procesal por excelencia, mediante la cual se deduce la acción dentro del proceso.

El requisito apuntado puede ser esencial para la demanda misma, e indudablemente constituye la *"demanda en forma"*, uno de los presupuestos procesales, que precisamente son las condiciones necesarias para que pueda constituirse un proceso válido y darse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable sobre aquella, a "fin de que se concrete el poder-deber del Juez de proveer sobre el mérito" al decir de Calamandrei; pero en todo caso es de aclarar que unos son los presupuestos del proceso y otros los de la acción o los de la pretensión, que nada tienen que ver con la válida formación de la relación jurídica procesal, y que más bien son condiciones para la sentencia favorable. Por manera, pues, que la expresión empleada en el escrito del recurso puede resultar equívoca: Presupuestos procesales de la acción.

Es dable entender que un proceso que finalizó con una sentencia ya ejecutoriada, esta última tiene la virtualidad de obturar completamente cualquier posibilidad de nuevo examen acerca de la constitución de la relación jurídico-procesal, cuyos presupuestos sólo son susceptibles de ser estudiados por el Juez en las siguientes oportunidades: a) Al momento de la admisión de la demanda; b) Con ocasión de las excepciones previas que no tienen formulación incidental dentro del proceso contencioso administrativo (art. 163 del C. C. A.); con el régimen de las nulidades; y c) Al momento de proferir sentencia. Pronunciada esta última, y habiendo operado el fenómeno de la cosa juzgada, sólo es factible, bajo un régimen excepcional que la sentencia sea anulada cuando ella haya violado de una manera directa una norma constitucional o legal sustantiva. Pero no que la sentencia sobrevenga nula por vicios o defectos en la formación de la relación jurídica procesal, como ahora equivocadamente se pretende; aspectos estos que eventualmente pudieron discutirse dentro de las oportunidades atrás señaladas.

Es valedero poner de presente que el artículo 84 de la Ley 167 de 1941 sobre contenido de la demanda estaba dirigido fundamentalmente a las acciones de nulidad y de plena jurisdicción, como quiera que para entonces no conocía la justicia contencioso-administrativa de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la administración (salvo por trabajos públicos) puesto que sólo vino a tener esa competencia con ocasión del Decreto-ley 528 de 1964. Se entendió que en tal clase de acciones indemnizatorias no era necesario en la demanda señalarse los textos legales violados y el concepto de la violación como quiera que en ellas no se impugna ninguna declaración de voluntad de la administración. Se decía que sólo bastaba la fundamentación jurídica, en la forma utilizada ante la jurisdicción ordi-

naria *(iura novit curia)*. Es por ello lógico que el actual Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984) en su artículo 137 al precisar el contenido de la demanda diga en el numeral 4 lo siguiente: "Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación". Es que no cabe duda que en las acciones indemnizatorias por falta del servicio el Juez para apreciarla no se refiere a una norma abstracta; "para decidir, en cada especie, si hay falta o no, él se pregunta, lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo cuenta de la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (período de paz, o momento de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en material. De ello resulta que la noción de falta de servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho, según las circunstancias, ser reputado como culposo o como no culposo" (Cfr. Rivero, op. cit., pág. 304).

En consecuencia, no prospera el cargo.

IX. *Noveno cargo.*

La sentencia acusada violó de manera directa el artículo 169 del Decreto 01 de 1984, referido a la práctica de pruebas de oficio en el proceso contencioso administrativo; violación que la hace consistir el impugnador en que dentro del proceso se allegó una prueba testimonial que no fue lo suficientemente controvertida en procura de llegar al esclarecimiento de la verdad real, por lo que ha debido acudirse a otras pruebas de oficio, como el dictamen médico legal, facultad que no es discrecional sino obligatoria.

Sobre este cargo dice la Fiscalía que la norma que se dice violada se refiere al trámite del proceso y en consecuencia se opone a la ley sustancial, que es la que puede ser objeto de confrontación en esta clase de recursos; que aun cuando no prospera el cargo por esa circunstancia, debe anotarse que la posibilidad de decretar pruebas de oficio no es obligación del Juez, como lo afirma el memorialista, ya que la sola lectura del artículo indica que la inflexión verbal utilizada "podrá", está significando precisamente la discrecionalidad del Juez para hacerlo.

Se resuelve el cargo:

Las consideraciones acertadas de la Fiscalía de la Corporación, serían suficientes por sí solas para desechar el cargo; pero valga la oportunidad para repetir que esta modalidad especial de recurso, cual es el de anulación, no concibe el nuevo examen acerca de la adecuada o inadecuada demostración de los supuestos fácticos que hayan servido de fundamento a la decisión judicial, en cuya apreciación el juzgador goza de la más amplia autonomía. No es este un recurso de casación, en que pudiera alegarse y demostrarse el error de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en el proceso, que sólo daría lugar a la violación indirecta, no legitimada por el remedio extraordinario de la anulación.

Sea o no discrecional la prueba oficiosa, el hecho de que no se acuda a ella por el Juez, no puede constituir una vía directa de viola-

ción de una norma de derecho sustancial, sino de un instrumento procesal cuyo desconocimiento no da viabilidad al remedio extraordinario antes dicho. Entrar a considerar si una determinada prueba de oficio, hubiese completado en mejor forma el proceso lógico de convicción, entraña indudablemente un análisis fáctico que no es posible reabrir por el conducto del recurso anulatorio.

No prospera el cargo.

X. *Décimo cargo.*

Este cargo contiene la afirmación de que la providencia acusada viola directamente el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, que precisamente indica el contenido de la sentencia, puesto que al exigir el referido precepto que ésta ha de analizar las normas jurídicas pertinentes, se encuentra que se ha omitido este requisito. Se dice así: "El no análisis de las normas jurídicas pertinentes, como en el caso *sub lite*, estaría indicando a la parte vencida, que el fallador no pudo establecer con exactitud qué normas consideró violadas para proferir su decisión, y que sin embargo, su pronunciamiento es condenatorio".

Sobre lo anterior se pronuncia así la Fiscalía:

"En relación al décimo cargo, aún en el supuesto caso de ser cierto que la sentencia no realizó el análisis de todas las disposiciones legales citadas, lo que no es cierto es que por lo anterior la sentencia haya dejado de resolver sobre el fondo de las pretensiones".

"La sentencia sí resolvió todas las pretensiones de la demanda, como bien se observa en la parte resolutiva y de no haberlo hecho, es cuestión que habría tenido que reclamar el actor y en tiempo oportuno, pues concierne más a sus intereses que al ente demandado".

"El hecho en sí de que la sentencia no analice todas las disposiciones citadas en la demanda, no es argumento que por sí solo pueda tener la fuerza para anular la sentencia. Más aún si lo anterior no incide en la parte resolutiva del fallo, como lo pretende afirmar el recurrente".

Se resuelve el cargo:

La Sala comparte el criterio de la Fiscalía. El artículo 170 del Código Contencioso Administrativo que en su preceptiva está dirigido al Juez, y no a las partes, no puede decirse que constituya una norma de derecho sustancial, atributiva de derechos o facultades para alguna de aquéllas, por lo cual no es susceptible invocar su quebrantamiento, a través del recurso de anulación, para lograr la invalidez de una sentencia ejecutoriada.

Tampoco es valedero que el raciocinio lógico que implica la sentencia judicial tenga que formular el acopio pormenorizado de todas las normas jurídicas invocadas por las partes en la *litis*, puesto que al Juez al dirimir la tutela jurisdiccional invocada, mediante la declaración final que le pone fin al proceso, lo que le corresponde es la

correcta evaluación de las situaciones a él planteadas, otorgando o no otorgando el derecho demandado, y desde luego fundándolo en aquellas normas legales cuyos supuestos fácticos correspondan a los oportunamente deducidos dentro del proceso, pudiéndose muchas veces dar la circunstancia de que se aplique determinado texto legal, sin mencionársele de una manera literal o expresa. Indudablemente no hay en este último evento falta de aplicación de la norma susceptible de citarse, pero que materialmente si se ha aplicado; como tampoco decirse que no se ha violado una norma legal, porque el Juez no la mencionó, pero que al decidir resulta contrariándola. No cabe duda que en la sentencia judicial lo importante es verificar si la hipótesis establecida en la norma legal se ha realizado y comprobado y en tal caso determinar las consecuencias jurídicas que sean de rigor.

Bajo aquel entendimiento, la razón de ser del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo es apenas palmaria, puesto que siendo la sentencia la declaración final formulada por el Juez, que implica un acto de inteligencia por el cual se afirma la existencia de una voluntad de la ley que le garantiza un bien al demandante o al demandado (Chiovenda, citado por Hernando Morales, Curso de Derecho Procesal Civil, parte general, pág. 480), resulta indiscutible que toda esa faena de lógica jurídica, que comienza con el análisis de los hechos de la controversia, las pruebas en su conjunto, las normas jurídicas pertinentes y los argumentos de las partes, y que termina con la resolución de las peticiones, está dirigida a esa última finalidad apuntada. Inclusive bien puede darse el caso de que haya ausencia o insuficiencia de ley aplicable y aún así el Juez está obligado a producir su voluntad de juzgamiento. Es por ello que el artículo 37, numeral 8 del Código de Procedimiento Civil señala que es deber del Juez decidir aunque no haya ley aplicable o ésta sea oscura o incompleta, caso en el cual aplicará las leyes que regulan situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales de derecho sustancial y procesal. En este mismo orden de ideas es valedero el principio señalado en el artículo 48 de la Ley 153 de 1887.

Aun cuando de entrada quedó señalado que el artículo 170 no es una norma de derecho sustancial, pero que sí contiene un principio tutelar para ese acto procesal por antonomasia que es la sentencia, vale la pena precisar que la que aquí se enjuicia comprende todas esas particularidades que echa de menos el recurrente. En efecto se tiene que esta última contiene los siguientes acápites en su parte considerativa, luego de indicar las declaraciones y condenas solicitadas, los antecedentes, los hechos y las consecuencias pormenorizadas en el libelo así: a) "De la demanda y de las pruebas aportadas al proceso, se deduce que las pretensiones se apoyan en los siguientes hechos: ..." (fls. 27 a 30); b) "Las pruebas: 1. La presanidad de Olga López Jaramillo de Roldán..., 2. Los daños corporales y psíquicos causados a la doctora Olga López Jaramillo de Rondán..., 3. Las fallas de la administración..., 4. Crítica probatoria del apoderado del Ministerio de Defensa Nacional..., 5. Examen de las pruebas por la Sala..." (fls. 30 a 64); c) "De los hechos probados frente al derecho..." (fls. 64 a 68); d) "La investigación y los perjuicios..." (fls. 68 a 70). Los perjuicios materiales: 1. Los perjuicios económicos de Olga López

Jaramillo de Roldán... 2. Los perjuicios económicos del doctor Iván López Botero..." (fls. 70 a 73); e) "Bases para la liquidación de perjuicios materiales..." (fls. 73 a 74); f) "La excepción de caducidad..." (fls. 74 a 75). Luego continúa la sentencia con el siguiente apartado titulado así: "Otras irregularidades que encuentra la Sala..." (fls. 75 a 88).

Por último quiere consignar la Sala, estos contenidos de la sentencia:

> "De los relatos anteriores queda claro que no se adelantó un proceso penal sino una serie interminable de atropellos y violaciones so pretexto de ejercer funciones públicas y que configuran las doctrinariamente llamadas 'vías de hecho' ".
>
> "2. Como se colige del contenido de la motivación del fallo, la condenación al pago de perjuicios tiene como soporte fáctico las torturas, los vejámenes, y el trato inhumano adoptado por los investigadores castrenses".
>
> "Para la Sala resulta evidente que quienes ejecutaron directa o indirectamente esos actos, quienes los toleraron y pudiendo evitarlos no los impidieron, violaron la Constitución Nacional y la ley penal, por acción o por omisión".
>
> "3. Además, de las pruebas surge que se incurrió en otras diversas arbitrariedades y fraudes procesales por parte de la justicia castrense, frente a las cuales esta Corporación no puede pasar inadvertida en este fallo".
>
> "4. Es obligación de esta Corporación poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos presumiblemente delictuosos de que ha tenido conocimiento por las pruebas aportadas. En consecuencia, se ordenará expedir sendas copias, con destino a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al Procurador General de la Nación, a la Comisión de Acusaciones de la honorable Cámara de Representantes, de los testimonios que se han dejado parcialmente transcritos y de las pruebas que obran en los siguientes folios:
>
> "53, 54, 111 a 112, 208 a 219, 235 a 299, 305 a 308, 312 a 358 del cuaderno número 2; 8 a 66, 69 a 97, 102, 103, 115 a 120 y 125 a 130 del cuaderno número 3".

Por consiguiente, el cargo no prospera.

XI. *Revocación de la orden de suspensión del cumplimiento o ejecución de la sentencia.*

El Magistrado conductor del recurso de anulación había ordenado, con el lleno de los requisitos legales, la suspensión del cumplimiento de la sentencia impugnada. Naturalmente que al no prosperar dicho recurso, habrá de darse en la parte resolutiva la revocatoria de aquella medida.

Decisión:

Con base en las consideraciones anteriores, la Sala decide el recurso extraordinario de anulación.

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

Falla:

Primero. No anular la sentencia de fecha 27 de junio de 1985, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del proceso adelantado por Olga López Jaramillo de Roldán y otros contra la Nación (Ministerio de Defensa Nacional).

Segundo. Revocar la suspensión del cumplimiento de la sentencia referida en el numeral anterior, que se había decretado y comunicado, mediante autos de fechas 22 de agosto de 1986 y 23 de septiembre del mismo año, respectivamente. Líbrense los oficios que sean del caso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día dos (2) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Gaspar Caballero Sierra, Presidente; *Jaime Abella Zárate,* Aclaración de voto; *Hernán Guillermo Aldana Duque,* Aclaración de voto; *Luis Antonio Alvarado Pantoja, Aydée Anzola Linares,* Aclaración de voto; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado,* Aclaración de voto; *Antonio José de Irisarri Restrepo, Carmelo Martínez Conn,* Salvamento de voto; *Simón Rodríguez Rodríguez,* Aclaración de voto; *Consuelo Sarria Olcos,* Aclaración de voto; *Joaquín Vanín Tello.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. CAUSAL UNICA: "VIOLACION DIRECTA" (Aclaración de voto).

El defecto anotado por la sentencia de cuya aclaración se trata falta de normas constitucionales citadas, podrán dar lugar a rechazar el recurso de anulación por ser la violación pretendida, indirecta.

SENTENCIAS. CONTENIDO Y FORMA (Aclaración de voto).

Artículo 170 del Código Contencioso Administrativo.

Aclaración de voto del *doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número R-012. Actor: Olga López Jaramillo de Roldán y otros.

Con toda consideración para con los distinguidos Consejeros de Estado, considero necesario aclarar algunos aspectos conceptuales del fallo de Sala Plena por el cual no se accedió a disponer la anulación de la sentencia de la Sección Tercera de la Corporación, la cual lleva fecha 27 de junio de 1985, dentro del proceso promovido por la señora Olga López Jaramillo de Roldán y otros.

I

En cuanto a la afirmación de que existe un "superior derecho de los administrados frente al Estado, como a la vida e integridad personales, a la libertad y a la propiedad que sabiamente condensa el artículo 16 de la Carta" debe precisarse que salvo los dos primeros derechos enunciados, los otros, la libertad y sobre todo, la propiedad privada, no tienen un ámbito absoluto e incondicionado de ejercicio.

Por eso el artículo 32 de la Constitución establece que la propiedad es una función social y sobre el alcance de este concepto basta evocar los antecedentes de la Reforma de 1936 y las interpretaciones que de ese texto han dado tanto la Corte Suprema de Justicia como esta misma Corporación.

II

La responsabilidad extracontractual, según el plano en el cual el acusador planteó su impugnación es subjetiva u objetiva.

La distinción, a juicio del suscrito, se funda en los elementos psicológicos que sirven de referencia al artículo 2341 y siguientes del Código Civil de la Nación.

Según ese criterio distintivo, la responsabilidad sería subjetiva cuando el daño se origina en la conducta culposa o dolosa del agente —directo o indirecto— ocasionante del mismo y objetivo cuando tales elementos no cuenta para proferir el juicio de responsabilidad.

Creo que al analizar el recurso —y particularmente el primer cargo— habría convenido doctrinariamente hacer tal distinción, para ahí si concluir que el fallo acusado no hace la afirmación que deduce el recurrente, pero ni siquiera sostiene la responsabilidad personal propia del derecho penal, que afirma con ambigua y equívocas voces.

III

Con relación al recurso de anulación, la sentencia se funda en que el acusador no presentó debidamente integrado el complejo normativo fundamento de su acusación.

Ese argumento formalista es innovación jurisprudencial que ha hecho fracasar muchas veces el recurso de casación.

Para que, a la luz de la regulación positiva del recurso de anulación pueda considerarse inadmisible supuesto que fuera indiscutible el advenimiento de la tesis de la proposición jurídica completa, en el marco de la casación, ha de decirse que para la prosperidad de la misma basta la infracción de la Constitución y de la ley, sin que de hecho se pueda deducir la condición que a manera de injerto casasionista se exige en el ámbito de la anulación, que pretende preservar el derecho público de la Nación y no ya tan sólo amparar derechos civiles.

El defecto anotado por la sentencia de cuya aclaración se trata, falta de normas constitucionales citadas, podría dar lugar a rechazar el recurso de anulación por ser la violación pretendida indirecta y no directa como lo exige la ley para la prosperidad de la pretensión, como se dice correctamente en otro aparte del fallo (fls. 24 y 345).

IV

La invocación de la expresión falta del servicio, tomado de la jurisprudencia y de la doctrina francesa si no tiene la connotación psicológica del artículo 2341 del Código Civil Colombiano.

La responsabilidad por la falta del servicio implica que este funcionó mal, o no funcionó, formas independientemente de si hubo culpa o dolo tanto en el marco conceptual que de esas voces se tiene en el derecho civil o en el derecho penal.

De esa distinción y aclaración se desprende con lógica la construcción de la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado prestador de servicios públicos y responsable de actividades de interés

general; construcción y elementos que alejan por varios aspectos la responsabilidad extracontractual del derecho privado de la del derecho público.

La responsabilidad extracontractual del Estado se funda, en principio, en la "falta" o "falla" del servicio. No en la culpa psicológica de la administración, por obvias razones.

La culpa puede serlo, subjetivamente hablando, la del agente causante del daño, caso diferente de la falta o falla apreciable objetivamente como deficiencia del buen funcionamiento de la Administración.

V

En anteriores oportunidades he sostenido que el alcance y contenido del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo no es meramente procesal, sino que en cuanto ordena que la sentencia debe guardar armonía con los hechos, pruebas y actuaciones, consagra un verdadero derecho material para las partes y que por tanto tal norma no es meramente procesal o adjetiva.

Aclaro que en el caso de autos las pruebas fueron analizadas, a mi juicio, en forma muy somera y de ese análisis dedujo el sentenciador la conclusión con que remató el fallo.

No hubo carencia de análisis de la prueba, que a mi juicio sí constituiría violación del derecho material consagrado en el artículo 170.

Por ello, la deducción del fallo de Sala Plena es a mi juicio valedero, pues el ataque contra la sentencia impugnada no probó infracción directa de la Constitución o de la ley sustantiva.

Fecha: *Ut supra.*

Hernán Guillermo Aldana Duque.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO: FALLA DEL SERVICIO Y "RESPONSABILIDAD DEL JUEZ" (Aclaración de voto).

En la sentencia se hace referencia a responsabilidad subjetiva, objetiva, estatal, de los entes públicos por falla del servicio, de la administración con ocasión de la función pública, de la Nación, administración, por hechos o actos del Poder Público, falla del servicio de la administración pública, y también se afirma que no se precisa si la jurisdicción penal militar constituye o no una jurisdicción especial, aunque cumple una función pública. Los anteriores conceptos hubieran podido precisarse para hablar de la RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, en cualquiera de sus funciones.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., siete de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Referencia: Radicación R-012. Recurso de anulación. Actor: Olga López Jaramillo de Roldán y otros.

Aclaración de voto de la *doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Como lo afirma la sentencia aprobada por la Sala, cuya decisión comparto, y lo afirman también los señores Consejeros que han aclarado y salvado el voto, tratándose de resolver un recurso de anulación, el análisis ha de limitarse a verificar si la providencia recurrida viola directamente la Constitución Nacional o la ley sustantiva, de conformidad con lo previsto por el artículo 197 del Decreto 01 de 1984, sin que sea posible la verificación de cuestiones fácticas que han debido ser objeto del pronunciamiento de instancia.

De acuerdo con lo anterior la decisión del recurso de anulación en el caso de autos no podía ser diferente, cuando se refiere a un tema no legislado en el derecho colombiano como lo es el de la responsabilidad civil extracontractual del Estado y con relación a una sentencia de instancia fundamentada en aspectos fácticos y probatorios.

Lo anterior, no implica que, al resolver los cargos en que se sustentó el recurso de anulación, no se pudieran hacer algunas precisiones relativas a los conceptos que allí se mencionan y las cuales me permití sugerir con motivo de la discusión de los temas en la Sala correspondiente.

Lo anterior hubiera constituido un importante aporte jurisprudencial, por tratarse de un fallo de trascendencia nacional, por ser un

tema en el que están en juego los derechos humanos y por referirse al tema de la responsabilidad del Estado cuyo avance se debe a la jurisprudencia, llenando así el vacío que dejó en estos aspectos el fallo de instancia.

En la sentencia se afirma:

"...El Consejo encuentra que la sentencia no se ha ido por los derroteros de *la responsabilidad subjetiva* de carácter penal..." (pág. 24) (Se subraya).

"...Por otra parte no es dable dentro de los precisos contornos del recurso de anulación entrar a elucidar si la sentencia en su pesquisa probatoria estableció, si o no, una llamada *responsabilidad subjetiva,* como tampoco si ésta sirvió de soporte a la *responsabilidad estatal...*" (pág. 24) (Se subraya).

"...Sólo ese examen podría llevar a establecer si hubo *una específica y simple responsabilidad civil o patrimonial del autor de los hechos o si una típica responsabilidad del Estado por hecho (sic) perjudiciales o nocivos de sus agentes...*" (pág. 25) (Se subraya).

"Tanto el presente cargo como el anterior, atinan a señalar que la sentencia enjuiciada, al precisar la existencia de torturas y delitos lo que ha querido significar es la temática de la falta personal del agente, que no da lugar, a sentir del recurrente, *a la falla del servicio, generadora de la responsabilidad que se ha llamado primaria y objetiva del Estado,* que encuentra su fundamento en el artículo 16 de la Carta Fundamental.

"Haciendo abstracción de toda incidencia probatoria acerca de los hechos y circunstancias que determinaron la condena por responsabilidad, cuyo reexamen se encuentra vedado en el recurso extraordinario que ahora se decide, tal como queda consignado en el número 1 anterior, vale la pena señalar que la sentencia no está ameritando por ninguna parte una exclusiva falta personal que comprometa únicamente al funcionario responsable. *Al contrario, dicha providencia judicial, lo que ha querido significar y así se infiere de la lectura de su parte considerativa, es que algunos funcionarios en el ejercicio de sus funciones públicas incurrieron en hechos o demasías —que inclusive califica de torturas— pero que de todas maneras comprometen la responsabilidad estatal.*

"No dice la sentencia por ninguna parte que la falta personal en que incurrieron los agentes estatales, 'las torturas, los vejámenes y el trato inhumano adoptado por los investigadores castrenses', sean separables de la función pública. Por el contrario, el proveído enjuiciado alude a que los atropellos cometidos bajo el pretexto del ejercicio de *funciones públicas, configuraron las 'doctrinalmente llamadas vías de hecho'.*

"La vía de hecho *administrativa,* que siempre la ha considerado la doctrina y la jurisprudencia, como la contraria a la vía de derecho, implica en algunas circunstancias la actuación material inesperada, irregular e innecesaria llevada a cabo *por la administración contra los derechos o las libertades públicas, o sea, la arbitrariedad de la*

administración, o cuando ésta obra en ejercicio de un derecho que realmente tiene, pero con ausencia del procedimiento legal o aplicable distinto al señalado por la ley (sentencia de 28 de octubre de 1976, Sección 3ª, Expediente 1482), ha de generar *responsabilidad administrativa.* Tan es ello así que el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, que hace parte del Libro Segundo sobre 'Control Jurisdiccional de la actividad administrativa', alude que ésta última se cumple mediante actos o hechos y toda ella sujeta al control jurisdiccional en los términos previstos en la Constitución, en las leyes y en el mismo Código. Luego esa misma disposición define los actos administrativos, los hechos administrativos, para luego concluir que las llamadas 'operaciones administrativas' y 'vías de hecho', se considerarán en adelante y para todos los efectos, actos administrativos.

"La sentencia que alude a los atropellos y violaciones ejercidos bajo el pretexto del ejercicio de *funciones públicas —vías de hecho—*, determina que 'la condenación al pago de perjuicios tiene como soporte fáctico las torturas...' Vale significar respecto a esto último, como bien lo señala el recurrente, que el llamado delito de torturas, fue apenas legalmente tipificado en el Código Penal (art. 279) que entró a regir en 1981, es decir, con posterioridad al acaecimiento de los hechos, por lo cual ha de entenderse que no se estuvo frente a la comisión de un delito, que por otro lado siempre es del agente, como fuente de reparación del daño. Aun cuando sobre éste respecto es del caso precisar que el dolo o la culpa del *funcionario en el ejercicio de la actividad administrativa o de la prestación del servicio público puede ser fuente de responsabilidad estatal,* si como se dijera atrás, la falta personal es imposible de separar de la función pública ejercida por el respectivo agente".

"El Consejo de Estado, sobre este respecto, partiendo del supuesto que la responsabilidad de los entes públicos se basa en la denominada *teoría de la 'falla del servicio...'*" (pág. 30) (Se subraya).

"Podrá agregarse entonces que la actividad dolosa del agente, o delictuosa como quiera decirse, no es óbice para la responsabilidad de la administración, *si aquella conducta fue dada por razón o con ocasión de la función pública, mal o indebidamente ejercitada causante en última instancia del daño o perjuicio irrogado al administrado...*" (pág. 32) (Se subraya).

"...De todo lo anterior se colige que las expresiones utilizadas en el fallo acusado, como las de 'torturas, vejámenes', 'trato inhumano', 'atropellos', 'violaciones', no demeritan *la responsabilidad de la Nación...*" (pág. 32) (Se subraya).

"...lo que de suyo es una obligación de carácter legal, que por otra parte no mengua la *responsabilidad de la administración*" (pág. 35) (Se subraya).

"...Hallado ese agente, individualizado inclusive su nombre, probada procesalmente su conducta y omisión dañosos (sic) por razón *o en ejercicio de la función pública,* o pretextándola o aparentándola inclusive, no por ello el sujeto pasivo de *la responsabilidad cambia trastocándose de administrativa en subjetiva*" (pág. 40) (Se subraya).

"...la posibilidad para el administrado de obtener la reparación de los daños imputables al Estado como una manera de restituir el equilibrio económico roto *por hechos o actos del Poder Público*" (pág. 41) (Se subraya).

"...lo que en buen romance significa que tales *hechos ocurridos con ocasión de la investigación castrense,* que no puede negarse *constituye una función pública,* son los determinantes de los perjuicios" (pág. 46) (Se subraya).

"No se puede confundir *la responsabilidad por la falla del servicio de la administración pública,* con la responsabilidad personal del Juez en los casos del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil".

"La primera es generalmente anónima, sin perjuicio que pueda señalarse el agente que en uso de sus funciones públicas irrumpe con el daño. La responsabilidad del Juez, es siempre personal. En la responsabilidad por *la falla del servicio público,* es legitimada por pasiva *la entidad de derecho público encargada de aquel...*" (pág. 53) (Se subraya).

"Pero otra cosa es cuando el Juez, aún dentro del ejercicio de sus funciones, acude a las vías de hecho o irregulares de todas maneras, y causa lesión a una de las partes, o a su apoderado, o a un auxiliar de la justicia, o a un tercero en general. *No es ésta, entonces, una simple responsabilidad personal del Juez sino una manifestación evidente de que tan importante servicio público o cometido esencial ha fallado en su funcionamiento, que compromete indudablemente al Estado...*" (pág. 54) (Se subraya).

"No entra la Sala a considerar *si la jurisdicción penal militar constituye o no una jurisdicción especial...* pero en todo caso cumple una *función pública susceptible de acarrear perjuicios* a los particulares, cuando aquella no se ejerce correctamente y causa un daño a través de hechos irregulares..." (pág. 54) (Se subraya).

En los apartes transcritos se hace referencia a: Responsabilidad subjetiva, responsabilidad objetiva, responsabilidad estatal, responsabilidad de los entes públicos por la falla del servicio, responsabilidad de la administración con ocasión de la función pública, responsabilidad de la Nación, responsabilidad administrativa, responsabilidad por hechos o actos del Poder Público, falla del servicio de la administración pública, y también se afirma que no se precisa si la jurisdicción penal militar constituye o no una jurisdicción especial, aunque cumple una función pública.

Los anteriores conceptos hubieran podido precisarse para establecer si la responsabilidad del Estado surge en ejercicio de cualquier "función pública", de la actividad administrativa, de la jurisdiccional,

de la castrense investigativa, de la castrense jurisdiccional, de la castrense administrativa, o de cuál de las actividades que dicho concepto recoge y cuál es el fundamento de esa responsabilidad.

Sin duda, a mi juicio, el análisis y estudio de los conceptos anteriores, era de incidencia en el tema cuestionado en el presente caso, y su precisión ha debido hacerla la Sala.

Con todo respeto,

Consuelo Sarria Olcos.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. CAUSAL UNICA: "VIOLACION DIRECTA" (Aclaración de voto).—

SENTENCIAS. CONTENIDO Y FORMA POSTURA EN EL CONOCIMIENTO DE LA AUTORIDAD COMPETENTE DE LOS HECHOS ANALIZADOS Y CONOCIDOS POR EL JUEZ (Aclaración de voto).—

Aclaración de voto de la Consejera: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número R-012. Recurso de anulación. Olga López Jaramillo de Roldán y otros.

Al elaborar respetuosamente mi aclaración de voto, manifiesto:

Quiero hacer hincapié en que la sentencia impugnada no es contundente en lo relacionado con el quebranto de la ley penal por parte de los funcionarios públicos respecto de los cuales ordenó la expedición de copias de algunas piezas del expediente para la correspondiente investigación, como se desprende de los siguientes apartes: "...poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos *presumiblemente* delituosos..." y "...para que se *investiguen los delitos en que se hubiere incurrido*", como se dijo en el numeral quinto de la parte resolutiva (fl. 82 del mismo fallo) (las subrayas son mías).

Por ello estuve de acuerdo con la ponencia que se aprobó, la cual descarta que la sentencia impugnada hubiera tenido por fundamento de las condenas que ordenó la comisión de delitos.

Como en la sentencia de la Sección Tercera se parte de la base de que existieron torturas, en la providencia que decidió el recurso de anulación, no se podía controvertir esta circunstancia porque para ello, era indispensable efectuar el estudio de las probanzas aportadas, lo cual no es posible en el recurso extraordinario de anulación porque este sólo puede prosperar por violación *directa de la Constitución o la ley.* Es decir lo que se expresó en aquella providencia sobre los hechos que le sirvieron de fundamento, no podía ser objeto de verificación por la Sala Plena (en efecto no lo fue) porque se repite, esta no podía entrar a estudiar el acervo probatorio sino en el caso de que el recurso hubiera prosperado en cuyo evento el Consejo de Estado hubiera tenido que convertirse en juez de instancia previa la reconstrucción del proceso, y entonces sí podía estudiar las pruebas.

En cuanto al cargo sexto, aún en la hipótesis de que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo fuera una norma sustancial,

para que hubiera prosperado el cargo, era necesario que se hubiera violado el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, según lo planteó el escrito de anulación, mas lo cierto es que como bien lo dijo la Sala Plena en la sentencia, que motiva esta aclaración, tal transgresión no se presentó.

Bogotá, D. E., febrero 2 de 1988.

Aydée Anzola Linares.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. CAUSAL UNICA: "VIOLACION DIRECTA" (Aclaración de voto).—

Como el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo señala como única causal de este recurso la violación directa de la Constitución Nacional o de la LEY SUSTANTIVA, nunca podrá servir de vehículo procesal para anular una sentencia en la cual se condena a una entidad pública por razón de la responsabilidad extracontractual:

Esta víctima tiene como soporte el artículo 16 de la Constitución Nacional al cual el legislador no le ha dado desarrollo en ninguna ley especial: PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD. VIOLACION DIRECTA E INDIRECTA DE LA LEY.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO: FALLA DEL SERVICIO Y "RESPONSABILIDAD DEL JUEZ" (artículo 40 del Código de Procedimiento Civil) (Aclaración de voto).—

1. Fundamento constitucional.

2. Responsabilidad del Estado y obligaciones de indemnizar los daños causados por la ADMINISTRACION, RESTRICCION PARA ACTIVIDADES PROPIAS DE LA RAMA LEGISLATIVA O DE LA JURISDICCIONAL.

3. RESPONSABILIDAD DEL JUEZ (art. 40 del Código de Procedimiento Civil):

a) Régimen disciplinario y

b) Responsabilidad económica.

4. En todos los casos en que se pretenda una indemnización, es necesario distinguir si los hechos ocurrieron en ejercicio de la función administrativa de defensa, o de la jurisdiccional, para darle el tratamiento que le corresponda al caso en cuanto al tribunal competente, la clase de acción, las sanciones o los culpables, el alcance de la indemnización.

Aclaración de voto del Consejero: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número R-012. Recurso de anulación. Olga López Jaramillo de Roldán y otros.

1º *El recurso extraordinario de anulación.*

Puesto que la única causal de este recurso radica en la violación *directa* de la Constitución Nacional o de la *ley sustantiva* según el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo, nunca podrá *servir* de vehículo procesal para anular una sentencia en la cual se condene a una entidad pública por razón de la responsabilidad extracontractual.

En efecto, esta última tiene como soporte el artículo 16 de la Constitución Nacional al cual el legislador no le ha dado desarrollo en ninguna ley especial. De ahí que toda la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado se ha elaborado exclusivamente por la jurisprudencia, de manera especial, la producida por el Consejo de Estado.

Con apoyo en el artículo 16 de la Constitución Nacional los tribunales administrativos han establecido la responsabilidad extracontractual de las entidades públicas entre otros casos cuando, según la doctrina más aceptada, se *demuestra* la falla del servicio, o sea, el quebrantamiento de la finalidad para la cual están instituidas las autoridades de la República, es decir, la de proteger la vida, honra o bienes de sus habitantes.

Como la responsabilidad del Estado puede surgir cuando el particular demuestra mediante PRUEBAS la actuación dañina y su relación de causalidad con el perjuicio sufrido, no podrá nunca desvirtuarse un fallo de esta materia, mediante un recurso extraordinario de anulación, por dos razones: 1ª porque este no admite de nuevo el examen de las pruebas puesto que dejaría la violación de ser directa para convertirse en indirecta; 2º porque dentro del concepto de violación directa de la ley como causal, no cabe la violación de la "jurisprudencia".

No obstante este vaticinio de fracaso conviene consignar algunas observaciones alrededor del caso planteado que sirven para demostrar la inutilidad del recurso extraordinario de anulación establecido por el Decreto 01 de 1984 en sus artículos 194 a 205.

2º *La responsabilidad extracontractual del Estado.*

En una primera aproximación al tema, se recuerda, como ya se expresó, que su fundamento constitucional radica en el artículo 16 según el cual "las *autoridades* de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en *sus vidas*, honra y bienes..."

Con apoyo en esta norma, los tribunales colombianos, específicamente el Consejo de Estado, han podido adaptar las doctrinas extranjeras, especialmente la francesa, mediante la elaboración jurisprudencial en múltiples fallos en que ha establecido la responsabilidad del Estado y la obligación de indemnizar los daños causados por la administración pública.

Hasta ahora se ha aplicado a las fallas de la "administración" restringiendo así el ámbito de aplicación al área que corresponde a la actividad de la rama ejecutiva, sin extenderla a los perjuicios causados por las actividades propias de la rama legislativa o de la jurisdiccional.

Y se ha aplicado por el Consejo de Estado, en consideración a que este tiene la competencia asignada en su condición de tribunal supremo de lo contencioso *administrativo* y en que la ley lo ha facultado específicamente para establecer directamente la reparación del daño causado por un hecho de la *administración*, en ejercicio de la acción autorizada por el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

Pero ni esta vía, ni este Tribunal han sido autorizados por la ley para reparar los daños causados por la actividad de las ramas jurisdiccional o la legislativa y por ello el Consejo se ha abstenido de hacerlo.

La situación respecto a la falla de la administración de justicia no se ha establecido de una manera objetivizada y general, sino que se ha radicado en la responsabilidad personal de los jueces y magistrados, que se desenvuelven en ámbitos bien diferenciados por su reglamentación legal y por las entidades competentes para juzgarla, a saber:

a) El del régimen disciplinario que se ejerce por las entidades encargadas de la vigilancia judicial;

b) El de la responsabilidad económica por los perjuicios causados, que se establece ante la justicia ordinaria con aplicación del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil y,

c) El de responsabilidad penal que se rige por el Código de la materia.

3º *El ejército nacional y la justicia castrense.*

La función primordial del ejército es la defensa de la nación (art. 166 de la C. N.). De manera excepcional y específica está autorizado mediante las cortes marciales o tribunales militares y con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar, para conocer de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio (art. 170 C. N.).

De esta dualidad de funciones se deduce que en todos los casos en que se pretenda una indemnización por los daños causados por miembros del ejército, es necesario distinguir si los hechos ocurrieron en ejercicio de la función administrativa de defensa, o de la jurisdiccional, para darle el tratamiento que le corresponda al caso en cuanto al tribunal competente, la clase de acción, las sanciones a los culpables, el alcance de la indemnización, etc.

El Consejo de Estado ha establecido responsabilidad de la Nación en múltiples oportunidades, como en la sentencia de agosto 21 de 1981, expediente número 2750, citada y parcialmente transcrita en el fallo recurrido; de aquella se destaca que por haberse fundado en hechos atribuidos a soldados que desarrollaban labor de patrullaje militar, es decir, labores típicas de su función de defensa, la responsabilidad allí establecida, es desde este punto de vista, inobjetable.

El artículo 306 del Código Penal Militar —Decreto-ley 250 de 1958— define la jurisdicción penal militar como "la potestad que tiene

la República de administrar justicia en este ramo". La competencia que depende de la calidad del agente, de la naturaleza de la infracción y del lugar donde se haya cometido, está regulada por los artículos 307 y siguientes.

La Corte Suprema de Justicia le ha hecho a este Código precisiones tendientes a excluir de su ámbito a los civiles, como por ejemplo en la sentencia de 4 de abril de 1971 que declaró inexequibles los ordinales 5º y 6º del citado artículo 307.

Lo anterior sirve de respaldo a la consideración de que para deducir la responsabilidad del Estado en el presente caso era necesario tener en cuenta el alcance de normas citadas en la época en que sucedieron los acontecimientos, cuando regía el estado de sitio en toda la Nación y se trataba de investigar un delito eminentemente militar (robo de armas), con implicaciones en la defensa nacional (rebelión) y aún en el honor de las fuerzas militares. Era conveniente, por lo menos identificar los autores y precisar la función desempeñada, ya que el demandante los cobijó en forma indiscriminada bajo la expresión de "funcionarios y agentes del orden nacional".

4º *La sentencia impugnada.*

Las muy resumidas consideraciones anteriores sirven para justificar algunas críticas a la sentencia de instancia de 27 de junio de 1985, objeto del recurso, que no puede anularse dado el restringido marco de acción del recurso que se resuelve.

El signo de ambigüedad ha dominado este proceso, pues ya desde la demanda se observa esta característica, de la cual no pudo escapar el fallo de la Sección Tercera. Son estas las "vivencias de contradicción" que se han criticado en Sala.

El relato de los hechos da cuenta de un proceso que se inicia con un informe de un agente de la policía judicial a un juez de instrucción Penal Militar, quien por auto dictado inmediatamente (2 de enero de 1979), decretó el allanamiento de la vivienda de la señora Olga López Jaramillo, quien fue víctima de una retención llena de vejámenes y torturas, según las pruebas aceptadas y a quien se le dictó auto de detención el 20 de enero y fue sometida a una angustiosa detención precautelativa que se extendió por más de dos años, hasta que el Consejo Verbal de Guerra que juzgó a los sindicados de rebelión, dentro de los cuales se contaba ella, se abstuvo de formularle cargos y ordenó su libertad el 13 de enero de 1981. Por otra parte, su hija menor también fue víctima de varios atropellos, en especial durante los primeros días de retención de su madre y ésta, aún después de tener su libertad, fue amenazada de nuevo, hasta el punto de verse forzada a abandonar el país.

Prescindiendo de detalles que fueron aceptados por el fallador de instancia, el actor concretó las bases de su demanda de 11 de enero de 1982, así:

> "Como resultado de las vías de hecho, fallas en el servicio y operaciones administrativas protagonizadas por funcionarios y agentes del orden nacional..."

Y la fundamentó citando para ello numerosas normas cuya mayoría corresponde a las regulaciones de los procedimientos en materia penal (C. de P. P., arts. 305, 355-58, 364-365, 368-371, 388, 389, 392, 402, 407, 408 y 413); y del procedimiento penal militar (C. P. M., arts. 182, 499-504, 521 y 540); a normas de carácter penal como los artículos 272-279 y el 34 y normas de garantías de los procedimientos, como los artículos 23, 26 y 28 de la Constitución Nacional. Esta fundamentación en normas de procedimiento judicial no se compadecía con el fundamento de sus pretensiones consistentes en "las vías de hecho, fallas en el servicio y operaciones administrativas".

Esta dificultad inicial fue observada y superada por la señora fiscal, quien inició su concepto con esta aclaración:

> "Haciendo un esfuerzo de interpretación y tratando de ordenar los hechos constitutivos de la falla del servicio, se puede afirmar que los actores reclaman perjuicios por las actuaciones siguientes:
>
> 1º Retención...
>
> 2º Allanamiento...
>
> 3º Por las torturas físicas y psíquicas...
>
> 4º Por la 'imputación calumniosa'...
>
> 5º Por la violación de todos los términos procesales y formalidades del debido proceso".

Con buen juicio y en forma coherente con la jurisprudencia, la señora fiscal fundamentó solamente en el artículo 16 de la Constitución Nacional la solicitud de condena, así:

> "Así pues, probada como quedó la falla del servicio, en relación con los malos tratos y torturas de que fue víctima la actora, debe declararse responsable al ente demandado".

Consideró la señora fiscal que se trataba de falla en el servicio relacionado con la defensa de la soberanía nacional, cuyo ejercicio tiene por límite los derechos humanos de los ciudadanos. El concepto de la Fiscal, aunque soslayó lo relativo al proceso judicial militar, consideró la existencia de la falla del servicio de la administración y por ello se apoyó únicamente en el artículo 16 de la Constitución Nacional, lo cual era concordante con la tradición jurisprudencial del Consejo.

Pero el fallo de la Sección Tercera fue contradictorio en su fundamentación, pues aunque inicia sus consideraciones sobre "las fallas de la administración", bien pronto arremete contra lo sucedido alrededor de la justicia Penal Militar, en desarrollo de la investigación, con una evidente imprecisión o confusión del concepto de las "autoridades" y sus diversas funciones:

> "...las autoridades competentes, en cumplimiento de sus estrictas funciones legales, pueden detener a un ciudadano cuando se reúnen los requisitos de la norma procesal penal, pero mientras esté detenido, le deben toda consideración, respeto y protección, conforme al de-

recho interno, a los convenios internacionales sobre derechos humanos, al derecho de gentes y a los más elementales principios de humanidad y civilización".

Es indiscutible el sentido humanitario del párrafo anterior.

Pero, jurídicamente no resulta claro si al referirse a "las autoridades competentes" que detienen a una persona cuando "se reúnen los requisitos de la norma procesal penal" se está refiriendo a las autoridades administrativas o a las judiciales, si a las actividades simplemente policivas de la administración, o a la de los Jueces como investigadores y sancionadores de las conductas punibles.

Más adelante, la sentencia expresa como fundamentación que no se adelantó un *proceso penal,* sino una serie interminable de atropellos y violaciones.

Que "los vejámenes y el trato inhumano adoptado por los *investigadores castrenses",* confiere soporte fáctico a la condena del pago de perjuicios.

Que, "quienes" ejecutaron, toleraron, etc., estos repudiables actos, violaron la Constitución y la *ley penal* y finalmente, que se incurrió en diversas arbitrariedades y *"fraudes procesales por parte de la justicia castrense".*

Es decir, claramente se refiere a violaciones de la ley penal por parte de personal perteneciente a la justicia castrense, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, de lo cual podría inferirse que la base de la condena es la comisión de delitos por parte de dicho personal, tal como lo entendió en las discusiones el Consejero Martínez Conn, quien salvó el voto.

Pero a renglón seguido, ya no se refiere a delitos, sino a "hechos presumiblemente delictuosos", que como tales dispone poner "en conocimiento de las autoridades competentes". También a renglón seguido abandonó la pista de "quienes" ejecutaron o toleraron esos actos, para referirse en general a los "fraudes procesales" (delito que debió personalizar), cometidos por la "justicia castrense" (anonimato del órgano judicial).

En esto no más, sin mencionar el aspecto probatorio vedado para este recurso extraordinario, radica el estigma de ambigüedad del fallo.

5º La sentencia de diciembre de 1987.

No obstante mi desacuerdo y dudas con relación a la sentencia de instancia de junio de 1985, parcialmente expuestas, apruebo el fallo de 1987 que se abstiene de anularla.

No podía ser otro el resultado de un recurso extraordinario cuyos estrechos límites no permiten reexaminar la prueba, ni establecer violación de la ley sustancial en un terreno que pertenece sólo a la jurisprudencia.

Estimo que la solución dada al recurso extraordinario fue elaborada en forma cuidadosa y ceñida a la técnica acogida por la Corporación en esta clase de negocios y además, ajustada estrictamente a los términos expuestos por el impugnador, que obviamente no podía mejorar.

Bogotá, 14 de febrero de 1988.

Jaime Abella Zárate.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. CAUSAL UNICA: "VIOLACION DIRECTA" (Aclaración de voto).

No pueden haber análisis probatorios PRUEBA TESTIMONIAL. Elementos constitucionales. Valor probatorio.

Aclaración de voto del Consejero *doctor Samuel Buitrago Hurtado.*
Bogotá, D. E., ocho de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Referencia: Expediente número R-012. Recurso de anulación. Actor: Olga López Jaramillo de Roldán y otros.

El fallo recurrido en anulación está basado en profusa prueba testimonial ostensiblemente violatoria de las normas probatorias que gobiernan su práctica y su evaluación. Los testimonios aportados al proceso que dio origen a la sentencia recurrida, proceden de personas que de modo manifiesto son sospechosas de parcialidad e interés, circunstancia que no fue objeto de la menor apreciación en la sentencia. Son de esos testimonios que se denominan de segunda mano o de oídas, que si bien son admisibles, su evaluación requiere de la crítica testimonial. "El Juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigna cada prueba" dice el segundo inciso del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, en el fallo no se intentó la menor crítica a la prueba testimonial aducida. Ningún comentario, ninguna glosa, ningún reparo le mereció a la Sala la calidad de esos deponentes que el artículo 217 del mismo Código de Procedimiento Civil reputa sospechosos, como tampoco ningún comentario le mereció el contenido de las declaraciones así como de la percepción directa que hubieran tenido quienes declaran, como claramente se observa en la página 57 de la providencia recurrida.

Las normas probatorias nos enseñan que es forzoso analizar cada uno de los elementos constitutivos de toda prueba y sólo después de ese riguroso examen puede concluirse si hubo o no regularidad y oportunidad de la prueba y poder efectuar así la evaluación de la misma en cuanto hace a su credibilidad y a su eficacia. A pesar de que no se hizo ninguno de esos cotejos se les atribuyó pleno valor a los testimonios allegados al expediente no siendo aventurado decir que tan sólo se hizo la transcripción literal de ellos sin que en lo más mínimo se analizaran las condiciones de los declarantes, su idoneidad y credibilidad, más aún tratándose de testigos sospechosos y de oídas.

Testigos sospechosos son a términos del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes

o a sus apoderado, antecedentes personales u otras causas. Y testigos sospechosos son todos los que la sentencia recurrida tomó como prueba; y tienen ese carácter por ser o bien sindicados, o compañeros de sindicación de la señora Olga López de Roldán, ofendidos y de oídas, por ejemplo, el doctor Alfredo Vásquez Carrizosa quien como se lee en la transcripción que de su dicho se hace en la página 34 de la sentencia, se enteró de los hechos como Presidente del Comité Permanente para la Defensa de los Derechos Humanos por un informe que conoció fechado el 19 de abril de 1979, elaborado por una comisión de la Asociación Colombiana de Juristas Demócratas; no le consta nada sobre el particular y su testimonio es de oídas. El doctor José Francisco Socarrás en las páginas 36 y 37 afirmó que conoció de los hechos porque al informar la prensa diaria de Bogotá que los médicos Antonio Iglesias Gamarra, Oswaldo Lazala Vargas, Brucha Leibovich de Lazala estaban presos por presuntos delitos políticos, fue a la Cárcel Modelo donde fue informado de los hechos, y meses más tarde Olga López de Roldán le contó sobre el tratamiento recibido. Es pues el testimonio del doctor Socarrás de oídas. Patricio Villalba Bustillos (págs. 38-39) expresa que hace tres años practicó examen siquiátrico a la señora Olga López de Roldán sin recordar con precisión los resultados del mismo. Hernando Hurtado Alvarez (págs. 39 a 41) actuó como apoderado de uno de los detenidos por los mismos hechos que se imputaban a la señora López de Roldán, María Cristina Salazar de Fals (págs. 41-43) declara de oídas y dice que en la Brigada de Institutos Militares nunca vio a Olga López, pues ella estaba detenida en lugar diferente. Elena Isaacs (págs. 43-44) estuvo detenida en la Brigada de Institutos Militares, en el Buen Pastor y en la Escuela de Artillería como compañera de reclusión de la señora López, Adolfo Gallón Giraldo (págs. 44-45), Arturo Fúquene Macías (págs. 45-46) Miguel Antonio Cano Morales (págs. 47-48) y Humberto Vergara Portela (págs. 49-51) eran abogados, apoderados de personas detenidas por los mismos hechos imputados a la señora Olga López de Roldán, Diego López Jaramillo (pág. 52) es hermano y apoderado de la señora López de Roldán, Carlos Emiro Mora Solano (pág. 53), amigo de la señora Olga López, detenido por los mismos hechos a ella imputados, en su testimonio relata sus propias experiencias.

A pesar de lo antes expresado, señores Consejeros, en virtud de las claras y perentorias exigencias que el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo establece para el recurso extraordinario de anulación, he llegado a la conclusión de que debemos hoy darle vía libre a la sentencia de la Sección Tercera, puesto que el recurrente se preocupó más por la formulación de cargos y el análisis de aspectos, que como bien se examinan en la ponencia del doctor Caballero Sierra y en el curso de la discusión se analizaron con gran propiedad, altura y sindéresis por algunos de los distinguidos colegas, ciertamente que no venían al caso, descuidando en cambio el profesional recurrente lo que en mi sentir ha debido ser la base fundamental del recurso, cual es el aspecto probatorio que tiene que ver específicamente con la prueba, testimonial que sirvió de apoyo a la sentencia objeto de la anulación, como antes se ha expresado.

El recurso de anulación se halla encuadrado en el Código Contencioso Administrativo dentro de parámetros muy precisos de viola-

ción directa de la Constitución Nacional o la ley sustantiva, no siendo dable al Consejo suplir las omisiones del recurrente en ese sistema riguroso que es rogado, no oficioso y que no permite tampoco, como bien se analiza en la ponencia, la acusación de sentencias por violación indirecta de la Constitución o la ley sustantiva, que sólo es factible cuando el aspecto probatorio está de por medio, "o sea cuando la apreciación errónea o la falta de apreciación de un medio de convicción judicial conduce a la infracción de la norma de derecho".

En los términos anteriores y con la consideración que siempre he profesado a mis colegas del Consejo, dejo aclarado mi voto.

Samuel Buitrago Hurtado.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. CAUSAL UNICA: "VIOLACION DIRECTA" (Aclaración de voto).

La violación directa por ERROR IN JUDICANDO *y no por ERROR* IN PROCEDENDO.

Aclaración de voto del Consejero *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Bogotá, D. E., veintiséis de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Expediente número R-012 (Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra).

Referencia: Proceso número R-012. Reconstrucción recurso de anulación. Actores: Olga López Jaramillo y otros. Sentencia de 27 de abril de 1985 proferida por la Sección Tercera de la Corporación.

1. Contra la sentencia de la referencia interpuso la Nación —Ministerio de Defensa Nacional— recurso extraordinario de anulación, el cual fue desatado por fallo de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 16 de diciembre de 1987.

Dicho recurso, según la reglamentación que lo estructura, está erigido sobre la violación directa por la sentencia que puede ser objeto del mismo de la Constitución o de la ley sustantiva (art. 197 del C. C. A.). Por ley sustantiva se entiende la atributiva de derechos y obligaciones.

A dicha transgresión se llega a través de las modalidades conocidas como aplicación indebida, falta de aplicación e interpretación errónea, en donde el enfrentamiento del fallo se hace de manera inmediata con los textos, sean legales o constitucionales considerados como desconocidos.

Es entonces la norma de carácter sustantiva la que permite cotejo con el fallo recurrido y así en caso de prosperidad del recurso, se dice que el Juez incurrió en errores *in judicando,* o sea en el ejercicio de su actividad como tal al aplicar aquélla. Y esto a diferencia de los errores *in procedendo,* o sea la equivocación de él en la aplicación del procedimiento que observa y a través del cual se tramita la pretensión material controvertida.

De ahí también que no sea dable dentro de tal directriz, hacer planteamientos de violaciones jurídicas a través del acervo probatorio que sirvió de fundamento al fallador de instancia para tomar la decisión correspondiente. Ello constituiría una violación de índole indi-

recta porque habría en primer término que reexaminar la prueba tenida en cuenta por aquél para concluir de ello si existió falta de apreciación o apreciación indebida de la misma y de ahí deducir mediatamente el quebranto o no de la normatividad con la cual se confronta el fallo objeto del recurso, para deducir finalmente la anulación o no de este último.

2. Los planteamientos que la parte recurrente hace en su escrito de anulación giran alrededor de aspectos en que se enjuiciaba el fallo de la Sección Tercera por vicios en el manejo del haz probatorio, o por yerros *in procedendo* y por ello se explica que dentro de la técnica que informa el recurso los cargos dentro de ese contorno no pudieron prosperar, luego de que la presente sentencia hace un cuidadoso, concienzudo y acertado estudio de ellos.

3. De ahí que dentro del contexto acabado de expresar, estuviere de acuerdo con esta sentencia.

Simón Rodríguez Rodríguez.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO: FALLA DEL SERVICIO (Salvamento de voto).

Queda claro que el fundamento de la condena (en el caso sub júdice*), no es falla del servicio, sino que se trata entonces de DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS QUE AUNQUE TIENEN ORIGEN DE SU NOMBRAMIENTO EN LA ADMINISTRACION, por las funciones que ejercen, son juicios FISCALES, Y PERSONAL ADSCRITO A LA INVESTIGACION PENAL MILITAR.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. CAUSAL UNICA: "VIOLACION DIRECTA" (Salvamento de voto).

Causal única. DIFERENCIA ENTRE EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION Y EL DE CASACION CIVIL.

SENTENCIAS. CONTENIDO Y FORMA.

El artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, no es como se ha pretendido, instrumental, sino sustantivo del proceso porque prescribe al Juez cómo debe cumplir el acto más importante del proceso.

ANALISIS DE LAS PRUEBAS PARA FALLAR.

Salvamento de voto del *doctor Carmelo Martínez Conn.*

Bogotá, D. E., once de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Referencia: Expediente número R-012. Reconstrucción recurso de anulación. Actor: Olga López Jaramillo. Sentencia de abril 27 de 1985 expedida por la Sección Tercera de la Corporación.

Sintetizo a continuación las razones que me llevaron a separarme solitariamente, de la sentencia que decidió no anular, como yo estimo que debió hacerse, la sentencia de 27 de junio de 1985 originaria de la Sección Tercera de esta Corporación y por la cual fue declarada la Nación administrativamente responsable de los perjuicios causados al doctor Iván López Botero, a la doctora Olga López Jaramillo y a la menor Olga Helena Roldán López "como consecuencia de las torturas a que ellos fueron sometidos y de las lesiones psíquicas y corporales causados a la doctora Olga López Jaramillo de Roldán".

Mis reparos son los siguientes:

a) No se puede considerar, como equivocadamente lo sostiene la sentencia de la cual me separo y lo ha sostenido desafortunadamente la Corporación, que el recurso de anulación instituido en los artículos 194 del Código Contencioso Administrativo, sea una especie de hijo natural —no reconocido— del recurso de casación civil establecido en los artículos 365 a 376 del Código de Procedimiento Civil.

1. En efecto, el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) señala como única causal de anulación, la violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva; en cambio, en la casación civil la violación de la Constitución requiere que se integre o complete con la violación de una norma legal que ampare o declare algún derecho sustancial de las personas.

2. El recurso de casación civil tiene como finalidad unificar la jurisprudencia colombiana y proveer a la realización del derecho objetivos en los respectivos procesos "y procura reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida"; en cambio, nada se dice en los artículos del Código Contencioso Administrativo, sobre los fines que se persiguen con el recurso de anulación, salvo que si el recurso prospera, "la Sala procederá a reponer la sentencia".

3. Por la índole de los derechos que se discuten. En el proceso civil se trata de controversias entre particulares que actúan en un plano de igualdad no sólo procesal sino en cuanto al derecho que se disputa; en el proceso administrativo se persigue contener al Estado dentro de la Constitución y de la ley, corrigiendo sus desbordamientos; es decir, que tampoco hay coincidencia en cuanto a la índole de la contienda jurídica.

4. La reglamentación de la casación civil tiene normas precisas que regulan su presentación, cómo deben formularse los cargos; en el recurso de anulación no hay ninguna reglamentación similar. Por tanto, es un recurso amplio que persigue ante todo la observancia de la Constitución y de la ley por parte de las autoridades;

b) La base de la sentencia que condena a la Nación no es ninguna falla del servicio, como equivocadamente, según mi apreciación, se ha pretendido, sino una responsabilidad derivada de hechos definidos en la ley penal como delitos, cometidos por personal de la justicia penal militar que investigaba el delito de rebelión y robo de armas del Cantón Norte del cual se acusó a la doctora Olga López de Roldán de estar comprometida como actora o cómplice; se trata entonces de delitos cometidos por funcionarios que aunque tienen origen en su nombramiento en la Administración, por las funciones que ejercen son Jueces, Fiscales y personal adscrito a la investigación penal militar.

En efecto, en la página 59A de la sentencia de la Sección Tercera proferida el 27 de junio de 1985, luego de transcribir los testimonios de distintas personas cuyo testimonio es sospechoso de parcialidad como se verá más adelante, dice: "2. Lo que se ha dejado reseñado pone en evidencia una *'justicia'* que ofende la dignidad humana y conturba el espíritu. Es angustioso verificar de qué manera el Poder

Ejecutivo, permitió que bajo su propia *'tutela'* ocurrieran los hechos señalados, en nombre de la justicia *'rápida y expedita'* que desea el Gobierno" (Lo subrayado es nuestro).

1. "La justicia mientras con una mano sostiene la balanza con que pesa el derecho, con la otra mano empuña la espada indispensable para afirmarlo. La espada sin la balanza es violencia, fuerza desnuda y bruta; pero la segunda sin la primera sería el derecho impotente. Ambas se pertenecen, se integran y complementan recíprocamente, las condiciones jurídicas perfectas sólo subsisten allí donde la fuerza con la cual la justicia sostiene la espada, igual a la hostilidad con que sostiene la balanza (Rudolf Von Ihering 'La lucha por el derecho' Buenos Aires, Atlántida 1954, pág. 37)".

Luego de afirmar en el numeral 3º la necesidad y legitimidad de defender el Estado de Derecho de sus enemigos utilizando los métodos civilizados de lucha, en el 4º expresa: *"Obvio que las instituciones no delinquen* y esto explica que las Fuerzas Armadas, como tales no resultan comprometidas en este proceso y continuan siendo soporte respetable e ineludible de la soberanía, la integridad y la supervivencia de la República y de sus instituciones jurídicas".

"Son los hombres los que yerran en su conducta y descubriéndolos y sancionándolos se salvaguarda el honor de la institución a que pertenecen o conforman".

Y más adelante en la página 80 de la sentencia de 27 de junio de 1985, el Consejo de Estado por conducto de la Sección Tercera, dijo: *"De los relatos anteriores queda claro que no se adelantó un proceso penal sino una serie interminable de atropellos y violaciones* so pretexto de ejercer funciones públicas y que configuran las doctrinariamente llamadas vías de hecho" (Lo subrayado es nuestro).

2. "Como se colige del contenido de la motivación del fallo, la condenación a pago de perjuicios tiene como soporte fáctico las torturas, los vejámenes y el trato inhumano *adoptado por los investigadores castrenses"* (Lo subrayado es mío).

Y continúa el fallo: "Para la Sala resulta evidente que quienes ejecutaron directa e indirectamente esos actos, quienes los toleraron pudiendo evitarlos no los impidieron, *violaron la Constitución Nacional y la ley penal por acción o por omisión"* (Lo subrayado es nuestro).

Queda claro que las transcripciones de la sentencia, que el fundamento de la condena no es la falla del servicio, sino que se trata de una responsabilidad civil de la Nación *por hechos delictuosos cometidos por funcionarios de la justicia penal militar que investigaban el delito de rebelión y complicidad o autoría en el robo de armas en el Cantón Norte* cometido por militantes del movimiento rebelde 19 de Abril del cual, al parecer, hacía parte la doctora Olga López de Roldán.

Y si era responsabilidad delictual, debió primero comprobarse por las autoridades penales la autoría del delito, pero el Consejo de Estado carece de competencia funcional para esclarecer delitos; su competencia se limita al campo administrativo;

c) La sentencia de 27 de junio de 1985 no contiene análisis probatorio, especialmente de la prueba testimonial, como lo ordena el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, que se adujo como causal de violación.

En efecto, la prueba en la cual fundamenta su decisión la Sección Tercera es la testimonial. Veamos quiénes son los testigos.

El testigo Gustavo Adolfo Gallón Giraldo, se cita en la sentencia diciendo: "Sí me consta, conocí a la doctora Olga López de Roldán en el mes de enero de 1979 cuando ella se encontraba cautiva en dependencias de la Escuela de Institutos Militares de Bogotá, junto con otros detenidos acusados globalmente de pertenecer al movimiento M-19, *entre ellos varios clientes míos todos los cuales fueron liberados posteriormente.* Este testigo dice que la doctora Olga López de Roldán tenía heridas en las muñecas que se había causado ella misma". Es claro que el testigo es sospechoso de tener interés por ser el apoderado de otros acusados de pertenecer al movimiento subversivo M-19; desecharlo es correcto, salvo que pruebas distintas corroboren su dicho.

El doctor Antonio Cano Morales, apoderado de Beatriz Arteaga de Díaz, otro de los testigos en cuyo testimonio fundó la Sección Tercera su decisión condenatoria, también era apoderado de otros sindicados del delito de rebelión y del robo de armas del Cantón Norte, dice que la doctora Olga López presentaba amoratamiento en la cara y en el cuerpo y una actitud "que parecía que estuviera drogada"; y que la doctora López de Roldán le dijo que "eran consecuencia de los maltratos y vejámenes morales a que se les había sometido por parte de los interrogadores de la Brigada de Institutos Militares". Este testimonio, además de ser sospechoso por cuanto proviene del apoderado de otros sindicados por el mismo delito, sólo sirve para probar que la doctora le hizo el relato, pero no prueba las torturas por cuanto él no estuvo presente.

Otro testimonio de cargo que sirvió de fundamento a la condena de la Nación, es del doctor Humberto Vergara Portela, apoderado de Augusto Vergara Sánchez, también detenido por el mismo delito, relata las torturas a que fue sometido su defendido y en cuanto a la doctora Olga López de Roldán, dice que se "encontraba pálida, demacrada y con visibles huellas de contusiones". El no presenció las torturas; luego su testimonio tiene consideraciones subjetivas propias del apoderado de una persona detenida por el mismo delito; por lo tanto, no sirve para probar el hecho de las torturas en la doctora López de Roldán.

Otro de los testimonios en los cuales fundó su decisión la Sección Tercera es del doctor Diego López Jaramillo, hermano y apoderado de la doctora Olga López de Roldán. Refiere que llegó al Juzgado Primero de Instrucción Penal Militar para asistir a la doctora en la diligencia de indagatoria y dice que pudo apreciar en la doctora López —su hermana—, escoriaciones, hematomas en las rodillas, lágrimas, equimosis en los brazos, dos heridas profundas en las muñecas, un

hematoma muy pronunciado en la región temporocipital derecha y un estado psíquico de absoluta depresión. El testimonio del doctor López Jaramillo es doblemente sospechoso de tener interés en la resolución del caso por ser apoderado y hermano de la demandante.

El señor Carlos Emiro Mora Solano, otro de los testigos de cargo, confiesa que ha estado detenido según su confesión en la Penitenciaría de La Picota, en la Brigada de Instituciones Militares y en la Cárcel Nacional Modelo. Dice que la doctora López de Roldán fue torturada en las instalaciones Militares pero que no puede precisar el sitio exacto porque los detenidos iban vendados.

Relata que presenció cuando la amenazaban con violarla si no confesaba ser participante en la rebelión. Dice que desde el momento de su detención fue amenazado para que incriminara a la doctora López de Roldán y que fue golpeado. Su testimonio a más de ser sospechoso por provenir de una persona sindicada del mismo delito, sólo prueba, en el mejor de los casos, que él fue sometido a violencia.

Arturo Fúquene Macías, apoderado de Másmela Karcs, de Morón —no dice el nombre— y de los uruguayos Betarte, Vivanco y Alba González Souza, además, de que confiesa que sólo estaba en la puerta de la Brigada, dice que vio cuando bajaban a una mujer, vendada, sus piernas estaban ensangrentadas y el pecho y la "identificamos porque una Teniente de apellido Cantiva nos informó a los abogados presentes que era una guerrillera alias 'Clara' y que al tratar de huir se había golpeado". El testigo identifica a la guerrillera "Clara" con Olga López, o por lo menos así lo entendió la Sala, porque ninguna prueba obra en el proceso de que la guerrillera "Clara" fuera la doctora Olga López. Infiero que eso era un secreto de la organización subversiva.

El del doctor Adolfo Gallón Giraldo; su testimonio merece igual censura para desecharlo, pues fue el apoderado de varios clientes sindicados por el mismo delito. Dijo que recuerda una protuberancia que tenía la doctora López en la cabeza, en el costado derecho, cercano a la oreja pero no afirma que él hubiera presenciado el hecho.

La señora Helena Isaacs, también estuvo detenida por el mismo delito y dice que muchas veces vio llorar a la doctora López de Roldán al serle negado el derecho a presentar recursos, pruebas y el pedido de excarcelación. Pero lo anterior no prueba la violencia que se alega como fundamento de indemnización.

También concurrió a testimoniar la señora María Cristina Salazar de Fals, quien estuvo con la doctora López en la cárcel del Buen Pastor, con la cual compartió una celda y en la Escuela de Infantería, pero no la vio en la Brigada de Instituciones Militares, porque ella estaba en lugar distinto. Dice que en el caso de la doctora Olga López, "oí en varias ocasiones directamente de sus labios el relato del allanamiento", etc. La señora Salazar, pues sólo oyó el relato que le hizo Olga López de sus sufrimientos y torturas pero no los presenció. Así que su testimonio no prueba el hecho debatido.

Otro testigo de cargo es el doctor Hernando Hurtado Alvarez, conocido militante del Partido Comunista, dice que "tuve conocimien-

to en los días finales del mes de enero de 1978, al igual que un numeroso grupo de profesionales del derecho, algunos de los cuales pertenecen a la Asociación Colombiana de Juristas Demócratas. Estos le pidieron audiencia al Presidente Turbay Ayala para expresarle su preocupación por los allanamientos, torturas y detenciones arbitrarias o que según él venían verificándose en diversos lugares del país y fue publicado en un informe elaborado por una Comisión de la honorable Cámara de Representantes. El doctor Hurtado habla de generalidades, pero no relata los hechos concretos que él hubiera presenciado. Su testimonio por lo mismo, no puede ser fundamento de ninguna incriminación concreta.

El doctor Patricio Villalba Bustillo, rinde su testimonio tres años después de haberle practicado a la doctora López de Roldán un electroencefalograma y reconoce el dictamen pericial. Su dicho sólo prueba que practicó el examen pero no las torturas.

El doctor José Francisco Socarrás, ilustre médico psiquiatra, relata que presentó denuncia a la Procuraduría General de la Nación para que estableciera posibles torturas a los médicos Antonio Iglesias Gamarra, Oswaldo Lazala Vargas, Brucha Leibovich de Lazala y Olga López Jaramillo de Roldán, y agrega que conoció los hechos porque al informar la prensa diaria de Bogotá que dichos médicos estaban presos por presuntos delitos políticos, fue a la cárcel Modelo en compañía del doctor César Pantoja, Presidente en esa época de la Academia de Medicina para ponerse a las órdenes en lo que pudieran servirles; los recibió el doctor Arturo Iglesias Gamarra y el doctor Oswaldo Lazala quienes les informaron de cuanto les había ocurrido; meses más tarde agrega, habló con la doctora Olga López de Roldán y ésta también le suministró datos sobre el tratamiento que había recibido en los Cuarteles de Usaquén.

Pero al doctor Socarrás nada le consta personalmente sobre la ocurrencia de los hechos y por tanto su dicho sólo prueba, que recibió esa información de los doctores Lazala y Olga López Jaramillo de Roldán. Es por tanto, un testimonio de oídas y con base en él no se puede ni montar una acusación ni formular una sentencia de condena.

Otro testigo de cargo es el doctor Alfredo Vásquez Carrizosa, nuestro antiguo profesor de Derecho Internacional, en lo cual es un experto, Presidente del Comité Permanente para la Defensa de los Derechos Humanos en Colombia. Dice que tuvo conocimiento de las torturas y el trato inhumano a que fue sometida la doctora Olga López de Roldán junto con su hija menor Helena, en condiciones degradantes e inhumanas que violaban la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Convenios de las Naciones Unidas sobre derechos políticos y civiles; que conoció en su oportunidad las comunicaciones que la Asociación Colombiana de Juristas Demócratas, dirigió al señor Presidente de la República y al Procurador General de la Nación denunciando la irregularidad de numerosos allanamientos y la detención de la doctora Olga López de Roldán y de su hija Helena; que tuvo a la vista los documentos que el doctor Hernando Hurtado puede entregar porque es el Secretario del Comité que él preside y que le causó profunda emosión enterarse del informe de

19 de abril de 1979 elaborado por una Comisión del mismo Consejo quienes dicen haber escuchado y gravado declaraciones de personas entrevistadas por ellos las cuales *confesaron* haber sido objeto de torturas físicas y psicológicas en diversos establecimientos carcelarios, etc. Total: Nada le consta personalmente al doctor Vásquez Carrizosa de las torturas sufridas por la doctora Olga López de Roldán y demás compañeros de cautiverio; por tanto, su testimonio tampoco es suficiente, por respetable que sea el distinguido profesor, para fulminar una sentencia de condena por hechos delictuosos cometidos por funcionarios de la Justicia Penal Militar;

d) Que los hechos imputados a funcionarios judiciales de la Justicia Penal Militar eran delictuosos no cabe duda, pues por lo menos se configuran los delitos de abuso de autoridad, prevaricato y lesiones personales. De eso no cabe duda, y siendo así, eran los Jueces penales quienes tienen competencia para establecer la comisión del ilícito y la responsabilidad. Sin embargo, en el fallo cuya nulidad negó el Consejo con sólo este salvamento de voto, se resolvió constituir al Consejo de Estado en Tribunal Penal de Instancia.

Ahora bien: El artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, cuya violación se acusa (cargo 10) tiene el siguiente texto: Contenido de la sentencia: "La sentencia analizará los hechos de la controversia, *las pruebas en su conjunto,* las normas jurídicas pertinentes y los argumentos de las partes, y con base en tal análisis resolverá las peticiones, en forma que no quede cuestión pendiente entre las partes y por los mismos hechos" (Lo subrayado es nuestro).

"Para el solo efecto de atender las peticiones en los artículos 85 a 88, podrán estatuirse en las sentencias disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas o no expedidas, y notificar o reformar aquellas".

La norma que hemos transcrito, no es, como se ha pretendido instrumental, sino sustantiva del proceso porque prescribe al Juez cómo debe cumplir el acto más importante del proceso, cual es la sentencia. Es norma sustantiva del proceso; es patente que esta norma fue violada por el fallador. En efecto, si se hubiera hecho valoración de la prueba en su conjunto, es obvio que habría tenido el juzgador que desechar los testimonios por las razones que ya hemos expuesto; y el examen pericial (encefalograma) que el doctor Villalba Bustillo hizo a la demandante —sin respaldo en la prueba testimonial— no es suficiente para demostrar que las anomalías padecidas por la demandante tuvieron por causa los maltratos físicos y morales a que fue sometida, según se afirma, durante su detención; y los testimonios tampoco son, por sí solos, suficientes, porque no prueban nada y debieron desecharse.

Estas son las razones que me llevaron a separarme de la sentencia acogida por la mayoría de la Sala.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.— FALLA DEL SERVICIO.

El Estado de Derecho. El campo de acción de la delincuencia en el Estado de Derecho. Concepto.

EJECUCION DE TORTURAS MORALES Y FISICAS POR ORGANISMOS MILITARES.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., cinco de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 3009. Indemnizaciones. Actor: Torres de Zambrano Mariela.

En escrito de 28 de julio de 1980, la señora Mariela Torres de Zambrano, mediante apoderado idóneo, demanda a la Nación colombiana para que declare su responsabilidad por la muerte del señor Jorge Marcos Zambrano T., y se le condene al pago de los perjuicios sufridos con tal hecho, tanto morales como materiales.

En dicho libelo se narran, en síntesis los siguientes hechos:

1. Que los jóvenes Camilo Restrepo, Oscar Fernando Ortega, Luz Mary Bedoya y Jorge Marcos Zambrano fueron capturados en la ciudad de Cali a eso de las 8 y 50 de la mañana del día 22 de febrero de 1980.

2. Que fueron aprehendidos con la sindicación de intento de secuestro a la señora Raquel de Pinsky.

3. Que ocurrida la captura, sin resistencia alguna, fueron conducidos al F-2.

4. Que según informes periodísticos se entregaron sin oponer resistencia, pese a poseer una pistola calibre 9 mm., un revólver 38, una ametralladora punto 30 y dos granadas de fragmentación.

5. Que los aprehendidos manifestaron estar sólo cumpliendo tareas de rutina y que lo del secuestro fue sólo un montaje para poderles aplicar una pena superior.

6. Que los capturados aceptaron ser revolucionarios y rechazaron enfáticamente la sindicación de secuestradores.

7. Que desde el momento de la captura hasta las 8 p.m. estuvieron en la Central de Policía, donde recibieron un trato muy correcto en todo sentido.

8. Que fueron trasladados luego al Batallón Pichincha, dentro de la misma ciudad, y recibidos por miembros del B2 encapuchados; los cuales procedieron a vendarlos inmediatamente.

9. Que estando en tales condiciones los pusieron a hacer fuertes ejercicios y a golpearlos fuertemente en la cabeza y en el cuerpo. De allí fueron conducidos a la piscina de suboficiales, donde se les desnudó y se les sumergió en ella; en tanto que se les decía: "No están en el DAS ni el F-2, ni con la policía, están con el ejército y aquí nos van a contar toda la historia".

10. Que según relatan los sobrevivientes Restrepo y Ortega, "en el marco desgraciado de tales torturas eran sumergidos intermitentemente, cogiéndolos de las piernas, los ojos vendados, las manos anudadas a la espalda, y colocándoles los pies en el pecho se les obligaba a tragar agua en las lindes del ahogo y de la muerte, a ellos los sobrevivientes; porque Marcos sí falleció por inmersión... Cada uno de nosotros oía las torturas cuando se las aplicaban a otro".

11. Que dicen los mismos Restrepo y Ortega: "Cogieron a Jorge y nosotros oíamos los gritos de él sobre todo el de 'no sé nada' que repetía insistentemente hasta que los torturadores enfurecidos terminaron ahogándolo y desnucándolo, no volvimos a oír sus gritos, imaginamos que lo había trasladado a otro sitio de torturas..." y agregan los sobrevivientes: "Nos trasladaron en un jeep a la remonta que es un establo donde se oyen vacas y caballos, allá continuaron los golpes y plantones, amenazas, nos martillaban revólveres en la cabeza, seguían amenazando con traer a nuestros familiares y hacerles lo mismo que a nosotros; también nos amenazaban con aplicarnos corriente en los testículos, nos tuvieron sin comer y sin beber nada hasta el lunes. Cada vez que nos dormíamos nos despertaban a golpes y patadas acompañados de fuertes tirones de cabellos que nos han dejado con fuertes dolores de cabeza".

12 Que estas mismas personas están en condiciones de identificar a los torturadores por cuanto en varias oportunidades los pudieron observar cuando se les corrían las vendas.

De folios 27 a 71 se explica en forma minuciosa la fundamentación jurídica de la demanda. Se hace en esas páginas un importante análisis de las garantías constitucionales del debido proceso y de la vida misma. Se argumenta con apoyo en citas de autores nacionales y extranjeros de indiscutible solvencia intelectual sobre la improcedencia e inconstitucionalidad de las torturas o malos tratos a los detenidos. Se refuerza lo dicho con jurisprudencias de esta misma Sala, sentadas al definir procesos similares al aquí estudiado.

Cumplido el trámite de instancia, es oportuno entrar a decidir, ya que no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado. Para ello, se considera:

Para la señora Fiscal, la demanda está llamada a prosperar. Así, en su vista de fondo de 30 de mayo de 1986 (a fls. 113 y ss. del cuaderno principal), formula las siguientes consideraciones:

"Analizado el material probatorio que obra en el expediente, este Despacho encuentra demostrados los siguientes hechos:

"1. La detención de Oscar Fernando Ortega Corredor, Luz Mery Bedoya, Juan Camilo Jiménez Rodríguez y Jorge Zambrano Torres, efectuadas por los miembros de la Policía Nacional pertenecientes al Departamento de Policía del Valle del Cauca. Debe aclararse que la persona que inicialmente aparece con el nombre de Javier Mejía Naranjo, resultó ser Jorge Marcos Zambrano Torres.

"2. Que los detenidos fueron conducidos a la Estación 100 de Policía y de allí hasta la Tercera Brigada, según se infiere de las declaraciones presentadas por los otros que en esa ocasión fueron detenidos, relacionados en el punto anterior; de la certificación expedida por el Brigadier General Comandante de la Tercera Brigada, en la cual se dice que Jorge Zambrano Torres fue puesto a disposición del Comando de la Tercera Brigada mediante Oficio 000999A (fl. 7, cuaderno 1); de las copias del proceso penal, dentro del cual se encuentran las diligencias de indagatoria de los sindicados, el acta del Consejo de Guerra Verbal y las diferentes providencias proferidas por las autoridades militares en las cuales se da cuenta, entre otras cosas, de la estadía de los detenidos en la Tercera Brigada Batallón Pichincha.

"3. De las declaraciones y otras pruebas, se puede afirmar que Jorge Marcos Zambrano y los demás detenidos fueron recibidos en el Batallón Pichincha por varios individuos vestidos de civil con la cara cubierta con capuchas, quienes les vendaron los ojos a los detenidos y les amarraron las manos, obligándolos a hacer ejercicios hasta quedar extenuados, luego de lo cual los golpearon. Posteriormente los condujeron a una piscina donde fueron sumergidos en forma intermitente casi hasta ahogarlos, oyendo cada uno los gritos de sus compañeros, hasta cuando se dejaron de escuchar los de Jorge Marcos Zambrano Torres, hechos estos así descritos en las declaraciones de los otros detenidos Luz Mary Bedoya (fls. 88 y ss. del cuaderno 2) Camilo Restrepo Valencia (fls. 91 y ss. del cuaderno 2) y Oscar Fernando Ortega (fls. 96 y ss. del cuaderno 2).

"4. La muerte de Jorge Marcos Zambrano Torres, ocurrida por anoxia severa (deprivación aguda de oxígeno, asfixia por inmersión en el agua), según copia de la necropsia médico legal enviada a este proceso por el Jefe Seccional de Medicina Legal (fl. 64 del cuaderno 2) y las copias del proceso penal, en el cual reposa el informe del fallecimiento presentado por el Comandante encargado Grupo Oficiales Especialistas del Ejército Nacional (fl. 1 Anexo 1) y las diferentes diligencias adelantadas con el fin de esclarecer las circunstancias en las cuales perdió la vida Jorge Marcos Zambrano.

"5. Que el cadáver presentaba abundante material acuoso hemorrágico en tráquea y bronquios con oclusión prácticamente total de la luz bronquial, agua en el estómago, hematoma de cuero cabelludo en región frontal anterior y superior, según lo prueba la necropsia practicada por el Médigo Legista vista al folio 64 del cuaderno 2.

"6. El Consejo de Guerra Verbal adelantado en contra del Teniente Norberto Plata Sánchez y el Sargento José Hernández Granados por el delito de homicidio en la persona de Jorge Marcos Zambrano, dentro del cual se declaró 'claramente contrario a la evidencia de los hechos' el veredicto del jurado que declaró no responsables a los sindicados (fls. 201 y ss. Anexo número 1); la providencia fue enviada en consulta al Tribunal Superior Militar el cual declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de la formulación de los cuestionarios en el Consejo Verbal de Guerra (fl. 284 Anexo 1). Repuesta la actuación, nuevamente se produjo el fallo declarando contrario a la evidencia de los hechos el veredicto absolutorio proferido por los señores Vocales que intervinieron en el proceso (fls. 315 y ss. Anexo 1).

"7. La relación de parentesco entre la víctima y la demandante según los respectivos Registros Civiles visibles a los folios 3, 4 y 95 del cuaderno 1.

"Con los hechos demostrados y el análisis de las demás piezas procesales, se llega al convencimiento de la veracidad de los hechos narrados en la demanda. En efecto no existe duda sobre la detención de Jorge Marcos Zambrano y otros por parte de la Policía Nacional, su remisión á la Tercera Brigada Batallón Pichincha, el trato inhumano que recibieron durante el interrogatorio, sometiéndolos a fuertes presiones, propinándoles golpes y sumergiéndolos en el agua, llegando hasta el extremo de ocasionar la muerte de Jorge Marcos Zambrano Torres.

"La explicación de los hechos presentada por los sindicados del homicidio fundamentada en la hipótesis de un paro cardiaco sufrido por la víctima, queda totalmente desvirtuada con las abundantes pruebas que demuestran que la muerte se produjo por deprivación aguda de oxígeno por sumersión en el agua, conclusión a la cual se llegó al encontrar en el cuerpo gran cantidad de agua, pulmones congestivos, abundante material acuoso hemorrágico en tráquea y bronquios, etc.

"Las declaraciones de los otros detenidos son claras, precisas, no ofrecen contradicción y a pesar del impacto sicológico que les ocasionó el recordar las experiencias sufridas en los días de su detención, presentaron un detallado relato, concluyéndose que durante todo ese tiempo estuvo con ellos Jorge Marcos Zambrano.

"Es claro entonces que en el presente caso se demostraron plenamente los elementos axiológicos exigidos por la jurisprudencia para declarar la responsabilidad de la Administración, cuales son:

"Una falla en el servicio que resulta evidente de la conducta reprochable de los miembros del Ejército Nacional que protagonizaron los hechos analizados antes y que sin lugar a dudas constituyen una violación de los derechos humanos.

"El daño cierto y determinado materializado con la muerte del detenido Zambrano Torres.

"La relación de causalidad entre la falla y el daño demostrada con el hecho de haberse determinado que la causa de la muerte fue la sumersión en el agua realizada por miembros del Ejército Nacional.

"En razón de lo dicho, este Despacho considera que se debe declarar la responsabilidad del Estado y así lo solicita al honorable Consejo de Estado, quien deberá condenar a la Nación —Ejército Nacional— a pagar a la demandante el valor de los perjuicios morales por haber demostrado su calidad de madre legítima de la víctima.

"No se accede al pago de los perjuicios materiales por cuanto no aparece en el expediente prueba suficiente que demuestre la ayuda económica proporcionada por la víctima a su progenitora.

"Debe recordarse que según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre esta materia, no basta probar el vínculo familiar, en este caso que la actora era la madre de la víctima, y que por esa razón tenía derecho a que se le proporcionaran alimentos (art. 411 del C. C.) sino que se necesita probar que los recibía, o que cuando menos se encontraba en situación tal, que hubiere podido demandar (arts. 419-420 del C. C.)".

Por su lado el señor apoderado de la Nación insiste en negar la responsabilidad de la Nación, por cuanto no se configuraron los elementos propios de esta responsabilidad, o sea: Un daño causado a una persona; una falta o falla del servicio; y la relación de causalidad entre aquél y ésta. En dicho escrito cuestiona la demandada el reclamo de perjuicios morales, con base en jurisprudencia de esta misma Sala, por cuanto la actora había abandonado a su hijo desde la edad de cinco años. Niega, además, la existencia de perjuicios materiales, ya que no se comprobó adecuadamente que Marcos velaba por la subsistencia de su madre. Más adelante la defensa racalca que en el caso concreto se le dio cabal cumplimiento al procedimiento establecido en la ley penal militar y que ese procedimiento en forma alguna permitía "la realización de actos tales como la tortura, lesiones y homicidios, y que su mismo nombre indica el ejercicio de la fuerza".

Pone de presente, así mismo, el apoderado de la Nación el interés que en todo momento pusieron las autoridades para esclarecer los hechos y castigar a los responsables.

Tales extremos aparecen explicados dentro del alegato en cuestión, así:

"1. El Comandante encargado del Grupo de Operaciones Especiales, Capitán Padilla Caicedo, pone en conocimiento del señor Brigadier General Manuel Guerrero Paz, Comandante de la Ter-

cera Brigada, los hechos ocurridos el 23 de febrero de 1980 por la muerte del señor Jorge Marcos Zambrano (a) Toño (fl. 1, cuaderno 1).

"2. De inmediato el señor Brigadier General Manuel Guerrero Paz, Comandante para la época de la Tercera Brigada dispone la investigación preliminar de los hechos (fl. 7, cuaderno 1), concluyendo la misma el 4 de marzo de 1980.

"3. Se dispone por el Comando de la Brigada la investigación penal correspondiente el 5 de marzo de 1980, concluyendo la misma el 22 de junio de 1980.

"4. Mediante Resolución 073 de 23 de junio de 1980 se convoca un Consejo Verbal de Guerra en la guarnición de Cali cuyo veredicto fue absolutorio por unanimidad, fallo declarado contrario a la evidencia de los hechos por el Presidente de dicho Consejo Verbal el 16 de agosto de 1980 (cuaderno 1, fls. 224 a 248).

"5. El Tribunal Militar mediante providencia de 10 de diciembre de 1980 decretó la nulidad de lo actuado a partir de la formulación de los cuestionarios en el Consejo de Guerra Verbal y dispuso reponer dicha actuación (cuaderno 2, fls. 302 a 307).

"6. El Comandante de la Tercera Brigada en acatamiento a lo dispuesto por el Tribunal Superior Militar convoca a nuevo Consejo Verbal de Guerra, según Resolución 039 de 18 de mayo de 1981 (cuaderno 2B, fls. 1 y 2). Como resultado de no responsabilidad por unanimidad, decisión declarada contraria a la evidencia de los hechos procesales por el señor Presidente del Consejo de Guerra el 11 de junio de 1981 (fls. 31 a 64, cuaderno 2B) decisión confirmada por el Tribunal Superior Militar, el 16 de diciembre de 1981 (fls. 79 a 88, cuaderno 2B), se ordena en consecuencia la convocatoria de un nuevo Consejo de Guerra; y en cumplimiento de lo anterior el Comandante de la Tercera Brigada mediante Resolución 020 de 23 de mayo de 1982 ordena su convocatoria (fls. 96 a 98, cuaderno 2B), siendo su resultado la no responsabilidad por unanimidad decisión que hubo de ser acogida por el Presidente del citado Consejo de Guerra en aplicación del artículo 587 del Código Penal Castrense por cuanto el veredicto del Segundo Consejo es definitivo (fls. 134 a 140, cuaderno 2B).

"Consultada la sentencia es confirmada por el Tribunal Superior Militar por ser de forzosa aceptación en acatamiento del artículo 587 *ibídem* (fls. 152 a 155, cuaderno 2B).

"7. Parte Civil:

"El doctor Javier Tafur González, apoderado de la parte actora presenta demanda de parte civil por la muerte de Jorge Marcos Zambrano Torres (fl. 60, cuaderno 1).

"El Juez 107 de Instrucción Penal Militar no acepta dicha constitución de parte civil por cuanto no se dan los presupuestos del artículo 394 del Código Penal Militar (fl. 74, cuaderno 1). Este auto es apelado por el apoderado de la parte civil y resuelto

mediante providencia del Tribunal Superior Militar de 17 de julio de 1980, en la cual ordena revocar la providencia del inferior y en su lugar aceptar a la señora Mariela Torres de Zambrano como parte civil en el proceso, habida consideración de que el reato reviste las características de delito común y no de delito militar.

"Lo anterior demuestra fehacientemente la inmediatez e interés de las autoridades militares y judiciales (Comandante de la Tercera Brigada, Presidentes de los Consejos de Guerra Verbales y Tribunal Superior Militar), para ordenar las investigaciones que permitieran establecer con claridad la realidad de lo sucedido, conocer los responsables y aplicar las sanciones, pues los mandos militares han sido, son y serán celosos defensores del respeto por la dignidad humana y el cumplimiento esricto que en toda situación y oportunidad deben observar los miembros de la Institución, de las normas constitucionales y legales y en especial de aquellas que tengan íntima relación con la protección de la vida de sus conciudadanos y el mantenimiento de la libertad dentro del orden".

También la defensa arguye que los actos ejecutados por los agentes comprometen "sólo su responsabilidad personal y no la del servicio". Esta idea la desarrolla con apoyo en la doctrina y la jurisprudencia, a folios 117 y siguientes del mismo cuaderno.

La parte actora en su alegato (a fls. 123 y ss. del cuaderno principal) insiste en sus puntos de vista; y trae a colación otras jurisprudencias de esta misma Sala; entre ellas la que con ponencia del señor Consejero Jorge Valencia Arango estudió la responsabilidad que le cabe a las autoridades frente a las personas detenidas en cuanto a su vida e integridad personal.

En resumen de su alegato, sostuvo:

"1. Un hecho. Es conocido y probado que Jorge Marcos Zambrano, junto con otros compañeros fueron detenidos el 22 de febrero, por agentes de las Fuerzas del orden y conducidos a la Estación Central de Policía de Cali (buen estado de salud). Ese mismo día a las 8 de la noche fueron conducidos al Batallón Pichincha de la misma ciudad a órdenes de agentes del B2.

"Que unas horas después fue hallado (23 de febrero) el cadáver de Jorge Marcos Zambrano, completamente desnudo y con señales de violencia, de conformidad con el dictamen médico legal, Jorge Marcos Zambrano falleció a consecuencia de privación aguda de oxígeno (anoxia severa) cuyas causas pueden ser fenómenos asfictivos de tipo asfixia por sumersión en el agua, sofocación, shock eléctrico, intoxicación oral, traumas contusos. En ausencia de pruebas técnicas mal elaboradas, dichas causas se establecen por las circunstancias en que ocurrieron los hechos, el occiso presenta trauma contuso craneano y laceración superficial de la rodilla izquierda.

"2. Un daño. Con su muerte injusta y prematura se ha causado un daño irreparable a la madre, señora Mariela Torres de

Zambrano, porque además de ser su hijo era su apoyo económico y de sus hijos menores, como quedó firmado en las declaraciones de sus compañeros y del señor Libreros quien conocía en forma personal y directa a la familia de Jorge Marcos.

"3. Relación de causalidad entre el hecho y el daño. Soy plenamente consciente de la necesidad de establecer la relación de causalidad entre el hecho y el daño para probar la existencia de responsabilidad, pero también soy consciente de la dificultad de establecer la relación por lo menos en el presente caso. Sin embargo las declaraciones de las víctimas sobrevivientes, de la extraña forma de morir Jorge Marcos, y la certidumbre de su detención junto con las declaraciones que rindieron sus victimarios en el Consejo de Guerra son pruebas e indicios muy severos que deben llevar al juzgador a establecer como yo lo establezco esa necesaria relación".

Historiado el caso pasa la Sala a decidir. Para una mejor comprensión, esta motivación seguirá el siguiente orden: El campo de acción de las autoridades y la delincuencia en el estado de derecho. Los hechos probados. La subsunción de los mismos en los supuestos de la responsabilidad por la falla del servicio y el perjuicio.

El mundo lleva milenios de brutalidad y otros tantos tratando de salir de ella. La batalla, ardua y desigual, muestra, pese a todo, avances que enorgullecen al hombre. Inventó éste la ley, pero mejor que ese invento impuso su respeto. Se redactaron principios tutelares y represivos y con estos los mecanismos de coerción para hacerlos efectivos.

Tales avances culminaron en el Estado de derecho como se concibe hoy (mera entelequia para muchos) y que constituye quizás el don más preciado de la humanidad. En él existe la autoridad, pero por sobre ella existe la ley que la condiciona, autolimita o constriñe.

No puede la autoridad, bajo ningún pretexto, desobedecerla impunemente. Debe acatarla tanto en su mandato y mensaje como en su formalismo. Y para eso precisamente están los Jueces, quienes restablecen los mandatos infringidos e imponen las sanciones.

Y en este marco de referencias legales, el hombre puede hacer todo aquello que no le esté prohibido. Es capaz, por principio, y responsable sólo por transgredir esas prohibiciones. Pero, en cambio, el funcionario depositario de la autoridad no podrá hacer sino aquello que le está expresamente permitido y por los cauces que se le señalen en la ley. Aquí, cuando exceda esa competencia o ejerza irregularmente sus mandatos comprometerá con su conducta la responsabilidad del ente estatal.

Radica en esto la fundamental diferencia. Si el hombre común delinque: Viola, tortura, roba o asesina, la autoridad no tiene como respuesta o justificación el violar, torturar, robar o asesinar. Unicamente puede aprehenderlo, juzgarlo y sancionarlo dentro de unos principios rígidos, tutelares, que constituyen, quizás, una de las garantías constitucionales más preciadas: La del debido proceso.

Tal vez esto parezca anacrónico hoy, en Colombia, en medio de la violencia que la absorbe y conturba. Pero mientras se conserve la vigencia y la fé en estos principios, existirá la esperanza de que habrá paz en su futuro, y que seguirá siendo un estado de derecho.

No se puede contestar a la violencia con la sola violencia. Si se acepta que éste es el único camino habrá que entender el retorno del talión y la entronización de nuevo de la ley de la selva.

La delincuencia, entendida como la transgresora de las normas de conducta que rigen la vida colombiana, no tiene metas morales ni su ética corresponde a la concepción ideológica del Estado que preside su vida; y la autoridad, que es su único freno, tiene por fuerza que actuar legítimamente, o sea, con sujeción al ordenamiento que regula su ejercicio.

La sola razón de Estado no justifica, en principio, el desconocimiento de la legalidad ni de las garantías individuales. Y cuando se ha entendido que esto puede justificarlo la doctrina de la seguridad nacional, se ha caído en los excesos antidemocráticos que el mundo civilizado observó y observa con horror y perplejidad en los países del sur del continente y en otras latitudes.

No es fácil reconocerlo hoy, pero el régimen democrático no puede defenderse sino con las armas que le da la ley, si quiere merecer el título de tal. Por eso mismo sus fuerzas militares y de policía se conocen, en el mejor de los sentidos, como el brazo armado de la ley.

La Sala considera que ahora cabe bien traer a colación la cita de uno de los apartes de la carta que el escritor Vargas Llosa le dirigió al señor Presidente Alan García a raíz de la masacre llevada a cabo por agentes policiales en las cárceles de Luringancho, Santa Bárbara y el Frontón, cerca del Callao y que contiene un principio político de gran sentido ético. Dice el autor peruano: "Lo que da su prioridad moral y legitimidad a un gobierno representativo frente a quienes se crean autorizados a matar, dinamitar o secuestrar en nombre de un ideal, es que los métodos de aquél y de éstos son esencialmente distintos. La manera como se han reprimido estos motines sugiere más un arreglo de cuentas con el enemigo que una operación cuyo objetivo era restablecer el orden" (Tomado de "El Espectador", junio de 1986).

Posición similar a la que se deja vista en los párrafos precedentes fue expuesta por el suscrito ponente en el discurso de instalación de las II Jornadas de Derecho Administrativo en Latinoamérica, cumplidas en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario durante el mes de mayo de 1985. Allí se dijo:

> "Como lo dice el profesor Agustín Gordillo, que nos honra con su visita el derecho administrativo es por excelencia la parte de la ciencia del derecho que más agudamente plantea el conflicto permanente entre la autoridad y la libertad. Pero no sólo la plantea, podemos agregar, sino que cumple un papel de mayor trascendencia como que delimita coercitivamente la órbita de acción de los mencionados extremos.

"Y es quizás en esta nota donde radica su importancia, pero no porque pueda o quiera solucionar el conflicto Estado-individuo, orden o libertad, considerado insoluble por algunos, entre ellos el profesor Diether Hass, citado por el profesor Gordillo, sino porque, con menos pretensiones ideológicas, se contenta con precisar el marco de esa libertad y con ella la extensión y la intensidad del poder.

"Por eso a pesar de que se hable del conflicto no se busque la solución ni el predominio de uno sobre el otro (estado gendarme o totalitarismo) sino el equilibrio; equilibrio que muestra hoy en Latinoamérica, con pocas notorias excepciones, la real vigencia del Estado de derecho.

"Estado de derecho de operancia práctica, con instituciones que lo delimitan y defienden y que muestra y define el mutuo control de los poderes, dentro de una tripartición armónica como garantía de la libertad para que 'el poder controle al poder'.

"De allí que hoy la libertad y el poder convivan, pero no por concesión graciosa de éste, sin por la fuerza que aquélla adquirió en mil combates no siempre incruentos y que la hicieron acreedora a igual respeto.

"Pero no todo termina con esa convivencia. Ese respeto debe ganarse día a día. Vigilante debe permanecer el hombre, con las armas en la mano, para mantenerlo vivo. No podemos olvidar que el poder se nutre de la libertad y que es más en cuanto aquélla es menos; y que sólo en la medida que podamos mantenerlo en sus límites podremos hablar de libertades públicas y garantías sociales.

"Y ese papel regulador lo cumple el derecho administrativo; ciencia que en la medida en que protege los derechos de los administrados y precisa sus deberes, reconoce los derechos de la administración, y el alcance de sus obligaciones. Constituye entonces dicho derecho, el marco regulador de la relación: Individuo y sociedad, individuo y Estado, en términos de equilibrio.

"Situación de privilegio correspondiente a una evolución razonada, pero no, por desgracia, inmodificable.

"Las circunstancias políticas y sociales que vivimos son pretextos que se esgrimen a diario como razones justificativas de nuevos totalitarismos. El poder está sediento de nuevas víctimas y la libertad, como desde hace milenios, será la primera en subir al altar del sacrificio. No es esta una visión pesimista. El mundo moderno no deja otra alternativa.

"En la medida en que sepamos defender lo que tan arduamente hemos conquistado, evitaremos el cumplimiento de las predicciones de aquellos que sólo encuentran solución al conflicto justificando el sacrificio de la libertad, en aras de una fementida seguridad nacional y como 'razón de Estado'.

"Y en esa lucha el derecho administrativo juega un papel primordial. El derecho como norma y la doctrina como hito señalador de nuevos rumbos y nuevos horizontes.

"Latinoamérica ha sido ejemplo de esa lucha permanente. Los países que perdieron temporalmente el poder coercitivo de sus normas, en aras a esa seguridad nacional, se salvaron al fin porque autores como ustedes, poetas si se quiere de la libertad, les recordaron a sus compatriotas que en su respeto racional radica la dignidad humana".

Visto lo precedente, pasa la Sala a estudiar los aspectos del caso concreto, en el orden insinuado atrás.

Alega la demanda que el ciudadano Jorge Marcos Zambrano fue muerto por las autoridades militares cuando estaba en su poder y que su deceso se produjo por las torturas de que fue víctima. Tales afirmaciones le dieron base a la parte actora (la madre de la víctima) para pedir que se declarara la responsabilidad de la Nación y se le obligara al pago de los perjuicios morales y materiales causados por tales hechos.

Luego del análisis del acervo probatorio resultaron plenamente probados los siguientes hechos:

1. Que el viernes 22 de febrero de 1980 a eso de las 8 y 45 de la mañana fueron detenidos por una patrulla del F-2, en el barrio Alfonso López de la ciudad de Cali, los jóvenes Camilo Restrepo, Oscar Fernando Ortega, Luz Mary Bedoya y Jorge Marcos Zambrano (identificado este último como Javier Mejía Naranjo).

Este hecho se demuestra con la constancia número 916 de 18 de mayo de 1984, expedida por el Departamento de Policía Valle y que obra a folio 66 del cuaderno número 2.

2. Que las personas mencionadas permanecieron en las instalaciones del F-2 desde las 9 y 30 a.m. hasta las 20:15 p.m. de ese mismo día, hora en que fueron puestas a disposición de la Tercera Brigada; y que durante ese lapso no fueron objeto de maltrato físico o moral ni sufrieron coacción alguna.

La prueba de este extremo obra a folio 70 del mismo cuaderno número 2, en forma de constancia suscrita por los mismos detenidos. Copia de este documento fue remitido con la del oficio 0916 relacionado en el numeral precedente.

3. Que tales personas gozaban de completa salud cuando fueron detenidas y seguían en idéntico estado cuando fueron puestas a disposición del Comando de la Tercera Brigada ese mismo día.

La prueba de esta presanidad se desprende, en relación con el señor Zambrano Torres, de la certificación que obra a folio 7 del cuaderno principal, expedida por el señor Brigadier General Manuel Jaime Guerrero Paz, Comandante de la Brigada aludida y se confirma con el testimonio del Capitán Pablo E. Padilla (a fl. 10 vto. del Anexo número 1).

4. Que aunque inicialmente Jorge Marcos Zambrano apareció como Javier Mejía Naranjo, su identidad se logró satisfactoriamente, tal como lo da a entender el señor Auditor Principal de Guerra, Mayor abogado Celestino Gómez Galvis, al emitir su concepto fiscal de julio 22 de 1980 (a fls. 140 y ss. de los antecedentes); y como lo corrobora toda la documentación posterior al ingreso de Zambrano a la Brigada y la investigación adelantada por su homicidio, que hacen referencia a dicho señor y no a Mejía Naranjo (nombre supuesto). Su padre igualmente lo identificó plenamente, tal como aparece en las diligencias que obran a folio 38 del Anexo número 1.

5. Que a eso de las 4 y 30 ó 5 a.m. del día siguiente, 23 de febrero, el cadáver de Jorge Marcos Zambrano fue llevado por efectivos del Batallón Pichincha, al mando del Capitán Pablo Emilio Padilla Caicedo, al Hospital Universitario.

Se prueban tales extremos con la certificación expedida por el mismo oficial y con su declaración que obra a folio 10 del citado anexo. En dicho testimonio el Capitán Padilla C., afirma que el cuerpo de Zambrano fue pasado a esas horas por la guardia de urgencias del Hospital Evaristo García, mientras él cuadraba el jeep oficial, por el Teniente Norberto Plata S., y los Suboficiales S.V. Rodrigo Hernández Granados y el C.P. Luis Ignacio Lasso Arturo. La versión, dada por el Capitán Padilla, aparece confirmada en todos sus extremos con las declaraciones de las mencionadas personas. Ver testimonios, en su orden, a folios 16 y siguientes, 12 y siguientes y 15 y siguientes del Anexo número 1.

Se desprende, así mismo, de la citada prueba testimonial que los militares que cumplieron la diligencia en el Hospital ocultaron su identidad y dieron como versión que habían encontrado ese cadáver, sin identificación, por los lados de Jamundí y cuando regresaban de Popayán.

6. Que los oficiales y suboficiales mencionados en el numeral anterior estuvieron en contacto con los detenidos de que da cuenta el hecho 1, durante la noche de 22 de febrero y las primeras horas de 23, hasta cuando fue llevado el cadáver de Zambrano al Hospital.

Se prueba este hecho con las declaraciones de los mismos implicados, los que aceptaron que estuvieron interrogándolos toda esa misma noche. Al respecto el Capitán Padilla Caicedo, al preguntársele en qué lugar estuvo detenido Zambrano y con quién tuvo contacto esa noche, contestó:

> "Inicialmente estuvo detenido en la Estación 100 del día 22 de febrero hasta las ocho de la mañana y fue entregado a las nueve de la noche a la Brigada. Aclaro, estuvo detenido desde las ocho de la mañana hasta las nueve de la noche que fue entregado y desde las nueve de la noche hasta las cuatro de la mañana estuvo en la oficina del grupo en donde estuvo permanentemente por un suboficial que lo estaba interrogando. El Teniente Plata sabe quienes lo estuvieron interrogando desde las nueve de la noche de 22 de febrero hasta las cuatro de la mañana del día 23 de este mismo mes".

El Suboficial José Rodrigo Hernández Granados declara la forma como se desarrolló el interrogatorio y quiénes lo llevaron a cabo. Así declaró a folios 12 y 13 del Anexo 1:

"El señor Capitán Padilla Jefe del Grupo Especial nos manifestó a los presentes que iba a elaborar un turno para proceder a interrogar a los detenidos que había traído la policía y el señor Capitán Padilla organizó dos grupos de interrogadores compuestos cada grupo por cuatro hombres y en el grupo que me correspondió a mí quedó como mi Comandante el señor Subteniente Plata Sánchez Norberto y otros dos suboficiales SS. Amorocho Lozano Henry, CP Lasso Arturo Luis Ignacio y el suscrito. Ya organizados los grupos nos llamó el Teniente Plata a nosotros y asignó los turnos primero prestaron el turno de interrogadores el SS Amorocho y el Cabo Primero Lasso de las once de la noche a las dos de la mañana, el otro turno lo prestamos el señor Subteniente Plata y el suscrito de las dos de la mañana en adelante. Yo me levanté faltando cinco para las dos de la madrugada del día 23 de febrero y le recibí el turno de interrogador y el detenido al SS Amorocho, le dije al SS Amorocho que me enterara de la situación y de los hechos del detenido, que me encausara (sic) bien que yo no sabía sobre qué era lo que tenía que preguntarle. Hago constar que cuando yo recibí el turno todavía se encontraba dentro de la oficina del grupo el señor Oficial B-2 de la Tercera Brigada mi Coronel Echeverri y el señor Capitán Padilla y el detenido lo tenía el SS. Amorocho en el corredor afuera interrogándolo. Empecé a hacerle las preguntas del caso a las dos de la madrugada encontrándonos en el segundo piso de las instalaciones del Batallón Pichincha al detenido Zambrano y como a las tres y cuarto de la madrugada se fue el Capitán Padilla y el Coronel Echeverri a dormir a sus casas. Cuando yo estaba interrogando al sujeto se hizo presente el Comandante del equipo mío St. Plata y entre los dos le hicimos una serie de preguntas al detenido Jorge Zambrano. Entre las preguntas unas con otras ahí y las respuestas dijo el señor Subteniente Plata y yo que lo íbamos a llevar para la remonta, le dijimos esto al detenido para impresionarlo y causarle impacto sicológico para que se hiciera efectivo el interrogatorio. Yo me fuí a asesorar del Cabo Primero Lasso e hice que éste el Cabo le hiciera algunas preguntas a la muchacha detenida para yo oírlas personalmente y encausar (sic) más el interrogatorio. Mientras yo realicé estos pasos, el señor Subteniente Plata se encaminó con el detenido hacia la remonta y entonces luego me fuí yo y como a la cuadra y media los alcancé y seguimos charlando por la vía hacia la remonta parándonos de vez en cuando a formularle preguntas. Dejo constancia que durante el tiempo que estuve interrogando al sujeto no traté física ni moralmente mal a dicho sujeto. Serían como las cuatro o cuatro y media, no preciso bien la hora, que íbamos con dirección a la remonta e iba yo como a cinco pasos de distancia del señor Subteniente Plata y del detenido, cuando ví que este detenido Zambrano se desmayó y perdió el conocimiento cayendo de bruces al suelo. Inmediatamente entre el señor

Subteniente Plata y yo lo cogimos de la carretera, yo de los piés y el señor Teniente de la cabeza y lo colocamos en la zona verde e inmediatamente procedimos a hacerle ejercicios y a darle masaje en el corazón y a activarle los piés y los brazos. Ante la situación que se nos presentó le dije a mi Teniente que se fuera a la enfermería de servicio que la vaina parecía grave y mi Teniente se fue a la carrera donde estábamos a buscar al enfermero y yo me quedé con el detenido allá. Posteriormente y al ratico subió mi Teniente en una moto y me dijo que no había encontrado al enfermero de servicio y entre los dos continuamos haciéndole ejercicios al detenido y estando en esto ya se hizo presente nuestro comandante señor Capitán Padilla en un carro rojo en compañía del Cabo Primero Lasso y tan pronto llegó mi Capitán y lo vio manifestó que posiblemente le había dado un paro al corazón, sin pérdida de tiempo lo echamos al carro y los cuatro nos dirigimos al Hospital Departamental a donde llegamos procediendo a bajarlo, ya allí un médico manifestó que el detenido se había muerto. Es decir dijo que el individuo se había muerto pues él no sabía que era un detenido, sino que son palabras mías. Eso es todo lo que a mí me consta".

El Subteniente Norberto Plata Sánchez, al ser interrogado sobre la muerte de Zambrano, contestó:

"Fueron traídos por el F-2 de la Policía hasta las instalaciones tres hombres y una mujer detenidos, aproximadamente a las 21:00 horas del día viernes veintidós de febrero, por posesión de armas e intento de secuestro. Al ser organizados los turnos de interrogatorio me correspondió junto con el Sargento Viceprimero Rodrigo Hernández Granados SS. Henry Amorocho Lozano y el Cabo Primero Lasso Arturo Ignacio interrogar a los sujetos Jorge Zambrano y Luz Mery Bedoya Gallo. El interrogatorio se inició aproximadamente a las once de la noche, siendo dispuesto de mi parte que el Sargento Amorocho y el Cabo Lasso interrogaran durante el primer turno hasta las 2 de la mañana. A esa hora debiéramos recibir el turno el Sargento Hernández y yo, después de organizar los turnos me fuí a descansar, regresando a las tres de la mañana encontré al Sargento Hernández interrogándolo al detenido. Posteriormente decidimos llevar al detenido al sitio de 'La Remonta', labor que efectivamente se hizo y fue en en transcurso de esto y cuando faltaba poco para llegar a ese lugar el sujeto Jorge Zambrano se cayó al suelo. El Sargento Hernández venía detrás de mi persona como a unos cinco pasos y al ver que se cayó entre los dos tratamos de reanimarlo mediante masajes en el pecho con movimiento de los brazos. Al ver que no reaccionaba decidí buscar al enfermero para lo cual cogí la moto del señor Teniente Salas que estaba parqueada frente al casino yendo hacia la enfermería me encontré con el Cabo Primero Lasso que en ese momento subía a entregarme unos papeles del interrogatorio de la mujer, pues ya era de que él se fuera a dormir y al verlo le comenté lo que había pasado y le dije también que mientras yo iba a la enfermería por el enfermero él fue a la casa de mi Capitán Padilla y le contara lo que le había pasado al detenido. Estuve buscando al enfermero in-

fructuosamente, porque no apareció ni en la enfermería ni en ningún alojamiento. Regresé entonces al sitio donde había dejado o donde estaba el detenido y seguimos por uno momento más tratando de ver lo que pasaba y si era posible reanimarlo, al ver que esto no prosperaba se decidió trasladarlo al hospital, al llegar al hospital con el Cabo Lasso y el Sargento Hernández lo bajamos del vehículo y lo entramos hasta urgencias".

7. Que el señor Jorge Marcos Zambrano Torres fue torturado y que como consecuencia de esas torturas murió.

Es quizás el hecho central en esta controversia, como que está ligado con la falla del servicio. Y si bien los demás extremos resultaron bien acreditados mediante prueba documental y testimonial, franca, coherente y fácil, la demostración de las torturas que sufrió Zambrano y que provocaron su deceso resulta de una serie concatenada de indicios que permiten inferir que el detenido no sólo fue coaccionado psicológicamente, sino que sufrió maltratamiento físico con miras a doblegar su espíritu y obtener una determinada confesión.

La coacción o tortura psicológica la confiesan los mismos militares que llevaron a cabo el interrogatorio del detenido. Y ella se deduce no sólo del hecho de haber efectuado el interrogatorio durante toda la noche de ese 22-23 de noviembre, en forma ininterrumpida y por dos grupos de interrogadores encapuchados, sino también por haberlo amenazado con llevarlo a la "remonta" e intentado su conducción a ese lugar.

Sobre la práctica del interrogatorio durante toda la noche y por turnos, las declaraciones no dejan duda alguna. A lo expresado por los testigos Plata Sánchez, Hernández Granados, Lasso Arturo y Padilla Caicedo se remite la Sala. Hernández aceptó que durante el interrogatorio ellos estaban encapuchados, como medida de precaución (a fl. 13 vto.). En esto coinciden los demás testigos. Este hecho ya es una violación flagrante de la dignidad humana. Recuérdese que la diligencia se practicó sin mediar orden o providencia previa de funcionario competente y que los detenidos llevaban más de 24 horas sin dormir y sin recibir alimentos o bebidas.

Sobre la amenaza de conducirlo a la "remonta" y su posible impacto psicológico en el detenido, cabe hacer algunas reflexiones. En primer término, el Suboficial Hernández Granados (a fl. 12 vto.) acepta tal hecho "para impresionarlo y causarle impacto psicológico para que se hiciera efectivo el interrogatorio"; y Plata Sánchez (a fl. 16), afirma: "Posteriormente decidimos llevar al detenido al sitio de la 'remonta' ". En otra parte de su declaración afirma aquél, al ser preguntado sobre qué procedimiento iban a cumplir en la "remonta": "No íbamos a emplear procedimientos físicos de ninguna índole, únicamente como lo manifesté anteriormente quisimos causarle impresión psicológica llevándolo a la remonta, pero no lo íbamos a llevar hasta la remonta sino que era como especie de técnica interrogatoria para ver si se podían obtener resultados positivos" (a fl. 13 vto.).

El mismo testigo estima que la amenaza fue tan efectiva que posiblemente por esa razón perdió el conocimiento y murió. A ese

respecto dijo: "Yo creo que el detenido al haberle nombrado la remonta y con toda publicidad que le ha dado la prensa a este sitio de mala imagen al detenido le causó cierta impresión psicológica y quien sabe qué se imaginaría que le iríamos a hacer y entonces le pudo haber dado nervios, pues nosotros íbamos encapuchados porque no es conveniente que los detenidos nos reconozcan por medida de seguridad personal para uno" (a fl. 13 vto. Anexo número 1).

Aquí hay algo que impresiona a la Sala. Pero no se sabe si la impresión mayor obedece al cinismo del declarante o a la "confesión" de que en esa Brigada existía un temible lugar de torturas conocido como la remonta. Porque del expediente surge nítidamente que ese sitio se le mencionó al detenido para aterrorizarlo, por los mismos militares que lo interrogaban. Por qué se le amenazó con ese sitio, si éste era sólo un lugar inocente para cuidar los caballos del Ejército? Constituye esto un indicio claro, elocuente de que allí se daba trato "especial" a los detenidos; y por eso y sólo por eso se explica que se haya utilizado como elemento intimidativo. El otro indicio radica en el hecho de que los mismos militares aceptan que el lugar tiene una tenebrosa mala fama. De lo contrario, no tendría sentido, luego de un infructuoso interrogatorio, amenazar con un traslado a dicho lugar.

Pero las torturas no fueron sólo de la índole explicada. Ellas fueron también físicas y fatales.

Zambrano fue golpeado por los interrogadores. Este hecho se infiere no sólo de los testimonios de los señores Camilo Restrepo, Oscar Fernando Ortega, Luz Mery Bedoya y Oscar Libreros, sino de la diligencia de necropsia practicada a su cadáver.

La Sala, de no existir otras pruebas diferentes, no le daría plena credibilidad a los testimonios rendidos por las personas mencionadas, porque, en principio, sus dichos pueden considerarse sospechosos, no sólo porque ellos pertenecían, según lo da a entender el expediente, a una misma célula subversiva, sino porque fueron sometidos inicialmente a procedimientos similares; y porque, en alguna forma, tendrían interés en desacreditar al organismo militar con miras a socavar su prestigio.

La situación varía por existir otros elementos de convicción que corroboran tales declaraciones. Así, las indagatorias rendidas por los militares procesados, en las que aceptan que actuaron encapuchados, que efectuaron las diligencias investigativas por turnos y durante toda la noche, que amenazaron a los detenidos con llevarlos a "la remonta" y que condujeron luego el cadáver de Zambrano al Hospital. Estas coincidencias, unidas a otros hechos indiciarios, permiten inferir que este ciudadano fue golpeado y sometido en la piscina a una serie de zambullidas a la fuerza, a medida que se le interrogaba sobre su actividad delictual.

La Sala transcribe a continuación algunos de los principales apartes de los testimonios de los mencionados detenidos, así:

1º Al folio 86 del cuaderno número 2, la señorita Luz Mery Bedoya afirma...

"nos llevaron en diferentes carros para la Brigada, allí me recibieron unos encapuchados, es muy horrible ponerse a recordar todas esas cosas. Señor Magistrado, póngase usted en mi lugar, que a usted lo detengan y llegue a un lugar de estos (sic) y lo reciban encapuchados, que (sic) pensaría usted? a mí me recibieron los encapuchados, una impresión muy grande para mí (sic), al llegar a ese lugar y me reciben los encapuchados y me dijo uno de ellos, qué fue lo que pasó, me llevan al calabozo, me amarran los pies y manos, me insultan, después uno de ellos comienza a besarme y acariciarme horriblemente, luego ellos salen y me dejan ahí tirada, me dejan tranquila un buen rato cuando comienzo a oír gritos que provenían de la parte de arriba a donde yo estaba, oía golpes, insultos, creo que era la voz de Jorge Marcos Zambrano, pues decía que no le pegaran más, que él no sabía nada de lo que ellos querían que dijera".

2º Al folio 92 del cuaderno número 2, el señor Camilo Restrepo Valencia, manifiesta:...

"Posteriormente nos trasladaron en varias patrullas del Batallón Pichincha. Cuando llegamos allí, salieron a recibirnos varios tipos de civil con capuchas cubriéndoles la cara; inmediatamente nos colocaron vendas en los ojos y nos amarraron las manos atrás con trapos; de allí me llevaron a mí a un sitio que al parecer era un baño y un tipo me hacía preguntas como desde lejos para impresionarme, después el mismo me sacó de allí y me llevó a un corredor donde sentía la presencia de corrientes de aire y paso de personas y vehículos; allí en ese sitio escuchaba las voces de Jorge Marcos Zambrano y de Oscar Fernando Ortega; dos individuos nos pusieron a hacer ejercicio, tales como cuclillas, saltarinos y subir y bajar permanentemente, hasta que nos cansáramos, al mismo tiempo nos hacían preguntas y nos acostumbraban a que Jorge Marcos lo llamaban el 'uno' a mí me decían el 'otro' y a Oscar Fernando lo llamaba 'tres', o sea que nosotros teníamos que contestar las preguntas de acuerdo con esos números, nos preguntaban sobre nuestros nombres y oficios y cuando nosotros estábamos ya muy cansados, y ya no podíamos hacer más ejercicios, nos daban patadas y decían que nosotros éramos mujercitas..."

"Ordenó que me desvitiera y me dejaron en interiores, me volvieron a amarrar las manos a la espalda, y me empujaban cuando o como bajando la pendiente que habíamos subido. Cuando yo iba muy temeroso de que como estaba descalzo me hicieran caminar sobre vidrios, entonces no dejaba empujar casi, después del pasto sentí que pisaba como un andén de granito. Allí me empujaron y caí en el agua al parecer era una piscina, porque el fondo sentía que era de azulejo. En la piscina se metió uno de los torturadores que se había quitado la ropa también, y me cogió del pelo y con la otra mano me daba en el pecho y el tipo me metía la cabeza dentro del agua y me demoraba allá abajo por mucho tiempo y cuando me sacaba me hacía preguntas y me insistía en que mi mamá era subversiva y que mi hermano también y que tenía que confesar eso y que si no pues las iba a traer a ellas para tor-

turarlas también y que yo viera... Después de él, oí que metía a Jorge Marcos oí que uno de los torturadores desde afuera dirigía el trabajo, gritando: sáquenlo, métanlo, en el estilo de las órdenes militares, oía también que le hacía preguntas y que él gritaba que no sabía nada, el decía 'yo no sé nada' eso fue lo que repitió todo el tiempo, y se oía el ruido del agua cuando lo metían y lo sacaban. Yo estaba a una distancia de la piscina aproximadamente de diez metros, hasta que dejamos de oírlo".

3º A folios 97 y siguientes del cuaderno 2 el señor Oscar Fernando Ortega Corredor, afirma...

"En el batallón, hicieron la entrega rutinaria, yo me asusté mucho cuando entre las personas que nos recibieron había unos señores encapuchados, quienes nos recibieron y empezaron a hacer interrogatorios, fuimos trasladados a un sitio que parecía como un baño por el olor, se me olvidaba decir que nos cambiaron las esposas por unos amarres de tela y nos vendaron los ojos, supongo que para que no conociéramos sus caras, ya allí en ese sitio, que tenía olor a inodoro, comenzaron a obligarnos a hacer ejercicios y a malos tratos, porque los ejercicios eran muy fuertes y uno se cansa rápidamente, si uno paraba de hacer ejercicio le daban golpes... luego, me hicieron subir las gradas y me dijeron que ahora sí iba a cantar, que sí les iba a decir todo lo que tenía que decirles, yo les decía una y otra vez que no sabía nada, más sin embargo, me tiraron a la piscina y se me paraban en el estómago, se me paró un señor encima del estómago, eso es muy impresionante, el aire se le va acabando a uno y uno ya cree que va a morir; yo empecé a patalear cuando ya me sentí muy mal y me jalaron del pelo, me dijeron que nos va a decir... después de haberme sacado de la piscina, oí que se llevaban a Jorge Marcos para la piscina, luego escuché el ruido del agua y empezaron los gritos, yo me sentía más horrorizado, ya que había sentido en carne propia..."

Los testimonios que se dejan transcritos son contestes, ya que coinciden en lo fundamental y no desentonan con las declaraciones e indagatorias rendidas por los militares que los interrogaron la noche del 22 y el amanacer del 23.

Refuerza lo hasta aquí expuesto la diligencia de necropsia que se le practicó al señor Zambrano. Este documento afirma la existencia de una laceración en la rodilla y en la cabeza un extenso hematoma de cuero cabelludo en la región frontal anterior y superior; y aunque no presenta fractura craneana sí muestra congestión meníngea severa y edema cerebral moderado (a fl. 65 del cuaderno número 1).

El documento aludido muestra inequívocamente que se ejerció violencia sobre el detenido. Pero de esa prueba lo más importante no radica en ese hecho sino en el "diagnóstico" y en la "opinión". En cuanto a aquél porque habla de "anoxia severa de etiología en estudio"; y en cuanto a ésta, porque anota que Zambrano "falleció a consecuencia de deprivación aguda de oxígeno (anoxia severa), cuyas causas pueden ser fenómenos asfícticos de tipo asfixia por sumersión en el agua, sofocación, shock eléctrico, intoxicación oral, trauma contuso y algunos casos arritmias cardíacas con consecuente edema pulmonar".

La asfixia por sumersión, aunque es una de las causas probables de la muerte según dicha necropsia, aparece nítida al confrontar el hecho con los testimonios de Camilo Restrepo, Oscar Fernando Ortega y Luz Mery Bedoya, los cuales coinciden en afirmar que tanto ellos como Zambrano fueron sometidos a zambullidas mientras eran interrogados y que en determinado momento, luego de oír las órdenes de mando de tal operación, dejaron de escuchar las voces angustiadas de Jorge Marcos. De estos testimonios, destaca la sala los de Restrepo Valencia y Ortega Corredor, que aparecen transcritos atrás, en lo esencial y pertinente.

Aparece otro indicio en el expediente de esa sumersión en el dicho del señor Luis Carlos Castañeda M., de turno en el Hospital Departamental, y que recibió el cadáver de Zambrano, el cual declaró que las ropas de éste estaban mojadas (a fls. 44 y ss. del anexo núm. 1).

Y se cierra el círculo de este aserto con el examen interno que se le hizo al cadáver y que aparece en detalle en la necropsia antecitada. Allí se lee: "Se observan pulmones congestivos, edematosos y con peteguías subpleurales, especialmente prominentes en las porciones basales y posteriores. Hay abundante material acuoso hemorrágico en tráquea y bronquis, con oclusión prácticamente total de la luz bronquial".

La apreciación de la Sala en torno al hecho de las torturas y a la muerte causada por las mismas tiene dos serios respaldos dentro del expediente, provenientes de los juiciosos y ponderados proveídos de contraevidencia de los veredictos absolutorios de los dos Consejos de Guerra Verbal seguidos contra el oficial Plata Sánchez y el suboficial Hernández Granados. En tales providencias los tenientes coroneles Luis Cipagauta Arenas (presidente del primer Consejo verbal) y Emiliano Páez Gómez (presidente del segundo), con maestría digna del mejor jurisperito en el manejo de la prueba indiciaria, concluyeron que los sindicados no podían ser absueltos sin contrariar la realidad de los hechos demostrados dentro del proceso.

De la providencia de junio 11 de 1981 (a fls. 315 y ss. del cuaderno número 1), con ponencia del oficial Páez Gómez, se destacan los siguientes apartes:

> "Por manera que son estos elementos de deducción los que arrojan un resultado concluyente: puede afirmarse en el plenario que existe cargo de responsabilidad, de los acusados porque los indicios relacionados están probados, independientemente unos de otros, y llevan a una conclusión directa sobre la autoría del ilícito. Después del examen en su conjunto de los elementos indiciarios, las indagatorias y la prueba de medicina legal obtenemos un resultado: debe imputarse a los acusados la conducta consistente en haber sumergido en el agua al particular Jorge Marcos Zambrano, cuando se encontraba a su disposición, en su calidad de retenido, siendo investigado por los delitos de tentativa de secuestro y porte ilegal de armas, con el fin de obtener la valiosa información que requerían las autoridades respectivas sobre esa actividad delictiva, procediendo de ese modo con el único fin ya referido, pero de tal suerte que la muerte se produjo en las con-

diciones descritas por el médico legista, sin que los acusados se hubieran propuesto perseguir ese fin, pues que por ningún motivo existía el móvil para acabar con la existencia del detenido.

"De este modo, si los señores vocales, dentro de su autonomía, al obrar en conciencia, contestaron negativamente el pliego de cargos, ese veredicto no consulta la realidad de los hechos averiguados, y debe el juzgador de derecho tomar los caminos procesales para que, se desestime y se evelúe este resultado por la superioridad, a fin de determinar si asiste razón a los vocales, y en ese caso procedería dictar sentencia conforme al fallo de hecho, o en derecho se ha tomado una racional posición, que consultando los principios jurídicos impongan la necesidad de un definitivo pronunciamiento por parte de un tribunal castrense.

"El propio honorable Tribunal Superior Militar dejó sentado en providencia de 10 de diciembre de 1978, lo siguiente: 'Resulta sí evidente que el Subteniente Plata Sánchez y el VP. Hernández Granados, insatisfechos con los resultados obtenidos por el Sargento Amorocho, al emplear como sistema de interrogatorio el de preguntas y respuestas, desde las 11:00 horas del día 22 de febrero de 1980 hasta las 02:00 horas del día 23 del mismo, decidieron sacar de las oficinas del grupo de inteligencia a Zambrano Torres y conducirlo a la «remonta», con el objeto de causarle impacto psicológico, según la propia confesión de los procesados y el testimonio del Capitán Pablo Emilio Padilla Caicedo, lo cual por sí solo exterioriza la intención que les asistía de causarle una perturbación psíquica, bajo la cual pretendían arrancarle la confesión; y que al fallar en su intento y en un exceso de celo en el cumplimiento de sus obligaciones, optaron por darle el mismo tratamiento de que da cuenta el testigo Camilo Restrepo Valencia durante el desarrollo de la Corte Marcial, sumergiéndolo en el agua para quebrantar su voluntad y obtener así la deseada confesión, lo cual revela la intención de causarle un daño en el cuerpo y en su salud de Zambrano Torres y que dada la naturaleza del medio empleado, no previeron que el abuso de su empleo podría acarrearle la muerte y que si lo previeron confiaron imprudentemente en poder evitarlo' ".

"En estas circunstancias tenemos que concluir que la muerte de Zambrano Torres no era el fin perseguido por el Subteniente Plata Sánchez y el Suboficial Hernández Granados; que la intención de éstos era la de causar trastornos psíquicos y daños en la salud de Zambrano, para obtener por estos medios la confesión de su participación en el secuestro de la señora Raquel de Pinsky; que la muerte de Zambrano Torres sobrepasó la intención de los procesados; y que existe una relación perfecta de causalidad entre los actos realizados por Plata Sánchez y Hernández Granados y los resultados obtenidos, ya que el deceso fue consecuencia de la sumersión en el agua".

"Al rechazar el veredicto así proferido por los señores Vocales en este momento procesal no se echa mano de un mecanismo jurídico de manera caprichosa, sino porque resulta un imperativo

hacer la declaración de contraevidencia. Será pues el honorable Tribunal Superior Militar la corporación que entre a cuestionar sobre la declaración que se tomará en la parte resolutiva".

En igual sentido la providencia expedida por el señor Presidente del primer Consejo verbal de Guerra es bastante elocuente sobre el hecho de las torturas y su causalidad en la muerte de Zambrano. De este proveído, se destaca:

"Teniendo en cuenta todo lo anterior, tenemos entonces suficientemente comprobados los siguientes indicios:

"Indicio de presencia, puesto que los sindicados estuvieron hasta el último momento en el lugar de los hechos en donde el particular Jorge Marcos Zambrano cayó exhausto.

"Indicio de manifestaciones anteriores: como es la de haberle manifestado al sindicado de que lo iban a llevar a la remonta, sabiendo perfectamente el conocimiento de carácter general y notorio que hay sobre la remonta. Esta es la denominada amenaza verbal.

"Indicio de entendimiento. Puesto que los sindicados establecen en sus indagatorias y en la diligencia de reconstrucción de los hechos el pleno acuerdo de voluntades de llevar al detenido a la remonta. Sin embargo, el sindicado Hernández José Rodrigo en su indagatoria afirma en forma categórica que ellos no pensaban ni se habían puesto de acuerdo en llevar al detenido a la remonta y después establecen en la reconstrucción que sí hubo acuerdo pero con la sola intención de asustarlo en forma sicológica, estableciéndose de esta manera el indicio de mala justificación.

"Indicio de las manifestaciones posteriores: 'como son el ocultamiento del nombre de la víctima, el establecimiento de la procedencia del mismo, las afirmaciones circunstancias y hechos ante el agente en el hospital departamental —sección de urgencia— que no correspondía a la verdad'.

"Indicio de huellas materiales como es la de que las vestiduras del occiso Jorge Marcos Zambrano estaban mojadas como lo establece el agente que recibió el cuerpo sin vida y así lo anota perfectamente en su declaración.

"A la laceración superficial que presentaba el occiso en su rodilla de la pierna izquierda; el extenso hematoma que presentaba el cadáver de Jorge Marcos Zambrano en el cuero cabelludo de la región frontal de la cabeza.

"Indicio del móvil: que no es otro que la situación de intimidación que se pretendía con el hecho de llevarlo a la remonta a la iniciativa propia de los sindicados y hacerlo como medio eficaz de producir efectos emocionales y perder el auto control y así obtener resultados positivos.

"Indicio de la capacidad intelectual o de oportunidad personal: esto es la capacidad y las disposiciones físicas requeridas

para la acción por parte de los sindicados, como es la de estar dos personas contra una y estar armados en la realización de los interrogatorios.

"Los cuales conjugados con lo afirmado por el testigo Camilo Restrepo, compañero de detención de Jorge Marcos Zambrano en cuanto a lo manifestado por él respecto a los interrogatorios hechos en una piscina y a sumersión en la misma y el intento de ahogamiento; al dictamen médico legal respecto que descarta un infarto y a la causa de la muerte se llega necesariamente a la conclusión que hay verdadera intención de responsabilidad penal en los hechos para los sindicados, puesto que las circunstancias de los hechos y los indicios enumerados anteriormente son precisos y concordantes.

"Como lo expresa el Maestro Concha en los siguientes términos:

"Que en la combinación de los indicios, de las circunstancias y de las relaciones demostradas por el procesado y los hechos, resulte una conexidad tan directa y tan clara entre la persona del inculpado y el delito, que según el curso natural y ordinario de las cosas no sea posible suponer que otra persona diferente al inculpado lo haya cometido".

"Cuarto: Conviene, pues, considerar dónde termina la soberanía del jurado y dónde empieza la facultad del juez de derecho para desconocer ese poder de los juzgadores de hecho. El artículo 587 del CJPM, establece la facultad de declarar contrario a la evidencia de los hechos un veredicto cuando aparezca de los autos que el veredicto es contrario a la evidencia de los mismos.

"De los anteriores defectos adolece el veredicto emitido en el presente consejo de guerra verbal; por todo esto, la presidencia concluye que el veredicto absolutorio contraría la evidencia del proceso es decir, las pruebas puestas de manifiesto en el expediente capaces de formar una convicción de certeza; y que por lo mismo así debe declararse".

Cabe así mismo observar que el auditor principal de guerra en su concepto de julio 22 de 1980 que obra a folios 140 y siguientes del aludido anexo, luego de un estudio serio y ponderado del expediente, estimó que la conducta del Subteniente Norberto Plata S. y del Sargento Viceprimero José Rodrigo Hernández G., se encontraba descrita en el libro 2º, título VII, capítulo II del Código de Justicia Penal Militar, ya que que cuando ocurrió el deceso de Zambrano éste estaba bajo la responsabilidad directa de aquéllos.

La Sala anota al margen que se dieron las dos contraevidencias por cuanto el primer Consejo Verbal fue declarado nulo.

En síntesis de todo lo escrito se concluye que Jorge Marcos Zambrano murió porque el servicio investigativo militar no funcionó adecuadamente; vale decir, con sujeción a las normas constitucionales y legales propias para la investigación de los hechos en los que estaba involucrado. Se configuró así una típica falla del servicio; en la que,

el carácter público de los funcionarios responsables y la labor cumplida por éstos, no puede deslindarse del servicio para convertirla en una culpa personal de los agentes implicados en los hechos.

Al ser detenido por las autoridades debió dictársele auto cabeza de proceso (así hubiera sido cogido infraganti). Además, esa retención obligaba a las autoridades a velar por la vida del detenido. Ha dicho esta Sala que en estos casos opera una especie de depósito necesario, configurativo de una obligación de resultado (la supervivencia de la persona). De tal manera que si la persona retenida perece durante la detención, las autoridades que ejercían su guarda, son, en principio, responsables, a menos que prueben que su deceso se produjo por fuerza mayor, caso fortuito o por el hecho mismo de la víctima.

A este respecto la Sala se remite a lo dicho por la misma en la sentencia de agosto 21 de 1981 (proceso 2710) con ponencia del señor Consejero Jorge Valencia Arango.

La muerte de Zambrano produjo, ciertamente, perjuicios a su madre. Pero la Sala considera que estos no pueden ser sino de carácter moral y solamente por el dolor que el deceso de su hijo le produjo a su progenitora. Este dolor de afección o *"pretium doloris"* se deduce del hecho del parentesco y no desaparece por la circunstancia de que la madre y el hijo, como sucedió aquí, no convivieran bajo un mismo techo. Es ésta una presunción judicial que en forma alguna aparece desvirtuada dentro del expediente, como pruebas valederas que dieran a entender que la madre no sentía realmente nada por su hijo y que lo había abandonado a su suerte.

Pero igual reflexión no puede hacerse en torno a los perjuicios materiales. En primer lugar, porque no se acreditó que la actora dependiera económicamente de su hijo; en segundo, porque la actividad lícita que se dice ejercía Jorge Marcos (vendedor de zapatos) no se demostró adecuadamente; y en tercero, porque una actividad por fuera de la ley no puede servir de fundamento para una indemnización de perjuicios. Según confesión de la misma demanda el citado señor era un guerrillero, actividad de suyo al margen de la ley, que cuando produce dividendos o ventajas económicas obedece a la comisión de otros delitos (secuestro, robo a mano armada, asaltos bancarios, etc., etc.).

Siguiendo la orientación reiterada de la Sala la condena, entonces, no podrá ser sino por perjuicios morales; los que para el caso tendrán el equivalente a 1.000 gramos oro, de conformidad con la certificación que para el efecto expida el Banco de la República a la fecha de esta sentencia.

Finalmente la Sala anota:

En el caso *sub júdice* unos oficiales y suboficiales, llevados por un celo malsano, produjeron mediante torturas la muerte de un detenido. Este es un hecho que ciertamente produce zozobra y angustia y muestra los peligros que la generalización de tales conductas produciría en nuestro estado de derecho.

Con todo, la Sala tiene que destacar que en contraste con la actitud francamente ilegal de los implicados en ese hecho, se observa la conducta profesional, intachable, seria y sujeta a la legalidad de los altos oficiales Manuel Jaime Guerrero Paz, Luis Cipagauta Arenas y Emiliano Páez Gómez, quienes olvidándose del "espíritu de cuerpo" o de la "solidaridad de grupo" pusieron todo su empeño y celo en el juzgamiento del oficial Norberto Plata Sánchez y del Suboficial José Rodrigo Hernández Granados, quienes con su proceder atentaron contra el prestigio de la institución armada. Merece también mención el auditor principal de guerra quién actuó en aquél entonces, mayor abogado Celestino Gómez. Mientras existan funcionarios de la independencia y seriedad de los nombrados el país podrá salir adelante.

Por lo expuesto y de acuerdo con el concepto de 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. Declárase responsable a la Nación colombiana (Ministerio de Defensa) por la muerte del señor Jorge Marcos Zambrano Torres en las condiciones narradas en la demanda.

2. En consecuencia, condénasele, en concreto, al pago de los perjuicios morales sufridos por la señora Mariela Torres de Zambrano en una suma equivalente en pesos colombianos a mil gramos oro (1.000 gramos oro); equivalencia que deberá certificar el Banco de la República a la fecha de este proveído.

3. El pago deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo. La cantidad reconocida devengará intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término.

4. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 5 de febrero de 1988.

Carlos Betancur Jaramillo, Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO, SOLIDARIA.— DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL CON LA EMPRESA AEROPESCA LTDA.

Ratificación jurisprudencial consagrada en el fallo de agosto 19 de 1982. Sección Tercera. Expedientes 2561 y 2326. Consejero ponente: Doctor Valencia Arango. Anales *1982. Página 588.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintidós de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 3360 (Acumulado 3364). Actor: Plutarco Elías López.

En escrito de 13 de agosto de 1981 los señores Plutarco Elías López F. y otros demandan a la Nación colombiana (Departamento de Aeronáutica Civil) para que se declare su responsabilidad en el accidente del avión Curtiss C-46-F (matrícula 1350) de la empresa Aeropesca Ltda., y se le condene al pago de perjuicios, tanto materiales como morales sufridos por los damnificados.

Fueron narrados, en síntesis, los siguientes hechos:

1. Que el 14 de agosto de 1978 se estrelló en el cerro "Juan Sánchez" (Tota-Boyacá) el avión Curtiss C-46-F, serie 22557, matrícula 1350, de propiedad de Carlos Herrera y Miguel Lizcano, explotado por Aeropesca Ltda., mientras cumplía vuelo de carga entre Bogotá y Tame (Arauca), con tres tripulantes y quince pasajeros, entre los que perecieron Rosalba Sánchez de López, Gloria Elizabeth y Sofía Elena López S.

2. Que el hecho se debió a falla del servicio porque: a) El avión accidentado tenía 34 años al momento del accidente (había llegado al país de 24 años) y la autoridad le dio matrícula y permiso de vuelo;

b) El avión había sufrido dos incidentes y un accidente; c) Los servicios de mantenimiento eran deficientes e inadecuados; d) La estructura técnica del avión presentaba 41 días de atraso; e) El avión no estaba en condiciones de aeronavegabilidad y menos para vuelo por instrumentos; f) La empresa explotadora no ejercía ningún control sobre el mantenimiento, operación y explotación comercial del avión ni sobre el piloto, "desde unos siete meses antes del accidente"; g) el piloto al mando y propietario había asumido el mantenimiento,

la operación y la explotación, según su criterio; h) La Aeronáutica no ejercía ningún control sobre tales aspectos, a pesar de tener la obligación legal; i) El avión carguero llevaba doce ocupantes más de los autorizados en el certificado de aeronavegabilidad; j) Nadie vigiló la operación, a pesar de que el vuelo se autorizó en Eldorado; k) La hoja de vida del piloto muestra poco respeto por los reglamentos, así:

"29.1. Efectuó un examen de vuelo sin tener licencia de instructor ni autorización para hacerlo.

"29.2. Salió al mando de un avión *sobrecargado.*

"29.3. Voló con la hora límite vencida (después de la *hora de la muerte*) entre México y San Andrés, Isla.

"29.4. Aterrizó y despegó del aeropuerto de San Andrés, Isla, estando cerrado por trabajos en las pistas.

"29.5. Volaba sobresaturado.

"29.6. En alguna ocasión, que se sepa, *llevaba más pasajeros de los autorizados en el Certificado de Aeronavegabilidad del carguero C-46 HK-1282, explotado por Aeropesca.*

"29.7. Por no verificar el peso y balance antes del despegue, por su culpa, tuvo un accidente el 20 de diciembre de 1971 en Ureña, Venezuela.

"29.8. *Nunca* reportó a la Autoridad Aeronáutica sus horas de vuelo.

"29.9. Su chequeo anual de vuelo estaba vencido desde hacía 5 meses, y,

"29.10. A pesar de todo lo anterior seguía volando a gusto y contento de la Autoridad Aeronáutica y, sin, por lo menos, su control".

3. La hoja de vida del copiloto muestra una situación irregular similar a la del piloto.

4. Que tuvieron que morir 18 personas para que la Aeronáutica se propusiera así mismo la solución de sus fallas con la recomendación de:

"2.12.1. Incrementar el transporte regular de pasajeros en *aeronaves apropiadas para ese fin* a/y desde las distintas zonas de los Llanos Orientales y Amazonía, con el propósito de evitar el transporte clandestino de pasajeros en aviones de carga".

"2.12.2. *Nombramiento de los Inspectores de Operaciones, de conformidad con el Decreto 2334 de 1977, con el fin de controlar el despacho de aeronaves, especialmente las de carga".*

"2.12.3. Exigir a los pilotos un entrenamiento anual de vuelo por instrumentos, complementado con prácticas en simuladores".

"2.12.4. Exigir a los pilotos que regístren sus horas de vuelo en el DAAC, para lo cual se podría negar cualquier trámite mientras no cumplan con este requisito".

"

"2.13. Sabe, en fin, la Autoridad Aeronáutica, qué es lo que tiene que hacer para evitar accidentes como el ocurrido, pero, a pesar de estar obligado a hacerlo por la Constitución, por la ley y por los reglamentos, no actuó a tiempo para impedirlo y ello vale tanto como causarlo: *'Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo'* ".

5. Que la señora Rosalba Sánchez era hija de María del Tránsito Sánchez viuda de S. y, junto con ésta, le sobreviven sus hermanos Blanca Cecilia, Plutarco, Pedro A., Nydia Esther, Flor Marina, Eulogia y Ana Graciela.

6. Que Rosalba contrajo matrimonio con Plutarco Elías López F. en abril de 1970; de cuya unión nacieron Sofía Elena y Gloria Elizabeth.

7. Que la señora Rosalba era educadora y laboró al servicio de la Secretaría de Educación por más de 15 años, en Arauca, pero al momento de su fallecimiento era secretaria del doctor Elías Mateus Torres, con una asignación básica mensual de $ 10.000.00, con la que ayudaba a sostener su hogar, dado que su marido tenía ingresos insuficientes como empleado judicial que era.

8. Que la muerte de la señora Rosalba y de sus hijas produjo perjuicios morales y materiales a los demandantes; perjuicios que se discriminan bajo los numerales 4.1, 4.2 y 4.3.

Como disposiciones constitucionales y legales aplicables fueron citadas: "Los artículos 2º, 16, especialmente, 20 y 51 de la Constitución Nacional; 68 del Código Contencioso Administrativo; 20, 28 y 30 del Decreto 528 de 1964; 1773, 1778, 1782, 1784, 1787, 1790, 1800, 1801, 1808, 1817, 1852, 1856, 1857, 1860, 1862 y 1868 del Código de Comercio; Ley 89 de 1938, artículos 66 y siguientes; Decreto 3140 de 1968, artículos 1º, 4º, 6º, 7º, 9º, 15 23 y concordantes del Decreto 2344 de 1977 y los Reglamentos Aeronáuticos encaminados a dar seguridad a los usuarios del transporte aéreo".

Luego de cumplido el trámite de rigor, y cuando ya se había elaborado la ponencia del fallo, el expediente desapareció en el incendio del Palacio de Justicia, acaecido durante los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

A instancias de los demandantes, se produjo la reconstrucción del proceso, en proveído de julio 6 de 1987.

Este proveído comprende no sólo el proceso que se deja reseñado, sino el instaurado también por la familia del señor Alfonso Beltrán F.; procesos que estaban acumulados y que correspondían a los números 3360 y 3364 de la Secretaría de esta Sección.

La Sala se remite a la segunda demanda (a fls. 43 y ss.) y no la sintetiza porque salvo el detalle sobre las personas afectadas con la muerte del señor Beltrán F., la demanda es similar.

Aunque el auto de acumulación no obra en el expediente no existe duda alguna sobre la misma. El concepto Fiscal así lo da a entender y su apreciación cobija a ambos procesos.

Historiado lo anterior, pasa la Sala a decidir. Para ello, se considera:

En su oportunidad la Fiscalía de la Corporación emitió concepto desfavorable a las pretensiones acumuladas. Así en su vista de 10 de julio de 1984 que obra en fotocopia en el cuaderno número 2 (a fls. 7 y ss.) adjuntada por la parte demandante con su memorial de respuesta al traslado de la reconstrucción, estima, luego de transcribir el informe técnico elaborado por la Aeronáutica que:

"El informe anterior, prueba fundamental del proceso, demuestra que la causa primordial del accidente que nos ocupa, fue 'El Factor Piloto' y que la aeronave accidentada era de propiedad del señor Carlos Herrera Rodríguez (ver fl. 17 D-1 del Expediente 3364), pero explotada por la empresa Aeropesca, toda vez que según la Resolución número 1110 de febrero 19 de 1981 de la Aeronáutica Civil: 'Los servicios aéreos comerciales de transporte público y de trabajos aéreos especiales, serán prestados exclusivamente por personas organizadas jurídicamente en forma de sociedad...'

"Así mismo prueba, que el propietario del avión, personalmente comandaba la nave y efectuaba las reparaciones por su cuenta y riesgo, sin cumplir con las expresas normas que regulan la aeronavegación en Colombia.

"Demuestra, además, que la empresa Aeropesca, entidad de carácter privado, y la compañía explotadora de la nave, no cumplían con las normas de aeronavegación, ni con el lleno de los requisitos exigidos para poder ejercer las actividades comerciales.

"En ningún momento se ha demostrado la responsabilidad del ente demandado, Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, por fallas del servicio que está obligada a prestar a los ciudadanos, requisito éste indispensable para la prosperidad de la acción propuesta. Por el contrario, todo el acervo probatorio demuestra que el accidente se debió a falla humana (piloto y propietario de la nave) y al incumplimiento por parte de la empresa a la cual estaba afiliada la nave, de las normas vigentes sobre aeronavegabilidad en Colombia".

Así mismo la entidad demandada presentó alegato de conclusión. En dicho escrito, sostiene:

"Conforme lo dispone el artículo 1851 y 1890 del Código de Comercio el explotador de la aeronave HK-1350, reconocido mediante Resoluciones 0495 de 26 de enero de 1977 y 1674 de 19 de abril de 1978 era la emprea aérea Aeropesca Ltda., sin que hubiera

asumido realmente la explotación de la misma como se desprende del análisis y conclusiones del informe del accidente de aviación —fl. 20— que reposa en el expediente. En dicho informe se lee: '...desde principios de 1978, en la práctica no venía ejerciendo tal carácter, como lo dispone la Resolución 0495 de 1977, sino que permitió que el propietario de la aeronave la explotara por su cuenta y atendiera según su criterio, el mantenimiento, despacho y operación'. Así se entiende por las respuestas del gerente de operaciones a las solicitudes de los datos estadísticos de la tripulación de la aeronave y la lista de ocupantes, así como lo manifestado por el señor Alfredo Rodríguez encargado del mantenimiento de la aeronave y las declaraciones del despachador Darío Salgado González.

"Por su parte el propietario y piloto al mando de la aeronave había contratado el mantenimiento con algunos mecánicos particulares, contrataba directamente el transporte de la carga, autorizaba el transporte de pasajeros en su avión y eventualmente enviaba el libro de vuelo a la empresa explotadora, para fines estadísticos. En otras palabras, el propietario de la aeronave era quien la explotaba comercialmente y la operaba y le hacía el mantenimiento. *'El contrato de explotación era sólo requisito legal ante el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil'* (Subrayo). Me encuentro ante un verdadero negocio simulado, el propietario de una aeronave siendo en principio el explotador de la misma transfiere esa calidad mediante arrendamiento y le es reconocida mediante los actos administrativos citados en la transcripción, pero resulta que arrendatario o nuevo explotador, en este caso Aeropesca Ltda., quien conforme el artículo 1890 del Código de Comercio es quien detenta los derechos y obligaciones propios e inherentes a la calidad de explotador de la aeronave, realmente asume la responsabilidad derivada de esos mismos derechos y obligaciones. Entre los derechos está la de que la aeronave ostente la razón social o nombre del explotador, Aeropesca Ltda., en este caso nombre que no se encontró como lo dice el informe del accidente de aviación. Entre las obligaciones está el de observar las disposiciones del Manual de Reglamentos Aeronáuticos puesto que el numeral 4.2.6.1. de los Reglamentos citados traslada en la empresa responsabilidades en los casos siguientes:

"a) Toda empresa de transporte comercial es directamente responsable de todo lo concerniente a:

"1. La condición de aeronavegabilidad de sus aviones incluyendo estructuras, plantas motrices, accesorios y componentes en general, y

"2. La realización cabal y oportuna de todo trabajo, que sobre cualquier aspecto de mantenimiento, reparación o modificación, se ejecute o deba ejecutarse en sus aeronaves incluyendo estructuras, motores, hélices, accesorios y demás componentes determinados en los Manuales respectivos, y disposiciones vigentes;

"b) La empresa puede contratar con otra entidad autorizada, servicios para cualquier clase de trabajo de mantenimiento o reparación; sin embargo, esto no lo exime de la responsabilidad que se especifica en el literal a) anterior.

"De lo anterior se desprende que Aeropesca Ltda., habiendo asumido la responsabilidad de la aeronave por las resoluciones que le concedieron la calidad de explotador debió controlar las condiciones de aeronavegabilidad de la misma, lo que no hizo según el informe de accidente de aviación —fl. 21— cuando dice: 'En tales condiciones, los servicios de mantenimiento suministrados a la aeronave y sus componentes era deficiente e inadecuado. Había repetido reportes no corregidos relacionados con la succión muy alta y el día del accidente la aeronave salió a vuelo sin VOR y con sólo un ADF como equipo de radio-navegación.

" 'Debe tenerse en cuenta que el sistema de succión con el cual funcionan los instrumentos giroscópicos, debe operar a 4" HG y que el aumento de este valor causa daños en los rodamientos de los rotores de estos instrumentos y por consiguiente lecturas erradas de los mismos. Como este defecto venía ocurriendo desde dos meses antes del accidente es probable que los instrumentos giroscópicos funcionaran mal, entre ellos los giroscópicos de dirección los que posiblemente tenían deriva y mostraban un rumbo errado. Si a lo anterior se agrega la falta de los dos VOR y de un ADF, como lo dispone el numeral 4.2.5.3. del Manuel de Reglamentos Aeronáuticos, la aeronave no estaba en condiciones de aeronavegabilidad y menos aún para vuelo por instrumentos, ya que sólo contaba con un ADF y la brújula magnética como instrumento de navegación'.

"Como se observa la falta de los equipos que pudo causar el accidente no fue tenido en cuenta por el explotador y transportista conforme el artículo 1880 del Código de Comercio. Por su parte el Departamento permitió la operación de la aeronave porque tenía certificado de aeronavegabilidad vigente, es que la administración no puede ni está en capacidad de realizar inspecciones diarias, porque para eso mediante el numeral 4.2.6.1. de los Reglamentos y demás concordantes delegó en la empresa explotadora la responsabilidad de controlar las condiciones de aeronavegabilidad de sus aeronaves. Cuando se expidió el certificado la aeronave podría estar en regla pero que siga así es competencia del explotador como se dijo. Realmente cuando sucedan los infortunios es cuando se encuentra que lo que se pudo ocultar en una inspección resulta más tarde gravoso para la operación.

"Continuando con la responsabilidad de la empresa, en el caso que se expone igualmente del despachador o del comandante de la aeronave, se encuentra que el certificado de aeronavegabilidad sólo autorizaba seis (6) puestos incluida la tripulación, sin embargo en el informe observó que iban dieciocho (18) personas, esto es doce (12) más de las autorizadas y como el avión era de carga viajaban sobre ésta como se colige del informe: —fl. 19— 'La mayoría de los cadáveres de los ocupantes fueron

encontrados a unos doscientos (200) metros del sitio del impacto y en general no presentaban desmembraciones en sus cuerpos, lo que permite suponer que los pasajeros se encontraban sobre la carga sin asegurar'.

"Los numerales de los Reglamentos Aeronáuticos señalados en el certificado expedido por el Departamento el 4 de noviembre de 1982 y que obra a folios 13 y 14 del cuaderno de pruebas de la demanda —Departamento— susministran una mejor idea de quién es el responsable del vuelo en condiciones de aeronavegabilidad meteorológicas desfavorables, inadecuado mantenimiento de la aeronave y en general en condiciones de operación por fuera de la reglamentación aeronáutica.

"En las condiciones expuestas y considerando que los pilotos tenían sus licencias vigentes, médicamente estaban aptos, que la aeronave tenía su certificado de aeronavegabilidad vigente y por tanto no podrá ser inmovilizada, las demás reglamentaciones debieron ser observadas por la empresa, comandante, despachador a quien el Manual atribuye su respectiva responsabilidad. No se advierte entonces, falla o falta del servicio de Aerocivil para que se le pueda imputar responsabilidad por el accidente acaecido el 14 de agosto de 1978, aeronave HK-1350. Se hablaría de falta de servicio si la administración no hubiera mantenido aeropuertos en condiciones aeronavegables, o por ejemplo que las radioayudas no hubieran funcionado; pero pretender responsabilizar a la Nación por faltas del transportador no es conforme lo dispone el artículo 1880 del Código de Comercio cuyos supuestos en ningún momento han sido desvirtuados".

La Sala, para una mayor comprensión en el asunto aquí estudiado, seguirá el siguiente derrotero: a) La responsabilidad en el transporte aéreo; b) La responsabilidad por la falla del servicio; c) La concurrencia de conductas perjudiciales; d) La prueba de los supuestos de la responsabilidad; e) Los perjuicios y su prueba.

a) La responsabilidad en el transporte aéreo.

La Sala reitera en este punto la jurisprudencia de la Sección. Para el efecto transcribe un aparte muy ilustrativo del fallo de agosto 19 de 1982 del que fue ponente el señor Consejero Valencia Arango. En dicho proveído sintetizan las diferentes acciones de responsabilidad así:

"Las distintas clases de responsabilidad en el transporte aéreo.

"a) El transportador aéreo público, responde, con base en el contrato de transporte, por una obligación de resultado, trátese de mercancía, equipaje o pérdida de vidas de los pasajeros, en los términos del artículo 1880 del Código de Comercio, en forma que consumado el riesgo, debe la indemnización a menos que pruebe hallarse en cualquiera de las causales de exoneración de los ordinales 1º y 3º del artículo 1003 del mismo Código, hecho de un tercero, culpa exclusiva de la víctima o que el deceso reconozca como causa exclusiva lesiones orgánicas o

enfermedades anteriores del mismo pasajero no originadas por hechos imputables al transportador, siempre que prueba haber obrado con diligencia en la toma de todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible tomarlas.

"En otros términos, se exonera demostrando que la persona responsable por acción es un tercero o, en su caso, la misma víctima, con lo que, en el fondo, lo que se acredita es la ausencia de toda autoría, por acción o por omisión, de parte del empresario.

"Obvio, también, que habrá lugar a compensación o repartición de responsabilidades, cuando el insuceso reconozca como causa el hecho común de la víctima y empresario.

"Basta que se pruebe que el deceso o la lesión ocurrieron a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque, que comprenden todas las ocurridas desde que el pasajero se dirige a la aeronave, abandonando el terminal, muelle o edificio del aeropuerto, hasta que accede a sitios similares, para que surja la responsabilidad del transportador, con base en el contrato de transporte y sin otras causales de exoneración que las ya examinadas.

"La responsabilidad del transportador queda limitada a 25.000 gramos de oro puro por cada pasajero;

"b) Distinta es la responsabilidad por viaje frustrado por retardo del mismo, regulada por los artículos 1882 y 1883, que no vienen al caso;

"c) Los explotadores de aeródromos y se presumen como tales los dueños de las instalaciones, equipos y servicios que constituyen el aeródromo, según el artículo 1816, responden por los daños que cause la operación del respectivo aeródromo (art. 1817) en los términos de los artículos 1881, 1886 y 1887, con base, en el respectivo contrato de servicio aeroportuario y dichos explotadores pueden ser personas privadas, naturales o jurídicas, juntas de acción comunal o los respectivos municipios o la Aeronáutica Civil.

"En el asunto *sub júdice*, no se ha alegado que la falla causante del desastre fuera imputable al explotador del respectivo aeropuerto ni se ha demostrado quién era tal explotador;

"d) Las entidades o personas que presten los servicios de infraestructura areonáutica (se entiende por tal el conjunto de instalaciones y servicios destinados a facilitar y hacer posible la navegación aérea tales como aeródromos, señalamientos, iluminación, ayudas a la navegación, informaciones aeronáuticas, telecomunicaciones, meteorología, aprovisionamiento y reparación de aeronaves, según el artículo 1808 del Código de Comercio) responden en los términos de los artículos 1881, 1889 y 1887 del mismo estatuto, siempre sobre la base de un contrato de prestación de servicios.

"Ya se vio que tales personas pueden ser naturales o jurídicas, de derecho privado o de derecho público (arts. 1810, 1811, 1812, 1813 y 1816 del Código de Comercio) y en el presente caso no se ha acreditado que fuera la Aeronáutica Civil la encargada o contratada para prestar los respectivos servicios de infraestructura aeronáutica;

"e) Distinta a las anteriores responsabilidad, cuya fuente es siempre un contrato, es la surgida del artículo 1860 del reseñado estatuto, según el cual 'la autoridad aeronáutica', es decir, el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil (art. 1782 *ibídem*), tiene la función de reglamentar y clasificar los servicios aéreos, los explotadores y las rutas y las condiciones que deben llenarse para obtener los respectivos permisos de operación. *'Con la finalidad de lograr la prestación de servicios aéreos seguros, eficientes y económicos...'* es una meta, una obligación de medio no de resultado, de reglamentación, control y vigilancia, en cuya prestación sólo se responde por la 'falla del servicio' o 'falla de la administración', que fue la alegada en el caso de autos y que da lugar a la responsabilidad extracontractual del Estado, en su caso.

"En este último evento, se exonera de responsabilidad el cuando la causa del insuceso sea la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito".

La Sala no tiene nada que agregar a este respecto ya que estima afortunada la sentencia que se deja transcrita.

b) La falla del servicio.

Visto el libelo la controversia planteada encuadra en el enunciado hecho en el literal e) de la transcripción precedente. Vale decir, porque conforma una acción de reparación directa por fallas en el servicio prestado por la Nación a través del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Cuando se alega la responsabilidad por falla del servicio, tócale al actor probar la existencia del hecho dañoso o perjudicial constitutivo de esa falla, porque el servicio funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente; el perjuicio sufrido por los damnificados y la relación de causalidad entre éste y aquél.

En los eventos de responsabilidad por falla, como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, se exonera el Estado demostrando la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa de la víctima o el hecho de tercero. En los dos primeros eventos, se da a entender que aunque se produjo un perjuicio éste no se debió a esa falla sino que su causa fue precisamente la fuerza mayor o el caso fortuito. En otras palabras, que no existió la relación causal entre el hecho de la administración y el daño sufrido.

En el evento de la culpa de la víctima, cuando ésta no es la causa exclusiva del daño, puede coincidir la falla de la administración con la conducta culposa de aquélla y por eso puede hablarse de compensación, en los términos del artículo 2357 del Código Civil. Pero también puede darse el hecho de tercero, con exoneración total, si no concurrió

con la falla del servicio. Porque si tanto ésta como el hecho del tercero concurrieron a causar el perjuicio, el fenómeno estará gobernado por el artículo 2344 del mismo código. No pudiéndose, entonces, hablar de compensación sino de responsabilidad solidaria, con los efectos y alcances señalados en el artículo 1568 *ibídem*.

Para la Sala, visto el acervo probatorio, se produjo tanto la falla del servicio aeronáutico como el hecho del tercero, identificado para el caso por la empresa Aeropesca y el dueño de la aeronave.

La falla del ente nacional, con su centro de imputación en el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, resultó adecuadamente demostrada, como también la culpa del tercero, como pasa a explicarse:

Para entender a cabalidad la decisión que aquí se tomará no puede olvidarse la función de policía administrativa que por mandato legal cumple ese Departamento Administrativo, además de sus otras funciones de carácter general vinculadas con el servicio público aeronáutico. Función policiva que no sólo se traduce en la expedición de reglamentos tendientes a dirigir, coordinar y controlar las actividades de Aeronáutica Civil, privada o estatal, nacional o internacional, que se desarrolla en espacios sometidos a la soberanía nacional, sino también orientada a la dirección, organización y operación de las comunicaciones aeronáuticas, con exclusividad; a la ejecución de las obras necesarias para conformar y mantener la infraestructura aeronáutica de la Nación; a la administración, operación y vigilancia de los aeropuertos y demás instalaciones y servicios de esa infraestructura; *a la prestación de servicios necesarios para garantizar la seguridad y eficacia del transporte aéreo; a la imposición de sanciones a quienes infrinjan los reglamentos expedidos por el Departamento;* al establecimiento de tasas y tarifas por los servicios que presta este organismo, etc., etc. (Decretos números 1721 de 1960 y 2332 de 1977).

Los extremos enunciados muestran los distintos aspectos que cumple el servicio público aeronáutico y destacan el papel policivo que compete a dicho Departamento, intimamente vinculado con la salvaguarda de la vida, integridad y tranquilidad de los usuarios del servicio.

Vista la realidad probatoria que muestra el expediente y en especial el informe del accidente elaborado por el Departamento de Aeronáutica Civil (a fls. 83 y ss. del cuaderno principal), la Sala anota:

Frente al Departamento mencionado se pusieron de presente serias omisiones en la prestación de su servicio, con lo que se comprometió la responsabilidad del ente nacional.

Es bien sabido de todos que la infraestructura aeronáutica es deficiente en el país, como corresponde a su extenso territorio y al hecho de su pobreza. Y que las deficiencias son más notorias en sus zonas oriental y suroriental, en donde los vuelos a grandes distancias se hacen prácticamente sin ayudas de aeronavegación.

Pero esta realidad, con todo, no es exculpativa, ni puede serlo. Antes, por el contrario, el Departamento de Aeronáutica, consciente

como el que más de esa realidad, tiene el deber de extremar su control sobre las naves y los pilotos que operan esa región. Sólo así podrá prestar, dentro de las limitaciones anotadas, un eficaz servicio.

Pero parece que la actitud es otra. Como las empresas que explotan el servicio aéreo en los Llanos Orientales y en la Amazonía son ordinariamente de escasos recursos y de ninguna influencia, la autoridad aeronáutica les permite volar a "la buena de Dios". Eso sí, cuando sucede cada tragedia hace un estudio "exhaustivo" sobre sus causas, anota las deficiencias y *recomienda que se hagan aquellas cosas que debió exigir de antemano para evitarlas*. Impresiona, porque queda de todo esto una sensación de desidia y de pésima administración.

Así en su "informe", que resulta en cierta manera como el reconocimiento elocuente de lo que dejó de hacer, afirma que el piloto tenía vencida su autonomía de vuelo, lo mismo que la calificación del copiloto, o sea que ambos tenían vencidos sus respectivos chequeos de vuelo; que el avión tenía más de 34 años de servicio (fabricado en 1944 en plena segunda guerra mundial en los Estados Unidos) y que llegó al país con más de 27 mil horas de vuelo; que la nave no podía llevar sino 6 ocupantes, incluyendo la tripulación, y transportaba 18; que el servicio de mantenimiento de la nave era deficiente y no ajustado a las disposiciones del DAAC; que la empresa explotadora le había entregado toda la responsabilidad de manejo, mantenimiento y explotación del avión a su propietario; que éste había contratado el mantenimiento con mecánicos particulares, sin contar con el Departamento; que el contrato de explotación con Aeropesca era sólo un requisito de forma; que el sistema de "succión" venía operando mal desde hacía tiempo, el que pese a los reportes no se había corregido técnicamente, y afectaba el funcionamiento de los instrumentos giroscópicos produciendo lecturas erradas; que el piloto hacía más de 20 años no registraba sus horas de vuelo en el Departamento; que la aeronave salió el día del accidente con los equipos de radionavegación VOR y ADF fuera de servicio y *que esta falla se había detectado con anterioridad superior a los dos meses y nadie la había corregido* (Ver informe del accidente, a fls. 83 y ss. del cuaderno número 1).

Esta lista elocuente de omisiones y de violaciones reglamentarias detectadas *ex post facto*, pero que debieron, casi todas, saberse y corregirse con anterioridad al accidente, podría ser interminable y permitiría la condena del DAAC sin más comentarios. Revela, así mismo, un notorio descuido en la entidad estatal, la que parece olvidar que como administración le tocaba y le toca el deber primordial de velar por la vida y bienes de los asociados (art. 16 de la Constitución); máxime cuando sus cometidos tenían y tienen que ver con una actividad de servicio de indiscutible peligrosidad.

Se defiende el Departamento, con algo que podría tomarse como cinismo, en su certificado (alegato?) que obra a folio 81, con el argumento especioso de que no es función suya "asignarle a cada empresa, aeronave, piloto o vuelo, un inspector para que vigile el cumplimiento del Manual de Reglamentos Aeronáuticos, que expide el mismo Departamento, en el que atribuye a cada cual sus requisitos, funciones, obligaciones, responsabilidades y derechos".

Y se dice que especioso porque si bien formalmente es eso cierto (no habría presupuesto posible para el efecto) no quiere significar entonces que la administración, por no poder cumplir ese propósito al pié de la letra, no tenga que responder de nada.

Será sensato pensar, en ese orden de ideas, que Aeronáutica no tiene que hacer cumplir los reglamentos que dicta? Que las empresas que se dicen explotadoras de las aeronaves puedan dejar por meses o años que un tercero lo haga por fuera de las exigencias del DAAC y sin ninguna responsabilidad de ésta? Será posible o creíble que las empresas explotadoras no tengan obligaciones para con el Departamento y que éste nada puede exigirles? Será posible que pasen meses y aún años sin reportes de vuelo y sin que nadie los reclame? Será posible que un avión tenga fuera de servicios sus equipos de aeronavegación o su sistema de succión durante meses y que el Departamento tolere eso porque —afirma— esa no es responsabilidad suya? Podrá tolerar impunemente el DAAC que un avión carguero, fabricado durante la segunda guerra mundial (1939-1945) y sin ningún control en su mantenimiento, pueda volar con pasajeros y con sobrecupo en zona desprovista prácticamente de ayudas de navegación? Por qué el DAAC no había nombrado los inspectores de operaciones previstos en el Decreto 2334 de 1977 con el fin de controlar el despacho de las aeronaves, especialmente las de carga, como lo reconoce en el "informe" en sus recomendaciones?

Si este departamento no es responsable de nada, cómo puede garantizar la seguridad y la eficacia del transporte aéreo, como en forma tan grandilocuente lo recalcan sus estatutos? Si todo esto es posible, para qué existe el DAAC?

Los interrogantes y las afirmaciones que se dejan enunciados se desprenden, como se dijo atrás, tanto del informe del accidente como de la certificación, que obran a folios 83 y siguientes y 81 del cuaderno número 1. Estos documentos son públicos y emanan de funcionarios competentes. Fuera de que no se tacharon de falsos, la entidad se refiere a ellos como justificación de su conducta. Y además de demostrar la falla de la administración pusieron en evidencia el hecho de tercero, concurrente con aquélla. Falla y culpa que en lugar de neutralizarse o de destruir la relación causal entre el hecho de la administración y el daño, no hacen sino mostrar otros responsables, quienes pudieron demandarse solidariamente. El hecho de que se haya demandado sólo a la administración no devirtúa este aserto porque cuando la responsabilidad es solidaria también puede demandarse a uno solo de los responsables por el todo.

Tampoco queda bien librada la empresa explotadora del avión, la que incumplió seriamente sus obligaciones no sólo con los usuarios sino con el DAAC y permitió con el piloto (dueño de la nave) la ocurrencia de la tragedia. Todo muestra que sirvió simplemente de mampara (sin la afiliación a la empresa no era posible la explotación de ésta), ya que no cumplió ninguna de las obligaciones impuestas en los reglamentos aeronáuticos, en especial las relacionadas con la explotación de la aeronave, su mantenimiento y el control de los vuelos.

En este orden de ideas se estableció que aunque Aeropesca tenía la calidad de explotadora de la nave (Resoluciones números 0495 de 1977 y 1674 de 1978), no ejercía tal carácter desde principios de 1978 y permitió que su propietario la explotara por su cuenta y riesgo y atendiera, según su criterio, su mantenimiento, despacho y operación (al fl. 92 informe DAAC). Así mismo se evidenció que el mantenimiento lo hacían mecánicos particulares, sin la aprobación del Departamento; para el cual, además, dicho mantenimiento era deficiente e inadecuado (al fl. 93). Acepta igualmente el DAAC que pese a los repetidos reportes para la corrección de la succión, esta reparación no se había efectuado hasta el día del accidente.

En las conclusiones del citado informe se lee en su literal a) un aparte que por sí solo serviría para condenar al DAAC, porque muestra una notoria falta de control y vigilancia en la explotación de la nave accidentada. Allí, se lee:

"La empresa explotadora no ejercía en la práctica ningún control sobre el mantenimiento, operación y explotación comercial de la aeronave ni sobre el piloto de mando, *desde unos siete meses antes del accidente*".

"El piloto de mando y propietario de la aeronave había asumido el mantenimiento, la operación y la explotación comercial de su aeronave lo que se cumplía según su criterio".

"El mantenimiento de la aeronave y sus componentes era deficiente e inadecuado..."

Lo transcrito es tan elocuente sobre el incumplimiento del DAAC a sus funciones de vigilancia y control "para garantizar la seguridad y la eficacia del transporte aéreo", que sobra hacer cualquier otro comentario sobre su responsabilidad en el accidente del avión Curtiss C-46-F, HK-1350 de la empresa Aeropesca Ltda., acaecido el día 14 de agosto de 1978.

El incumplimiento de la entidad demandada conforma una clara falla del servicio; falla que causó la muerte, entre otras personas, tanto a la señora Rosalba Sánchez de López y a sus hijas Gloria Elizabeth y Sofía Elena López S., como al señor Alfonso Beltrán Figueredo (ver certificación del DAAC al folio 82 del cuaderno principal y los correspondientes certificados notariales).

El citado accidente produjo un perjuicio real a los damnificados de las personas fallecidas cuyo listado aparece en el certificado aludido.

Como se dio a entender desde un principio esta sentencia comprende la solución de los dos procesos que fueron objeto de acumulación, así: El número 3360 y el 3364. En aquél figuran como demandantes Plutarco Elías López F. y María del Tránsito Sánchez viuda de S., quien actúa en su propio nombre y en representación de los menores Blanca Cecilia, Plutarco, Pedro Antonio y Nydia Esther S., Flor Marina Sánchez de S., Eulogia Sánchez de R. y Ana Graciela Sánchez de Gómez.

En el 3364 figuran como actores: Josefina Figueredo de Beltrán, Rafael Antonio, Martha Beltrán de G., Víctor Hugo, Gloria Esther y Carlos Alberto Beltrán F.; Oscar Augusto y Matilde Beltrán F.; Pedro Beltrán R., Pedro Pablo y Luis Ferney Beltrán F.

El acervo probatorio muestra:

Proceso 3360:

Están bien demostrados los siguientes extremos:

a) La defunción de las siguientes personas: La señora Rosalba Sánchez de L. y las menores Gloria Elizabeth y Sofía Elena López S. (ver certificación a folio 82 del cuaderno principal);

b) El carácter de cónyuge sobreviviente del señor Plutarco Elías López (ver certificación notarial de matrimonio a folio 4 del mismo cuaderno);

c) No está demostrada en forma alguna la relación de parentesco que se dice existía entre la señora Rosalba Sánchez de L., y la señora María del Tránsito Sánchez viuda de Sánchez, como tampoco se acreditó, ni se intentó hacerlo, la relación existente entre los demás demandantes y la misma señora fallecida.

Sobre estos extremos ningún esfuerzo hizo la parte demandante. En la misma demanda ella acepta que adjunta "registros varios del Estado Civil", sin especificación alguna y sin siquiera enunciarlos (al fl. 42).

Todo da a entender que guardó silencio sobre ese aspecto en su memorial petitorio de pruebas correspondiente al proceso 3360, y que no aparece dentro del expediente. Se corrobora este aserto con el hecho de que todas las pruebas pedidas fueron decretadas y que ninguna tenía que ver con la proposición de pruebas sobre el estado civil.

Tampoco aprovechó la parte actora la posibilidad que se le dio con la reconstrucción del expediente, luego del incendio de 6 y 7 de noviembre de 1985. En su escrito de 24 de abril de 1986 (a fls. 127 y ss.) se limita a afirmar que adjunta registros varios del Estado Civil, los que para el primer proceso se redujeron a probar el matrimonio López Sánchez y el nacimiento de las menores Gloria Elizabeth y Sofía Elena.

Finalmente no entiende la Sala porqué la actora, si pudo adjuntar los certificados que obran a folios 2, 3 y 4, no hizo ningún esfuerzo para probar las demás relaciones de parentesco enunciadas en el primer proceso y para lo cual no existía ningún inconveniente.

El proceso 3364 no ofrece dudas al respecto. Las relaciones de parentesco existentes entre la víctima, señor Alfonso Beltrán Figueredo y los demandantes, aparecen bien probadas con los documentos que obran de folios 10 a 22 del cuaderno principal.

En estas condiciones la indemnización del daño en el primer proceso no podrá cobijar sino al señor Plutarco Elías López F., cónyuge

supérstite de la señora Rosalba Sánchez de López, ya que el parentesco que se alega existía entre las víctimas y la señora Tránsito Sánchez y los demás demandantes no fue probado en forma alguna.

En este orden de ideas la entidad demandada deberá pagarle, por concepto de perjuicios morales *(pretium doloris)* el máximo que jurisprudencialmente se ha venido reconociendo, o sea el equivalente en pesos de 1.000 gramos oro. Esta cifra se toma como tope porque ese dolor no podrá cuantiarse en proporción directa con el número de personas que al fallecer produjeron ese dolor. La aflicción tiene una medida, más allá de la cual una persona no puede sobrevivir.

Sobre perjuicios materiales la condena se reducirá al reconocimiento de los gastos de búsqueda y exequias de la señora Rosalba Sánchez y de sus hijas. La cantidad que resulte demostrada dentro del incidente que ganará intereses al 6% anual, deberá actualizarse mediante la aplicación de los índices de precios al consumidor, según la fórmula ya aceptada por la jurisprudencia:

$$C \frac{\text{ind. f.}}{\text{ind. in.}}$$

No habrá ningún reconocimiento sobre otros daños de carácter material porque no sólo no se probaron, sino porque dada la desaparición de la familia López Sánchez, el perjuicio perdió su nota de certeza.

Tampoco se le da aplicación al artículo 107 del Código Penal, porque la norma se refiere a otra órbita legal y porque su aceptación tendría que partir del supuesto de la derogatoria de los artículos 308 del Código de Procedimiento Civil y 172 del Código Contencioso Administrativo; derogatoria que todavía nadie ha propuesto. Además, en el presente caso al no demostrarse la existencia del perjuicio material no podría ni siquiera condenarse en abstracto.

Los demandantes del proceso 3364, dada la relación de parentesco y las buenas relaciones de familia que sostenían con el occiso, señor Alfonso Beltrán F., serán indemnizados por concepto de perjuicios morales, así:

Sus padres Pedro Pablo Beltrán R. y Josefina Figueredo, con el equivalente de 1.000 gramos oro para cada uno.

Sus hermanos, Rafael Antonio, Martha Ruth, Víctor Hugo, Gloria Esther, Carlos Alberto, Oscar, Matilde, Pedro Pablo y Luis Ferney Beltrán Figueredo, todos mayores de edad, el equivalente a 500 gramos oro.

En cuanto a perjuicios materiales no procederá condena alguna porque no se acreditó en forma plena que los padres de Alfonso Beltrán dependían económicamente de éste. Aunque algunos declarantes hablan de la ayuda que suministraba a su familia, no existe ningún elemento de juicio que acredite la proporción de esa ayuda y los directamente beneficiados con la misma. No se demostró que los

padres del occiso carecían de ingresos para su subsistencia y que ninguno de sus otros hermanos ayudaba en el sostenimiento del hogar paterno.

Los declarantes a ese respecto no convencen a la Sala con la razón de sus dichos. Mientras José Jairo Torres Barragán (al fl. 179) afirma que "los papás de Alfonso están hoy bastante ancianos y no trabajan" (se refiere al año 1987 y no al 1978) el declarante Jairo Castro Niño afirma que el padre le ayudaba al hijo a vender la mercancía de la talabartería y se contradice al hablar de que Alfonso tenía 33 años al morir y 18 en la época del accidente. El mismo señor Pedro Pablo Beltrán R., al otorgar el poder casi ocho años después de la tragedia, afirma su calidad de comerciante. Además, no se estableció, probatoriamente hablando, porqué los hermanos de Alfonso, mayores de edad cuando ocurrió la tragedia, no ayudaban al mantenimiento del hogar, cuando aún eran solteros y trabajaban el negocio de talabartería con él.

Y no sólo no se estableció esa ayuda, como necesaria y no de mera gratitud, sino que ninguno de los testigos habla de los ingresos aproximados que obtenía Alfonso con su trabajo.

No precisa el testigo Castro Niño cuáles de los hermanos eran estudiantes a la sazón y cuáles estaban trabajando, máxime cuando afirma que les ayudó a "dos hermanos de nombre Pedro y otro a montar dos negocios de talabartería". Será creíble que les ayudó a instalarse, sin imponerles la más mínima obligación para con sus progenitores? O sería que éstos no necesitaban ninguna ayuda? Por qué el hermano que atendía el negocio del llano y los demás que trabajaban con él en esta ciudad —según la versión del testigo Torres B.—, no tenían ninguna obligación con sus padres?

Para la Sala de esas declaraciones queda una cosa cierta: Que Alfonso era buen hijo. De allí que su pérdida fue un duro golpe para todos y deba resarcirse en la forma permitida en la ley, o sea con el reconocimiento de los perjuicios morales.

Dada la solidaridad aquí reconocida le queda abierta la posibilidad al DAAC para repetir contra la empresa Aeropesca Ltda.

Por lo expuesto y en desacuerdo con la Fiscalía, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1. Declárase responsable a la Nación —Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil— de los perjuicios sufridos por las personas que se indicarán más adelante con ocasión del accidente del avión Curtiss C-46 de Aeropesca Ltda., ocurrido el 14 de agosto de 1978.

2. En consecuencia, condénase a la mencionada entidad a pagar por concepto de perjuicios morales las cantidades siguientes, en gramos oro, en su equivalencia en pesos colombianos así: De a mil gramos oro (1.000) para Plutarco Elías López F., Josefina Figueredo de Bel-

trán y Pedro Pablo Beltrán Romero. De a quinientos gramos oro (500) para Rafael Antonio Beltrán Figueredo, Martha Ruth Beltrán de G., Víctor Hugo Beltrán Figueredo, Gloria Esther Beltrán Figueredo, Carlos Alberto Beltrán Figueredo, Oscar Augusto Beltrán Figueredo, Matilde Beltrán Figueredo, Pedro Pablo Beltrán Figueredo y Luis Ferney Beltrán Figueredo.

3. Condénase, en abstracto, a pagar perjuicios materiales, dentro de los límites de la motivación, a favor de Plutarco Elías López F. Su tasación se efectuará mediante el incidente del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

4. Deniéganse las demás súplicas de las demandas acumuladas.

5. La condena en perjuicios morales se entenderá en concreto. La equivalencia se establecerá mediante la certificación del valor oro que dé el Banco de la República a la fecha de este proveído. Esta condena ganará intereses comerciales dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria del mismo, y moratorios luego.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el 17 de marzo de 1988.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala, Con salvedad parcial de voto; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO, SOLIDARIA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL CON LA EMPRESA AEROPESCA LTDA.

Indemnización por daño material no valorable pecuniariamente (art. 107 del C. P.).

Salvedad de voto del Consejero *doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número 3360 (Acumulado número 3364). Actor: Plutarco Elías López y otros.

1. Comparto la sentencia precedente en cuanto declara la responsabilidad extracontractual del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil con ocasión de la ocurrencia del siniestro aéreo que fundamentó la acción de los demandantes, porque los errores groseros en que incurrió el DAAC fueron demostrados, con exceso, por el señor apoderado de los actores. Ante tan protuberantes fallas del servicio la solución condenatoria que la Sala adoptó, se imponía casi con la fuerza de lo evidente. La comparto así mismo en cuanto a la solidaridad que reconoce y sólo espero que el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil lo aproveche y utilice en tiempo los mecanismos legales que ese reconocimiento pone en sus manos.

2. Me aparto, sí, con todo respeto, de la sentencia en cuanto se niegue a dar aplicación al artículo 107 del Código Penal para utilizar su preceptiva al reconocimiento de los perjuicios materiales, por las siguientes razones que ya he tenido ocasión de someter a la ilustrada consideración de mis colegas, pero que no han logrado obtener la mayoría requerida:

El precepto constitucional conforme al cual las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes (art. 16), unido al principio de la invulnerabilidad de la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con junto título (arts. 30 y 35), salvo por motivos de utilidad pública o interés social, constituyen el eje fundamental de la responsabilidad patrimonial del Estado, alrededor del cual el derecho contencioso administrativo colombiano ha construido la teoría jurisprudencial que le permite deducir la obligación resarcitoria de los entes públicos, cuando con ocasión de su actividad u omisión se causa daño a los particulares.

En cumplimiento de esta voluntad abstracta del constituyente el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, han superado la deficiencia legislativa especializada, casuística, mediante la aplicación de los principios constitucionales, de las reglas generales de derecho, del espíritu general de la legislación, de la analogía con las leyes que regulan casos o materias semejantes y de la equidad.

Estos preceptos constitucionales, son además ley de la República (arts. 52, Constitución Nacional y 7º, Ley 153 de 1887) y junto con otras disposiciones legales han sido pilares fundamentales para las más importantes decisiones jurisdiccionales.

Tales normas son por ejemplo la Ley 153 de 1887, cuyo artículo 5º expresa que "dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica" se fijará el pensamiento del legislador; el artículo 8º *ibídem* cuyo precepto ordena la aplicación analógica de otras leyes que regulen casos o materias semejantes, y la aplicación de la doctrina constitucional y de las reglas generales de derecho cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido; el artículo 32 del Código Civil que obliga al intérprete a tener en cuenta "el espíritu general de la legislación y la equidad natural" en la solución de los casos sometidos al conocimiento de quienes están llamados a la alta misión de administrar la justicia.

En luminosas decisiones, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, ante la necesidad de resarcir unos perjuicios de cuya causación hay certeza pero cuya cuantía no ha resultado demostrada, ni es "fácil o posible" acreditarla aún en trámite ulterior (art. 172, C. C. A. y art. 308 del C. de P. C.) han resuelto procurar la efectividad del derecho a la reparación, acudiendo a los principios ya mencionados (la equidad principalmente) y en ejercicio del *"arbitrium juris"* han fijado en concreto la cuantía de la indemnización. Estos son algunos de ellos:

> "a) Difícil es hallar, en semejantes circunstancias, un equivalente exacto entre el monto de la indemnización y el daño, por manera que dicho monto no viene a desempeñar, en la generalidad de los casos sino la función de satisfacer, en frente de los beneficios, cierto bienestar que reemplace el que fue arrebatado por la muerte de una persona. Y no porque ese equivalente escolle en dificultades, la indemnización pierde su razón de ser. Si ello fuere así, los perjuicios morales, de tal inasible evaluación, no podrían jamás representarse en cantidades pecuniarias.
>
> "La ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios; de donde se infiere que en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho, y admitir que el Juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulta la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática". Gaceta Judicial, T. LXVI, página 676, sentencia de junio 17 de 1938;
>
> "b) Y es que, por lo demás, en estas materias, como en general en todos los ramos del derecho y especialmente en ciertos dominios como el de la protección a la buena fe, el del abuso del derecho, el del enriquecimiento sin causa y en este del resar-

cimiento de daños futuros por culpa extracontractual, los progresos y complicaciones de la vida social contemporánea hacen que cada vez sea más profunda la penetración de la equidad en los moldes reputados como los más estrechos y rígidos de nuestras fórmulas jurídicas" (Gaceta Judicial, T. LXXVII, pág. 716, Sentencia de mayo 29 de 1954, T. II);

"c) Precisamente a dictados de equidad ha obedecido ese movimiento innovador en las instituciones y en la jurisprudencia para ampliar y darle consistencia al derecho del lesionado. El aforismo *neminem leadere* lo ha recordado el derecho contemporáneo para actualizarlo lo hacerlo más efectivo" (Gaceta Judicial, T. LXVI, pág. 588, Sentencia de agosto 3 de 1949);

"d) Casos como el que se estudia son los que más alcanzan a relievar que un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos seudo-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, o a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas, ni instrumentos de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades jurídicas. Es lo que expresa el antiguo adagio al decir que exagerar el derecho es producir la injusticia, y lo que significa hoy al afirmar que con el espíritu de la geometría no puede trabajar el que administra justicia.

"Con lo que éste trabaja es con las leyes, en su espíritu y en su letra, y con una obligatoria prudencia que justifica su oficio, y que al aplicar aquellas obtiene que se produzca la porción de verdad legal que se solicita en los Tribunales. El objeto del procedimiento es la efectividad del derecho, dice una norma casi perdida en la mañana de nuestra ordenación positiva. Ella quiere decir que no es permitido al Juez alterar los conceptos de fin y medio; y que no siendo dable utilizar para la administración de justicia fórmulas matemáticas, puede y debe en la estimación de algo tan cambiante y variable como lo son los casos humanos *sub especie juris*, poner al servicio del derecho el procedimiento, cosa que puede hacer sin arbitrariedad, sin quebrantamiento de preceptos, sin daño de nadie, y sin contorsiones ni distorsiones jurisprudenciales" (*Anales del Consejo de Estado*, T. LXXIII, págs. 272 y 273, Sentencia de noviembre 17 de 1967).

B) Afirma el doctor Javier Tamayo Jaramillo, en su obra "De la Responsabilidad Civil", Tomo II, Editorial Temis, Bogotá, 1986, página 305:

"Todo el anterior resumen jurisprudencial (estas y otras sentencias) nos permite mostrar cómo la equidad y los indicios sirven para establecer en concreto el monto indemnizable. Sin embargo, no se trata de fallos aislados: Y en el mismo sentido encontramos muchas otras decisiones. En todas ellas la cuantía exacta del perjuicio no existía. No obstante, el fallador acudió a los indicios o a las comparaciones con situaciones similares

para, equitativamente, liquidar el monto indemnizable. Y en respaldo de lo dicho el autor cita no menos de veinticinco (25) fallos, tanto de la Corte Suprema de Justicia en sus Salas de Casación Civil y de Negocios Generales —ya extinguida— como del Consejo de Estado, según puede constatarse en la nota de pie de página visible en la obra y lugar citado".

C) El esfuerzo jurisprudencial colombiano para buscar que sus fallos sean justos, han sentado unas bases lo bastante sólidas para aplicar en los campos administrativo, laboral, civil, etc., el Código Penal (arts. 106 y 107) en la fijación del monto de los perjuicios, cuando estos no pudieren valorarse en concreto.

Respecto del daño moral ya ha habido innumerables fallos; ahora procede su aplicación en relación con los perjuicios materiales.

D) Dijo el Consejo de Estado, jurisprudencia que ha reiterado en múltiples fallos, que:

"a) Tanto en materia civil como en la penal y la administrativa, cuando quiera que surge la obligación de indemnizar perjuicios, ella es plena, es decir, implica la necesidad de indemnizar la totalidad del perjuicio causado, de restablecer el derecho, de regresar, hasta donde sea posible, a la víctima, al estado anterior al daño (Código Civil, arts. 1546, 1613, 1614, 1616), sobre materia contractual, entre otros y 2341 y 2344, sobre responsabilidad por delitos o culpas, materia extracontractual y expresamente contemplada la compatibilidad con la pena que le corresponda por el delito o la culpa; artículo 92 del Código Penal, concordante con las normas civiles sobre responsabilidad extracontractual, prevé la condena solidaria, a los responsables, a la indemnización de *'todos los perjuicios que se hayan causado'*.

"Y el Código Contencioso Administrativo, en sus artículos 67 y 68, habla del restablecimiento del derecho, en el primero y de 'indemnización o prestación correspondientes' por lo que, puede sentarse como regla general la de que la obligación de indemnizar perjuicios, comprende la totalidad de los causados, en todas las ramas del derecho;

"... ... ...;

"c) Por tanto, no es extraño el artículo 95 del Código Penal (hoy art. 106), a la materia de la extensión de la indemnización debida, menos aún para el derecho civil, cuando del delito o de la culpa, surgen, comúnmente, en forma simultánea, la acción penal tendiente a ejercer la función punitiva del Estado y la acción civil, tendiente a obtener, para la víctima, la plena indemnización del perjuicio sufrido;

"d) Y siendo, sin consideración a la naturaleza de la disciplina jurídica, una misma la concepción de la responsabilidad y una misma la extensión de la obligación indemnizatoria, resulta la norma del comentado artículo 95 (hoy 106) del Estatuto Penal,

bien propia en todos los casos o bien por aplicación extensiva o simplemente aplicable por analogía legal pues está dirigida a regular subsidiariamente, el monto de la indemnización proveniente de los delitos y de las culpas, trátese de proceso penal, civil o administrativo;

"e) La razón de que las personas morales no pueden delinquir, no es óbice para la aplicación de dicha norma, pues ello quiere decir, únicamente, que no pueden ser sujetos activos del delito no pasivos de la pena, sino que *a priori*, puede excluirse su responsabilidad civil nacida por el delito o la culpa delictual de quienes la personalizan o representan y el comentado artículo se refiere a los efectos de la acción civil indemnizatoria y no a la punibilidad por reato.

"No sobra advertir que la Sala considera vigente el aludido artículo 95 (ahora art. 106), pues las normas sobre libertad probatoria del nuevo Estatuto Procesal Civil no contradicen su contenido, dirigido precisamente a regular el monto de los perjuicios morales cuando su cuantía resulte de difícil o imposible prueba.

"Establecida la aplicabilidad del artículo 95 (hoy 106) del Código Penal para los casos de indemnización de perjuicios morales, conviene, sin embargo, hacer algunas precisiones sobre su contenido:

"1. El citado artículo, parte de un supuesto práctico: *'Que no sea fácil o posible evaluar pecuniariamente, el daño moral'*

"Por tanto si se dio la prueba del valor pecuniario del daño moral, el artículo 95 (hoy art. 106) no puede ser aplicado y, si no obstante ser *fácil o posible* no se dio la prueba del valor pecuniario del daño moral, como sucede en muchos casos, de perjuicios objetivados, la negligencia probatoria del litigante no podrá ser protegida por el artículo 95 del Código Penal".

(Sentencia de 15 de febrero de 1978, expediente número 1839, Ponente doctor Jorge Valencia Arango, publicada en *Anales* del Consejo de Estado, primer semestre de 1978, números 457 y 458, Tomo XCIV, págs. 526 y 527).

El criterio que orienta a la anterior jurisprudencia sobre la reparación del daño moral cuando no sea "fácil o posible" evaluarlo pecuniariamente, también resulta aplicable para valorar los perjuicios materiales, cuando haya certeza de su causación pero no sea "fácil o posible" cuantificarlos pecuniariamente. El poder de convicción de los argumentos expuestos por el Consejo de Estado en aquella oportunidad, sería suficiente para que la Sala acogiese en esta oportunidad el contenido del artículo 107 del Código Penal para efecto de precisar la magnitud del daño material. El texto legal es del siguiente tenor:

"Indemnización por daño material no valorable pecuniariamente. Si el daño material derivado del hecho punible no pudiera avaluarse pecuniariamente, debido a que no existe dentro del proceso base

suficiente para fijarlo por medio del perito, el Juez podrá señalar prudencialmente, como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de cuatro mil gramos oro".

"Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza del hecho, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productiva y los gastos ocasionados por razón del hecho punible".

E) Considero, en vista de lo precedentemente dicho, que ha llegado ya la hora de que la Corporación acoja el contenido del precepto transcrito para darle aplicación analógica o extensiva cada vez que sea necesario para precisar el *quántum* de los perjuicios materiales, o sea cuando no es "fácil o posible" la determinación de su monto, teniendo en cuenta que el artículo 107 del Código Penal permite una rápida y justa tasación de los perjuicios materiales, sin necesidad de trámite ulterior que, por la dificultad o la imposibilidad de comprobar su cuantía, las más de las veces termina declarando extinguida la obligación de indemnizar unos perjuicios sobre cuya causación existe absoluta certeza judicial.

No obstante, esta solución sólo es posible cuando la cuantía o el perjuicio material no esté comprobada en el plenario y de antemano se sabe que por la imposibilidad o dificultad de su prueba no hay forma de demostrarla mediante una tasación pericial, pues en caso contrario, esto es, cuando es viable su comprobación plena por cualquier medio legal, se impone la condena *in abstracto* para que se concrete su monto mediante el procedimiento contemplado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

F) El principio de la plenitud hermética del derecho, tan caro a Carlos Cossio y a algunos de mis apreciados e ilustrísimos colegas de Sala, aconseja la aplicación que propugno del artículo 107 del Código Penal y de las demás normas mencionadas a lo largo de la presente salvedad parcial de voto, para que así sea más cierto el ideal de justicia que el legislador persigue y para que el *"ius suum quique tribuere"* que los romanos preconizaban se torne no en un simple brocardo vacío de contenido, sino en coruscante realidad.

Respetuosamente,

Antonio José de Irisarri Restrepo.

Fecha *ut supra.*

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. FALLA DEL SERVICIO.

Omisiones en la prestación del mismo. Las festividades debían ser objeto de la vigilancia del Gobierno Central.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veinticinco de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Proyectó: *Fernando González Carrizosa.*

Referencia: Expediente número 3882. Indemnizaciones. Actor: Jaime Arturo Bertel Martínez y otros.

Los señores Jaime Arturo Bertel Martínez, Celis del Carmen, Tirso Jaime, Madis del Carmen, Albeiro de Jesús, Roselis Elena y Jaime David Bertel Morales, Jorge Luis Bertel Morales, Prudencia Isabel Montes Rivera, Yadira Ceneth Santos Montes, Hugo Alfredo, Edith María, Margarita, Aída del Socorro, Margely María Santos Montes, Francisca Barón de Tous, Eligio Eduardo Tous Barón, Orlina M. Tous de Rocha, Sahara de Jesús Tous Gutiérrez, Ignacio Lino Monterroza Romero, María Serafina Mendoza Chadid, Martha Cecilia, Yaneth del Socorro, Juvenal Monterroza Mendoza, Oscar Antonio y Víctor Manuel Monterroza Mendoza, José de la Concepción o de la Ascención o José Mercado Suárez, Digna Rosa o Digna González, José Lladino, Gladys del Carmen, Tulia Josefa y Minerva Rosa Mercado González, Dilia María Pérez Mercado, Angela Ayala Paternina, Luz Arneda, Eduardo Enrique y Betulia Rosa Paternina Ayala, Mariana Isabel Flórez Laza y Lázaro Henry y Felipe Antonio Fray Flores, Rosa Erlinda Morales Ramos, Jorge Elías Salom Vergara, Robinson Antonio Gómez Márquez, Nicolás Obispo Rivera y Víctor Julio Viloria Anaya por conducto de apoderado debidamente constituido, solicitan se declare que "la Nación y el Municipio de Sincelejo son solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes, por las muertes y lesiones personales de sus familiares, ocurridas en Sincelejo el 20 de enero de 1980 al derrumbarse el circo portátil de toros o 'Corraleja', levantado en la plaza 'Hermógenes Cumplido' de dicha ciudad".

Esos hechos narrados en la demanda se sintetizan en la siguiente forma:

1. Aproximadamente a las cuatro de la tarde de 20 de enero de 1980, 8 de los 32 palcos de la "Corraleja" construida en la plaza

"Hermógenes Cumplido" de la ciudad de Sincelejo, se derrumbaron causando muertes y heridas a numerosas personas que se encontraban en una u otra forma participando del espectáculo.

2. La caída de los palcos de la "Corraleja" se debió al concurso de fallas de las administraciones nacional y municipal, "comprometidas en la realización de un espectáculo de graves riesgos para los espectadores y, desde luego, para la vida e integridad personal, que tiempo atrás debieron prohibir" (fl. 166, cuaderno 1).

3. El Municipio de Sincelejo era poseedor de la plaza "Hermógenes Cumplido" por la época de ocurrencia de los hechos. El mencionado lugar ha "permanecido como un potrero arcilloso, pendiente de norte a sur, sin afirmado, sin desagües, sin la menor obra de infraestructura de plaza taurina, donde el municipio suele depositar las basuras de la ciudad" (fl. 167, cuaderno 1).

4. Desde el año de 1965, la Secretaría de Obras Públicas Municipales, enviaba maquinaria en el mes de diciembre para tratar de dejar en condiciones aceptables el terreno de la plaza "Hermógenes Cumplido" con el fin de construir la "Corraleja"; centro principal de las festividades de 20 de enero; sin embargo, el año de la tragedia sólo realizó esta labor a mediados de enero.

5. En el año 1980 los topógrafos que mandó la Oficina de Planeación Municipal a trazar la "Corraleja" y delimitar y entregar los terrenos a los usuarios, concedidos para su uso por la municipalidad, por instrucciones de la junta nombrada por el Alcalde para organizar las fiestas de 20 de enero, "corrieron dicho centro y con el circo, hacia sur (sic), de la parte más firme a la parte más floja, con el fin de dejar aquélla mayor espacio para negocios y parqueaderos de vehículos, razón por la que los dueños del uso de dichos terrenos se vieron en la obligación de construir allí los palcos que, precisamente, se cayeron.

6. La Administración Municipal de Sincelejo (Alcaldía, Junta organizadora de las festividades, Planeación Municipal, Desarrollo Urbano, etc.), no realizó ni exigió que se hiciera el estudio de suelos donde se iban a hincar los pilotes de la estructura; no hizo ni exigió que se hiciera el estudio de la dirección predominante de los vientos; no efectuó ni exigió que se efectuara la nivelación y compactación de los terrenos de la plaza "Hermógenes Cumplido"; no construyó canales para el desagüe de aguas lluvias; no pidió prueba de la idoneidad de los constructores de los palcos; no vigiló la labor de construcción; no controló la clase, calidad y resistencia de los materiales; no controló que las puertas de acceso y emergencia fueran suficientes; no pidió el visto bueno de las autoridades de salud.

7. La Administración Municipal sin más requisitos que la presentación del recibo de pago a Coldeportes, autorizó la construcción de la monumental estructura, dejando de lado cualquier recomendación sobre seguridad. La adjudicación de los lotes para la construcción de los palcos se hizo en el año 1980, a personas sin ninguna experiencia: "A los ganaderos, al Alcalde, a la señora del Alcalde, a familiares

de los ganaderos, a la clientela política". Estos en su gran mayoría revendieron los derechos, lo que llevó a los últimos compradores a tener que recurrir al sobrecupo incontrolado para salvar su inversión.

8. La Administración Municipal designó inspector de palcos de la "Corraleja" a una persona que no tenía la menor idea de ingeniería ni de arquitectura, ni de topografía, ni de suelos, ni de maderas de construcción para palcos, ni de estructuras transitorias para el cobijamiento de público, ni de carpintería. El nombramiento recayó en el señor Alfredo Urruchurto "Concejal de Sincelejo, que difícilmente sabe dibujar su firma".

9. La Administración Municipal no efectuó el aforo de la capacidad de los palcos y, en consecuencia, no sometió la estructura a pruebas de resistencia.

10. La Administración Municipal tampoco montó una vigilancia adecuada para evitar el sobrecupo.

11. La víspera de la tragedia se cayeron 2 veces más de 40 metros de "Corraleja", en presencia del Alcalde municipal, el presidente y vicepresidente de la Junta administradora de las festividades, "pero el *campanazo* de nada valió. Para que la Administración Municipal diera cumplimiento a la ley y suspendiera el espectáculo fue necesario que al otro día murieran más de 300 personas y la sangre de varios miles de ellas regara la plaza".

12. La Seccional de Sincelejo del Servicio Nacional de Salud, no mantuvo ninguna intervención para que se cumplieran las disposiciones del Código Sanitario Nacional, en la realización del espectáculo de toros denominado "Corraleja Sincelejana". Su director asistió el 19 de enero a la función y pudo observar que los palcos no estaban capacitados para la cantidad de gente que asistía ese día a la plaza "y así se lo comentó a varios amigos diciéndoles que no regresaría a la Corraleja porque podía haber una desgracia..." "Y, días antes, cuando estaban haciendo los palcos se dio cuenta que la 'Corraleja' la habían hecho un poco más grande que en años anteriores y para ello habían tenido que abonar el sitio en donde se cayeron los palcos. También se dió (sic) cuenta de que los palcos no tenían los amarres acostumbrados antes, una especie de crucetas, los diagonales, que le daban mejor apoyo a la estructura".

13. Faltó también vigilancia de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional para impedir el sobrecupo, pues el día 20 de enero de 1980 había en la "Corraleja" entre cuarenta y cincuenta mil personas, cinco veces más de las permitidas por la capacidad normal, con el agravante de que en el palco presidencial se encontraban "el Comandante de la Base Naval de Coveñas y el Comandante del Departamento de Policía Nacional de Sucre; junto con otro agente del Gobierno central, del Gobernador, aquél Hermes Darío Pérez que tuvo después el inocente cinismo, conocido de todos por la notoriedad de sus palabras, de echarle toda la culpa de lo sucedido a Dios".

14. La vigilancia fue casi nula el día clásico de los festejos, el 20 de enero de 1980. "Los escasos agentes de la Policía Nacional que estaban en la plaza el día de la tragedia, porque aunque se pidió la colaboración a la Armada, a la Base Naval de Coveñas, según cuenta

el presidente de la Junta administradora de las festividades, no se prestó, se dedicaron a controlar ladrones, borrachos, el orden público fuera de la 'Corraleja', a quienes se venían oponiendo a esta clase de diversiones bárbaras, pero de ninguna manera a controlar que no hubiera sobrecupo".

15. Frente a toda esta situación, los inspectores municipales de policía destacados en la plaza, libraron un oficio para el Comandante de la Policía Nacional, pidiendo un mayor número de agentes, pero no se les prestó atención. "Todavía más: Dos horas antes, más o menos, de la tragedia el primer palco que se cayó empezó a anunciarla. Se reventaron dos de sus parales, y varios asistentes, entre ellos el Inspector de Policía de Chinulito, corregimiento de Colosó, salieron a buscar la policía para que hiciera aligerar el peso del palco. Los agentes se asomaron, miraron y volvieron a salir sin tomar ninguna medida para evitar el desastre".

16. Las fallas anteriores se agravaron con la circunstancia que en fechas anteriores, durante la celebración de festividades similares en diversos sitios del país, se presentaron tragedias y ni las autoridades municipales, ni las departamentales, ni las nacionales, hicieron nada para prohibir este tipo de espectáculos.

17. "Lo paradógico es que el Municipio de Sincelejo tiene una hermosa plaza de toros, construida en concreto y acero desde hace más de diez años, donde caben más de 10.000 personas, prefiere programar las festividades de toros del mes de enero en el tugurio portátil que suele improvisarse en la palza 'Hermógenes Cumplido' ".

18. La demanda hace aparecer los hechos 1 a 11 como fallas de la Administración Municipal de Sincelejo y los de 12 al 17 como fallas de la Administración Nacional.

19. De folios 179 a 188 del cuaderno número 1 se encuentra una descripción de los perjuicios sufridos por todos y cada uno de los demandantes.

Concepto de la Fiscalía:

En su vista de fondo (fls. 330 a 344, cuaderno 1), la señora representante del Ministerio Público se opone a las pretensiones de la demanda.

Fundamentó su concepto, en lo que hace relación con la responsabilidad de la Administración Municipal de Sincelejo, en que "la causa principal del derrumbamiento de los palcos, fue la deficiencia técnica en su construcción" y ésta recaía en manos de los adjudicatarios de los palcos. Además, según Resolución 562 de 1977, proferida por la Gobernación de Sucre, la adjudicación de los palcos y la vigilancia de su construcción, la tenía la *Junta organizadora de las festividades del Dulce Nombre de Jesús,* persona jurídica creada por la citada norma y completamente diferente al Municipio. Lo anterior le lleva a afirmar que: "La máxima responsabilidad de la tragedia se debe atribuir a la Junta Organizadora de las Fiestas de Corraleja de 20 de enero" (fl. 336, cuaderno 1).

Afirma también la señora Fiscal que "el otorgamiento de la personería jurídica presupone la demostración del acto de voluntad para agruparse con un fin ya sea de beneficio lucrativo o beneficio sin ánimo de lucro, de conformidad con sus estatutos. Sea cual fuere el fin, esta agrupación corresponde a las llamadas personas jurídicas de derecho privado constituidas por las llamadas corporaciones que a su vez pueden ser sociedades o asociaciones. Cualquiera qué sea su naturaleza deben tener de todas maneras un patrimonio propio y especial para asegurar su subsistencia y el cumplimiento de los fines que se proponen. Se tiene entonces que si a la llamada fiesta de corraleja de 20 de enero, le fue otorgada la personería jurídica, fue porque cumplió con los requisitos mencionados, convirtiéndose así en un ente jurídico privado con patrimonio propio y capacidad para ser parte. Esta la razón por la cual a la fecha de la celebración de las fiestas en 1980, fue ésta la asociación encargada de toda la organización y desarrollo de las festividades".

"Si bien es cierto que el nombramiento de las personas integrantes de la Junta se hizo para las fiestas de enero de 1980, mediante Decreto 153 de 1979 proferido por el Alcalde municipal, también lo es que en este mismo Decreto se dice muy claramente que los nombramientos se hacían por costumbre, pero de ninguna manera puede considerarse que el nombramiento de los integrantes de la Junta por el Alcalde, le quita el carácter de asociación privada. El hecho de que los miembros de la Junta sean nombrados por el Alcalde, no puede indicar que la Junta tenga carácter municipal. El encargo que se le dio al Alcalde en este caso, fue una de las tantas funciones honoríficas que la comunidad le solicita a la primera autoridad del Municipio y bien pudiera estar desempeñada por cualquiera otra autoridad policiva, militar o religiosa".

"En cuanto a las acusaciones que se hacen en la demanda a la Policía Nacional, de falta de vigilancia y falta de control para evitar el sobrecupo en las graderías, la señora representante del Ministerio Público las rechaza, porque por una parte los agentes del orden no se podían oponer a que las personas que presentaran su boleta de entrada, ingresaran a la plaza a presenciar el espectáculo, y por la otra 'no era resorte de la Policía Nacional la construcción de los palcos ni la responsabilidad por la resistencia de los mismos' ".

Por último en cuanto a la responsabilidad del Servicio Nacional de Salud por la violación al Código Sanitario Nacional (Ley 9ª de 1979), manifiesta la colaboradora Fiscal que interpretando íntegramente el mencionado estatuto no se le puede imputar ninguna responsabilidad al Servicio Nacional de Salud, porque "las funciones asignadas a la entidad demandada no tienen relación con la organización de las fiestas de la corraleja y menos aún con la construcción de los palcos; construcción ésta que solamente es levantada por el corto tiempo que duran las festividades y que no tiene que cumplir con las exigencias propias de la construcción o edificación a que se refiere la norma".

El alegato del apoderado de la Policía Nacional.

En un serio alegato el señor apoderado de la Policía Nacional se opone a las pretensiones de la demanda, ya que considera que la

responsable de la tragedia no fue la mencionada institución sino "quienes permitieron la violación del Acuerdo número 35 de 9 de noviembre de 1971, quienes lo violaron de una u otra forma; los ganaderos que 'regalaron' los toros para la celebración de la fiesta, quienes en últimas impusieron su voluntad y adjudicaron los palcos; los mismos adjudicatarios, amigos o parientes de los ganaderos, cuyos contratos aparecen relacionados en el expediente, que violaron igualmente el acuerdo al vender sus derechos a terceros; éstos (sic) terceros que los revendieron a otros; éstos (sic) otros que construyeron a marchas forzadas el circo con toda clase de deficiencias, empleando materiales demasiado usados, sin adecuar el piso sobre el cual se construyó, y los que debieron ejercer alguna función de control de la construcción". "Empero entre tantas personas responsables, existe una categoría que merece especial atención. Son los últimos compradores del derecho al palco y a su explotación porque en ellos concurren tres hechos probados en este proceso, que constituyen gravísima culpa en su contra, a saber: a) Adquirieron su derecho contra expresa disposición del Acuerdo número 35 de 1971 del honorable Concejo Municipal de Sincelejo; b) Construyeron o contrataron directamente la parte correspondiente a su palco, con las deficiencias demostradas igualmente en este proceso; c) Finalmente promovieron abiertamente el sobrecupo, en la forma anteriormente señalada, con el propósito de salvar su inversión y obtener una utilidad cualquiera, lo cual era perseguido por ellos (sic) como fin último de su operación, sin que interesaran los medios para concretarlo".

Para resolver, se considera:

Siguiendo un orden lógico, en primer lugar se determinarán las causas de la tragedia, para luego entrar a establecer responsabilidades, ya que por ser un hecho notorio lo acontecido el 20 de enero de 1980 en la ciudad de Sincelejo, no necesitaba ser probado. Finalmente se indicarán los damnificados y su correspondiente indemnización.

I Causas.

El domingo 20 de enero de 1980 alrededor de las cuatro de la tarde, ocho de los palcos del circo portátil de toros construido en la plaza "Hermógenes Cumplido" de la ciudad de Sincelejo para la realización del espectáculo denominado "Corraleja", como parte del programa de celebración de las fiestas llamadas del "Dulce nombre de Jesús", se derrumbaron causando un número, aún hoy indeterminado, de muertos y heridos.

La tragedia obviamente causó conmoción nacional e internacional por las circunstancias especiales que la rodearon.

Sobre las causas de ella se pueden adelantar distintas hipótesis, pero la Sala se limitará a las pruebas que aparecen en el expediente, para establecer los orígenes del insuceso.

Las fiestas de la corraleja en la ciudad de Sincelejo son apenas unas de tantas del mismo tipo, que se celebran en la Costa Atlántica y en algunos otros lugares del país.

A nuestro país llegó esta forma de diversión a través de los españoles y se arraigó en todas las regiones, en especial en la costa

norte, con la modalidad del toreo rústico. Para el caso de Sincelejo, la fiesta tiene su origen legal remoto en la Ley 13 de 1875, expedida por la Asamblea Legislativa del Estado Soberano de Bolívar; Ley que le dio el carácter de feria y de mercado a ese día 20 de enero en dicha ciudad.

Según declaración del señor Arturo Cumplido Sierra (fl. 36, anexo número 2) en la época actual las fiestas de la corraleja se iniciaron en Sincelejo entre los años 55 y 58 en la plaza Majagual y posteriormente se trasladaron a la plaza "Hermógenes Cumplido", la que no satisfacía las exigencias técnicas para el efecto.

Así, de acuerdo con el informe rendido por el ingeniero Héctor Vergara Arrazola al señor Alcalde de Sincelejo, el 6 de febrero de 1980 (fls. 1 a 4, anexo 1). "El terreno en el cual se levantaba la corraleja anualmente es arcilloso, presenta un desnivel bastante pronunciado (1,5% aproximadamente). Anualmente la sección de Obras Públicas envía una motoniveladora, con el fin de emparejar el terreno (surcado por las aguas del invierno anterior), colocando abajo, el material que desprende la parte de arriba (con el fin de disminuir la pendiente), no ha sido costumbre compactarlo".

Durante el resto del año, según testimonios de varias personas la plaza "Hermógenes Cumplido" era un botadero de basura de los habitantes del lugar.

En el informe rendido el 25 de enero de 1980 por la comisión nombrada por el señor Ministro de Gobierno, se sostiene sobre los orígenes de la tragedia: "La plaza 'Hermógenes Cumplido', sitio donde se construye tradicionalmente la 'Corraleja', presenta una apreciable pendiente, de tal manera que los tendidos del lado sur de la plaza (los caídos) se hallan más bajos de los del lado norte. Esta situación, unida al hecho de que varios días con anterioridad a la construcción, una maquinaria contratada por el Municipio estuvo nivelando la plaza, con el objeto de disminuir el desnivel, rellenó la parte sur con tierra movida del costado norte, de tal manera que el sitio donde se construyeron los palcos accidentados estaba nivelado con tierra floja no compactada suficientemente. Esto vino a ser agravado notablemente por la torrencial lluvia que cayó el día del siniestro, dado que el agua corría sobre la plaza de norte a sur, depositándose en la parte más baja".

"Estos aspectos mencionados, a juicio de la comisión inciden notablemente como causas del desastre.

"3. Consideramos que la madera utilizada en la construcción de los palcos especialmente la de los pilotes de sostén, no fue lo suficientemente gruesa y fuerte. Así mismo los clavos, tornillos, amarres y otros elementos de construcción no fueron los adecuados.

"4. Creemos que sí hubo sobrecupo en los palcos, la afluencia de público a los tendidos no fue controlada debidamente por las autoridades competentes.

"5. Otro aspecto que debe ser tenido en cuenta es la imprevisión de las autoridades, ya que además de los puntos anteriormente men-

cionados, el día 19 de enero una parte de la 'Corraleja' en sí, no de los palcos, se cayó en una extensión aproximada de 22 metros" (fls. 33 y 34, anexo 1).

Los conceptos rendidos por esta comisión oficial merecen todo crédito a la Sala, en primer lugar por la calidad de sus miembros, funcionarios adscritos al Ministerio de Gobierno, y en segundo lugar por la forma desapasionada y serena como afrontan el problema.

No le queda duda entonces a esta Sala que las causas inmediatas del derrumbamiento de los palcos fueron:

1. La mala calidad y adecuación de los terrenos donde se construyeron los palcos.

2. La mala calidad de los materiales y la falta de técnica con que se construyó todo el circo portátil.

3. El sobrecupo que se presentó en los palcos el día de la tragedia.

Esta deducción, además del informe de la comisión oficial, tiene un profundo sustento probatorio en numerosas piezas que obran en el expediente y de las cuales a continuación se citan algunas. Así:

a) En el dictamen pericial rendido ante el Juez séptimo de instrucción, dentro de la investigación penal que se adelantó con motivo de la tragedia, los expertos conceptuaron:

"De acuerdo a las observaciones que los suscritos efectuaremos (sic) antes de que fueran desarmados los palcos, y que hicimos con afán puramente profesional, podemos constatar que las estructuras de los palcos tenían protuberantes fallas de diseño y construcción y que pasamos a enumerar:

"Cimiento: La estructura estaba apoyada sobre 18 columnas, cada una de las cuales estaba cargada así: Las del eje central con área aferente de $6m^2$/piso.

"Ahora bien, suponiendo el palco cargado, era su capacidad permisible, la carga viva sería, asumiendo 50 kilogramos por persona de 15.000 Kg = 15 toneladas y la carga muerta de 4 toneladas aproximadamente, para un total de 19.000 kilogramos.

"Según esto, cada columna absolvería la siguiente carga:

$$\text{Centrales: } \frac{6.00 \times 19.000}{90} = 1.266.7 \text{ Kg.}$$

$$\text{Laterales: } \frac{3.00 \times 19.000}{90} = 633.3 \text{ Kg.}$$

90 M^2 son la superficie de los tres niveles de palcos:

"La presión ejercida por estos postes al suelo serían, teniendo en cuenta su diámetro:

$$A = \frac{(1/4)^2 \times \pi}{4} = 153.93 \text{ cms.}$$

$$P = \frac{1.266.7}{153.93} = 8.229 \text{ K/cms. (para centrales)}$$

$$P = \frac{633.3}{153.93} = 4.114 \text{ K/cms. (para laterales)}$$

"Vemos que las cargas a que estaba sometido el suelo, es excesiva (sic); las arcillas alcanzan con mucho una resistencia de 2 M/cms^2 a profundidades de + 5m. y estando bien seco. Es esto, pues, una falla protuberante.

"Descartamos la posibilidad de que estos postes trabajen como pilotes por fricción por cuanto el sistema de hincada no es por percusión, sino que consiste en abrir un hueco circular de mayor decímetro que el poste, colocar éste y luego rellenar el hueco con el material excavado, sin hacerle ninguna clase de compactación, quedando este material con muy poca cohesión.

"Entrepisos: Estos descansaban sobre tres vigas principales o largueros y eran de carreto de 4' X 4', estaban sujetos al poste con un clavo o puntilla; debajo del larguero a manera de soporte había un pedazo de madera de 2' X 5' por 1 metro aproximadamente y clavado al poste principal con 3 6 4 puntillas. Esto es también una falla protuberante ya que los largueros debieron sujetarse con pernos y con sus respectivas tuercas y el soporte no debió tener 1' de espesor sino 4' como mínimo y debió igualmente sujetarse al poste principal con pernos y sus respectivas tuercas".

"La estructura de estos palcos era muy esbelta, es decir la sección transversal era muy pequeña con relación a la altura; esta situación permitía que la estructura tuviera movimientos provocados por diferentes causas: Ahora bien, en la construcción de los palcos, omitieron colocar las piezas diagonales o riostras que le iban a dar la rigidez necesaria para obviar la esbeltez y en consecuencia evitar los movimientos (En algunos ponían estas riostras en número de 2 a 3, que no eran suficientes). El movimiento de los palcos también se facilitaba por la compactación inadecuada del terreno alrededor de los postes.

"Habida cuenta de las consideraciones podemos concluir:

"El palco sufrió movimiento en el sentido radial, provocado posiblemente por un asentamiento diferencial de la línea exterior de los postes, causado por la carga excesiva al colocarse hacia atrás todos los espectadores (hemos visto que el terreno no resistía); también este movimiento pudo haber sido provocado por el fuerte viento que había en ese momento, agregado a la razón anterior. Todo esto con la carga normal, pero se ha demostrado que había sobrecupo, lo que ponía todavía más en situación desventajosa la estabilidad de las

estructuras, Al moverse la estructura hacia atrás, la línea de gravedad de ella salió del polígono de sustentación y en ese instante se produjo la caída del primer palco, y con él los adyacentes".

"Consideramos que si hubieran existido los elementos diagonales en el número adecuado, los movimientos causados por el hundimiento, por desplazamiento de los espectadores, y por el viento, se hubieran evitado y en consecuencia el derrumbamiento de los palcos también se hubiera evitado" (fls. 89 y 90, anexo número 1).

Este dictamen, por sí solo, no sería prueba suficiente sobre los hechos ya que fue practicado en un proceso penal en el que no intervinieron las partes involucradas en el presente. Con todo, se toma como un indicio que al coincidir con otras pruebas refuerza la certeza requerida para fallar.

b) El señor Armando Barreto Ríos, conductor de oficio y quien manifestó haber presenciado muchas festividades, depuso ante el Magistrado comisionado, en relación con los hechos, lo siguiente: "Bueno yo he presenciado muchas fiestas de 20 de enero y me ha tocado trabajar en cantinas, en puestos de fritanga; desde muchos días antes de comenzar las fiestas de 1980 de la tragedia me tocó trabajar con el señor Santander Peña en una cantina. Llegamos por ahí como el diez de enero a construir la caseta y el doce comenzaron a llegar las catapillas (sic) o sean las máquinas para remover la tierra para la construcción de la corraleja. Comenzaron a construir los palcos por ahí como el 14 de enero y ahí no se veía mejor dicho sino puros trabajadores solos haciendo las construcciones y a ninguno que los dirigiera no como antes cuando era presidente de las fiestas el señor Arturo Cumplido que se veía cada ratico por la plaza inspeccionando la construcción, cómo iban quedando las corralejas, procurando que los palcos quedaran buenos pero en el año 1980 no se vio ninguno por ahí que fuera de la Junta ni inspectores ni nadie. Se lo dejaron a gente irresponsable que no sabía nada de palcos. El señor Santander los llamaba y les decía que estaba quedando malo porque no tenía ninguna seguridad, porque no tenían vientos, escoras y que todo lo que le ponen a un palco por lo que yo me daba cuenta anteriormente ellos no le paraban bolas al señor Santander, se le calentaban incluso, se ponían a trabajar de noche tomando ron, emparejando clavos que estaban retorcidos para meterlos a las maderas viejas que tenía ahí. Todavía el 18 de enero estaban poniéndole clavos y amarrando con bejucos no sabiendo que las fiestas de 20 de enero cada año que pasaba cogían más realce y venía más gente aquí a Sincelejo y tenía que hacer las cosas mejores. El 19 de enero o sea el primer día de toros se cayó un tramo de la corraleja que eso nunca había pasado en las fiestas del 20, se caían las corralejas por ahí el 23 o el 24 porque ya estaban cansadas pero nunca el mismo día de toros, que decir el día de iniciación que nunca había ocurrido eso sino primera vez, los palcos quedaron ladeados hacia adelante; como presidente de la Junta hubiera mandado parar las fiestas y revisar los palcos para ver cómo estaban pero no, los dejaron así..." (fl. 37, anexo 2).

La sencillez, espontaneidad y claridad del anterior testimonio, no deja dudas en el pensamiento de la Sala sobre su veracidad y reafirma

su convencimiento sobre las causas del insuceso. No sobra agregar, que la mayoría de las declaraciones que obran en el anexo número 2, coinciden en los hechos fundamentales con la del señor Barreto Ríos y a esto hay que agregar su concordancia con los experticios que aparecen en el expediente.

II Responsables.

1. *El Municipio de Sincelejo.*

Se ha argumentado por parte de la señora representante del Ministerio Público, que a Sincelejo no le cabe ninguna responsabilidad por la tragedia ocurrida el 20 de enero de 1980 en la plaza "Hermógenes Cumplido" de la mencionada ciudad, por cuanto la construcción de los palcos recayó en manos de los adjudicatarios y estos a su vez fueron seleccionados por la *Junta organizadora de las festividades del Dulce nombre de Jesús,* persona jurídica autónoma y diferente a la entidad demandada.

Se aparta la Sala de la opinión de su colaboradora Fiscal, porque de acuerdo con las pruebas que obran en debida forma dentro del expediente, se presenta en el *sub lite* un típico caso de responsabilidad por falla en el servicio, concretamente por omisiones en la prestación del mismo, imputable al Municipio de Sincelejo, en concurrencia con la Nación.

En primer lugar, competíale al Alcalde la designación de los miembros de la Junta organizadora de las festividades del Dulce nombre de Jesús; persona jurídica a cuyo cargo corría la organización de los festejos; la que además tenía entre sus funciones la de adjudicar la construcción y posterior explotación económica de los palcos. Esta afirmación tiene el respaldo probatorio que le ofrecen los Decretos 133, 135, 211 y 214 todos de 1979, proferidos por la Alcaldía de Sincelejo y mediante los cuales se designaba a las personas que conformarían la citada junta organizadora (fls. 3 a 7, anexo número 3).

Además de lo anterior, las personas llamadas a formar parte de la Junta tomaban posesión ante el Alcalde, tal como lo demuestran las actas que obran a folios 9 a 30 del anexo número 3; hecho que le daba a las fiestas y especialmente a la Junta, un marcado carácter oficial.

Teniendo en cuenta lo visto, la Administración Municipal tenía una injerencia directa en todo el proceso de la fiesta: Desde su organización y promoción hasta su culminación. A pesar de ello la ausencia de las autoridades municipales en el control de las festividades fue notorio, vacío que se vio reflejado en la deficiente construcción de los palcos cuyo derrumbamiento fue la causa inmediata de la tragedia.

Son innumerables las piezas probatorias que sirven de fundamento al aserto precedente. Bastará citar a continuación algunas de ellas.

La comisión nombrada por el Ministerio de Gobierno, en informe que obra a folio 35 del anexo número 1, concluye "que sí hubo imprevisión por parte de las autoridades en lo que respecta a la construcción y control del público en la 'Corraleja' ".

El señor Héctor Támara Vergara, presidente de la Junta Directiva de la junta organizadora de las fiestas para la época de los hechos, al ser interrogado sobre si conocía el Acuerdo número 35 de 1971 y el Decreto número 107 de 1973, expedidos por el Concejo Municipal y el Alcalde de Sincelejo, respectivamente, que contenía la reglamentación de algunos aspectos de la celebración, contestó: "Yo sí conocía la existencia de esos reglamentos y creo que los conocía mucha gente pero cuando se presentó o salió ese acuerdo del Concejo los señores donantes de los toros lo rechazaron enfáticamente alegando que por ellos era que se realizaba la fiesta y que ellos exigían el derecho a adjudicar los terrenos de la corraleja a las personas escogidas por ellos inclusive la continuidad de la fiesta estuvo en peligro en esas ocasiones, debido a que los señores ganaderos se opusieron a la repartición de los terrenos de la corraleja por parte del Concejo. En vista de estas circunstancias se continuó adjudicando esos terrenos en la misma forma que se venía haciendo desde hace muchos años. Los señores dueños de los toros reparten a cinco amigos de ellos los terrenos que les corresponde y en esta misma forma se hizo en 1980. Los señores ganaderos alegaban que las fiestas se hacían por el esfuerzo que ellos prestaban donando un día de toros y que ellos exigían contraprestación de dejarlos elegir libremente a las personas que se le adjudicaran los terrenos de la corraleja. Es conveniente aclarar que los señores ganaderos por este servicio que le hacían a algunos suyos no percibían un solo centavo solamente lo hacían con el propósito de favorecer a personas de una capacidad económica pobre y a amigos. También es bueno aclarar que esos decretos y acuerdo nunca lo aplicaron en Sincelejo por las razones poderosas que he anotado" (fls. 40 y 40 vto., anexo número 2).

Queda la Sala perpleja por la forma olímpica como una persona con investidura oficial ignora el cumplimiento de la ley, pues no hay que olvidar que el señor Támara Vergara, fue nombrado como integrante de la Junta organizadora de las fiestas por Decreto de la Alcaldía (fl. 3, anexo número 3) y tomó posesión ante el mismo burgomaestre, jurando "desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo" (fl. 27, anexo número 3). Pero más que lo anterior sorprende la carencia absoluta de control por parte de la Administración Municipal, a las actuaciones de una junta designada por el mismo Alcalde que se estaba dejando presionar de esa manera. Con relación a este punto considera necesario la Sala hacer a continuación algunas anotaciones sobre la forma desordenada y clientelista como se manejaron las fiestas por parte de las autoridades seccionales.

Dan a entender las pruebas, de conformidad con el Acuerdo 035 de 1971 y el Decreto 107 de 1973, que era al Concejo Municipal de Sincelejo a quien correspondía la adjudicación de los palcos de la corraleja. Sin embargo ello no se hacía así porque estos eran otorgados por la Junta organizadora con un criterio de compadrazgo, sin tener en cuenta las aptitudes ni conocimientos técnicos de las personas favorecidas con la adjudicación. En este procedimiento, lo común y ordinario era el tráfico de influencias, donde participaban, contra todo mandamiento legal, las autoridades locales con su Alcalde a la cabeza. Extremo éste que se demuestra con los mal llamados comprobantes de ingreso de folios 31, 34, 35, 51, 52 y 61 del anexo número 3, que

no eran otra cosa que las actas de adjudicación de los espacios para la construcción de palcos, y en los que consta en manuscrito el nombre del señor Reyes Montes apadrinando a algunos beneficiarios. Cómo se puede negar ahora que la Alcaldía de Sincelejo no estaba directamente involucrada en la organización de los festejos?

Como si lo anterior fuera poco, no fueron los primeros adjudicatarios los que construyeron los palcos, sino que estos negociaron el derecho con otros y estos a su vez con otros, formándose una irregular cadena de tal magnitud que la persona que realmente explotó económicamente la concesión llegó en algunos casos a ser el quinto o sexto eslabón. Esta anormal situación provocó que los últimos dueños del derecho de explotación de los palcos permitieran la entrada de personal a ellos en número considerablemente superior al que permitía la estructura de las mismas, lo que obviamente fue una de las causas de su derrumbamiento.

La anterior conclusión se fundamenta, entre otras, en la declaración del señor Rafael Ramón Camargo, por muchos años constructor de palcos y secretario de la Junta, quien textualmente afirma: "Pienso yo que debo tener alguna autoridad para hablar sobre esta grandiosa tragedia que padecimos el 20 de enero del año en referencia porque en años anteriores primero fuí constructor de palcos y años después durante diez años distintos fuí secretario de la Junta de festividades y director del programa de los festejos enerinos. Me atrevo a afirmar con conocimiento de causas que la espantosa tragedia que le tocó padecer a muchas gentes del pueblo se debió en gran parte a la imprevisión, a la violación de normas legales y establecidas por los organizadores de las festividades en épocas anteriores. Como primer detalle quiero hacer referencia a que en esta oportunidad los festejos enerinos se politizaron de una manera absurda, ya que para proveer los puestos o adjudicación de derechos a construcción de palcos se hizo un acto totalmente en desacuerdo a la forma de como se venía adjudicando dichos derechos. Fue así como se desecharon las peticiones a verdaderos carpinteros que tradicionalmente y por experiencia se tenían en cuenta para que fuesen ellos los que construyeran dicho palco. Recuerdo que se les negó el derecho inicial para construir palcos a los hermanos Oviedo, al señor Olave, al Mono Nine, al Cojo Carmelo, a Domingo Manchego y a tantos otros que sólo pudieron conseguir la forma para poder construir sus palcos comprándoles en reventa en una y dos ocasiones y hasta tres a quienes le había sido adjudicado el derecho por complacencias políticas. Recuerdo bien que en los años en que fuí secretario de la Junta, la Junta que es oficial ya que son nombrados por un Decreto de la Alcaldía, se nombraba una comisión de expertos carpinteros e ingenieros para que hicieran una revisión con 24 horas de anticipación a la solidez, perfección de construcción de dichos palcos. En este año de la tragedia precisamente porque se les habían adjudicado los palcos a las personas que no tenían ningún conocimiento ni experiencias para la construcción de dichos palcos no se les revisó la construcción de esos andamiajes de madera. En épocas anteriores los que construíamos palcos nos esforzábamos por comprar maderas nuevas de la mejor calidad y todo lo que utilizábamos como clavos y alambre eran totalmente nuevos y una vez terminadas las fiestas esas maderas las ven-

díamos a un menor precio y en esta ocasión de la tragedia las maderas que se utilizaron, los clavos y los alambres son los mismos que se han utilizado en más de cincuenta corralejas de toda la costa lo que indica que eran maderas y clavos deteriorados que de haber existido una junta oficial responsable no los hubiera permitido. En el Concejo de Sincelejo se aprobó un acuerdo en el que se establece que para adjudicación de puestos para la construcción de palcos se debían escoger con preferencia a los palqueros que tradicionalmente y por su experiencia lo venían haciendo en años anteriores, esta norma fue totalmente desconocida precisamente porque la junta oficial nombrada por el señor Alcalde no pensaron en el desarrollo de las fiestas sino en las complacencias políticas para la entrega de dichos puestos. Conozco algunas personas como Eduardo Chaid, el Gringo Pérez y los sobrinos y sobrinas de Don Pedro Juan Tulena, la suegra de Salim Guerra Tulena que jamás y nunca habían hecho palcos y sin embargo les fueron adjudicados puestos para que más tarde los revendieran..." (a fl. 23 del anexo 3).

Se pregunta la Sala, dónde estaban las autoridades municipales mientras todo esto sucedía?

Según todas las pruebas era un secreto a voces la forma irregular como se adjudicaron y construyeron los palcos. Sin embargo el señor Alcalde municipal, como primera autoridad policiva del lugar, no hizo nada para impedir tan anómala situación y, muy por el contrario, según lo demuestran las probanzas, cohonestó toda la serie de actuaciones que rayaron en el dolo, de la Junta organizadora. Claro está que no sólo al señor burgomaestre de Sincelejo se le puede imputar responsabilidad en la tragedia. También le cabe responsabilidad a otras autoridades departamentales y nacionales, y especialmente a los políticos de la región, algunos emparentados con el Gobernador de Sucre por la época de los acontecimientos, quienes capitalizaron los festejos para satisfacer a su clientela y obtener de pasada un ingreso monetario extra. Es muy diciente el hecho de que el palco de la presidencia donde se encontraban las autoridades civiles, políticas y militares y los directivos de los festejos, no sufrió ninguna avería. Este, según consta en autos, fue construido con el mayor cuidado, teniendo en cuenta las normas de seguridad vigentes. Por el contrario, los palcos que se desplomaron fueron aquéllos en donde se encontraba el pueblo raso y por ese motivo el mayor porcentaje de muertos estaba conformado por chanceros, picoleros, vendedores de cigarrillos, meseros, mandaderos, vendedores de fritanga, músicos de cafetín, agricultores, celadores, cargadores, emboladores, voceadores, zapateros, culebreros, ilusionistas, etc., etc.; es decir, aquel sector de la población que nada tiene y al que siempre o casi siempre le corresponde la tragedia.

Pero no se puede tampoco afirmar que la catástrofe fue un hecho aislado. Esta se venía gestando de tiempo atrás con la abierta complacencia de las autoridades municipales. La Administración del Municipio nunca se preocupó por la seguridad de las personas que asistían a la corraleja, hasta el punto que la única reglamentación que existía sólo se ocupaba de la adjudicación de los lotes donde debían ser cons-

truidos los palcos. En certificación que obra al folio 92 del anexo número 1, la directora de Planeación Municipal de Sincelejo afirma: "No existía en la fecha del derrumbe de los palcos reglamentación especial para la construcción de las corralejas; posteriormente la Asamblea Departamental los reglamentos (sic) mediante la Ordenanza número 06 de fecha noviembre 29 de 1980".

"Simplemente la oficina colaboraba a través de la División de Desarrollo Urbano y su equipo técnico por solicitud de la Junta de las festividades de 20 de enero, que adjuntamos, para el trazado y la distribución de los palcos como también para la ubicación y zonificación de los negocios establecidos en los alrededores de la plaza 'Hermógenes Cumplido'. No existe por escrito estudio de suelos, régigimen de lluvias y vientos como tampoco existe nada escrito sobre instrucciones y recomendaciones sobre desagües, drenajes, número y altura de los palcos, puertas de acceso y evacuación, dimensiones de las puertas, etc. Estas instrucciones se daban verbal a los distintos maestros de obras que tradicionalmente estaban encargados de la construcción de los palcos".

"El control a los palcos y ubicación de los negocios se hacía a diario, por los inspectores de obras de esta oficina, pero no hay actas escritas que consten esas visitas".

Como se ve la negligencia de la Administración Municipal fue absoluta. Sus miembros sólo se preocuparon de las componendas que favorecieran a sus parciales y debiendo actuar para vigilar estrictamente una actividad que, estaba comprobado, era de gran riesgo para la comunidad, no lo hicieron así, lo que configura un típico caso de responsabilidad por falla del servicio.

No se podrá argumentar por parte de las autoridades municipales de Sincelejo, que por ser la programación y desarrollo de las festividades una actividad particular, no tenían porqué estar enteradas de lo que estaba sucediendo. En primer lugar, ya quedó plenamente demostrado que las celebraciones tenían un carácter oficial, no sólo por su origen, sino por la forma como eran escogidas las directivas y sus organizadores. En segundo lugar, hay constancia en el expediente que la festividad era publicitada por todos los medios de comunicación, no sólo a nivel local sino también a nivel nacional. Por último, aunque la actividad de las fiestas hubiera sido exclusivamente privada, era obligación de la Administración local tener conocimiento de su celebración; porque ella comprometía directamente el orden público de la ciudad; y por lo tanto, las autoridades municipales debieron estar preparadas para evitar un insuceso que, como ya se dijo, hacía mucho tiempo se venía gestando.

2. *La Nación.*

Tal como lo determinó la demanda, la Nación se vinculó al proceso a través de la notificación que se hizo del libelo al Ministerio de Defensa y a la Policía Nacional. Sin embargo encuentra la Sala, que no sólo es responsable el organismo citado, sino que también están involucradas la casi totalidad de las autoridades del orden nacional, tal como se demostrará más adelante. Por tanto, como la imputación

recae sobre la totalidad del ente abstracto denominado Nación, se considera que con la citación de uno solo de los organismos que la representan, es suficiente para establecer en debida forma la relación procesal.

Se ha sostenido tanto por el Ministerio Público como por el mandatario judicial de la Policía Nacional, que este organismo no es responsable porque no era su obligación controlar ni la construcción de palcos, ni el sobrecupo. El argumento es débil para tratar de eludir un compromiso constitucional y legal. De ser ello cierto se pregunta la Sala: Entonces, cuál es la función de la Policía Nacional? Cuál la del Ministerio de Gobierno? Cuál la del Ministerio de Salud? Cuál la del Ministerio de Defensa? Por qué la fuerza pública en el caso de las corralejas ignoró los hechos que eran del dominio público?

El artículo 16 de la Constitución establece la condición *sine qua non* de existencia de las autoridades de la República: La protección de la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia. El artículo 20 *ibidem*, obliga a los funcionarios a actuar en todos los casos que requieren la presencia del Estado y establece la responsabilidad por la falta de actividad. A su vez el numeral 7º del artículo 120 de la carta dispone que sea el Presidente de la República el supremo guardián del orden público en sus facetas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad. Por lo que lógicamente el control de unas festividades que involucran dichas facetas debían ser objeto de la vigilancia del Gobierno central y mucho más cuando celebraciones similares se efectuaban en gran parte del territorio nacional. Sin embargo no consta en autos que la actuación del Gobierno fuera preventiva. Su manifestación sólo se produjo cuando ya había ocurrido la catástrofe, ordenando la reglamentación de las fiestas de corraleja.

La descrita falla en el servicio por omisión, bastaría para condenar a la Nación, pero para abundar en razones se detallarán algunas conductas específicas de otros funcionarios y organismos del orden nacional.

El artículo 2º del Decreto 2347 de 1971, estatuto orgánico de la Policía Nacional vigente para la época, establece la finalidad de la función del mencionado cuerpo armado, así: "La Policía Nacional está instituida para proteger la vida, honra y bienes de todas las personas residentes en Colombia, prestar el auxilio que requiere la ejecución de las leyes y las providencias judiciales y administrativas, cooperar en la investigación de delitos y contravenciones, cumplir una labor educativa en beneficio social y, en general, conservar el orden público interno en sus aspectos de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad públicas, con los medios y límites estatuidos en la Constitución, las leyes, los tratados internacionales, los reglamentos de policía y los principios universales del derecho".

El artículo 19 *ibidem*, otorgaba competencia a los miembros de la policía, para intervenir obligatoriamente en los casos de que tuvieran conocimiento.

El artículo 28 del mencionado estatuto establecía un orden de prioridades en cuanto a las funciones de la policía, colocando su

actividad preventiva por encima de la represiva y además, dándole facultad para reprimir las alteraciones del orden público.

La función de prevención de la policía obliga a pensar que los funcionarios que menciona el artículo 29 del Decreto 1355 de 1970, tenían que ser forzosamente los integrantes del cuerpo armado y no los depositarios del poder o facultad de policía, que evidentemente son funcionarios civiles como el Presidente, el Gobernador y el Alcalde. Es por esto que la Sala infiere que la policía uniformada sí podía actuar por iniciativa propia, cuando se tratara de alguna de las situaciones previstas en los literales a) a g) del citado artículo; para el caso cuando se refería a "proteger a las personas contra peligros inminentes y graves".

Está probado en el expediente que el señor comandante de la Policía de Sucre, participó activamente en todo el desarrollo social de las festividades y que inclusive se encontraba presente el día de los hechos en el palco presidencial de la corraleja. Entre otros testimonios que dan cuenta de tal hecho se encuentra el del señor Héctor Támara Vergara, presidente de la celebración, quien afirmó: "Después de haber estado en la fiesta que brindaba Don Pedro Juan Tulena el dueño de los toros de ese día me trasladé al palco de la Junta Directiva a eso de las dos y media p.m. más o menos en compañía del dueño de los toros Don Pedro Juan Tulena, del señor Gobernador doctor Hermes Darío Pérez, del Comandante de la Policía y de otros amigos. A mi lado se sentó Salim Guerra Tulena y Don Eustorgio Alcocer Navas y enseguida estaba el Coronel de la Policía y como personajes que recuerdo ahora estaban el Gobernador de Córdoba todo era fiesta, alegría y trago..." (fls. 38 vto. y 39, anexo número 2).

El señor Celedonio Silva Corviz, designado inspector auxiliar de policía para las festividades de 20 de enero de 1980, depuso al interrogársele sobre si se le había solicitado ayuda a la policía, lo siguiente: "El día 20 en la mañana al llegar al turno que me correspondía sostuve una charla de amigo con el titular señor Ramírez Castelar y sabiendo de su experiencia igual a la que yo poseo como funcionario público me permití transmitirle lo que el día anterior pude observar como ciudadano común asistente al área de la corraleja y le hice notar en lo que él estuvo de acuerdo que se observaba algunos carabineros en cabalgaduras pero ningún agente de control individual en los diferentes palcos tal vez esta observación motivó al señor Ramírez Castelar para solicitarme que utilizara la máquina de escribir pues él quería oficiar al Comando del Distrito de la Policía Nacional haciéndoles ver esa falla y pidiéndoles la efectividad de esos servicios de agentes de control a la entrada de los palcos. Redactado el oficio y debidamente firmado por el señor Inspector titular Ramírez Castelar me pidió el favor que yo personalmente lo entregara en la guardia del Comando de la Policía Nacional y aun cuando mi deseo era el de entregarlo directamente al oficial del Distrito un número de la guardia me dijo que podría entregarlo allí que ellos lo harían llegar en su oportunidad. Debo subrayar que al agente que me recibió el oficio le pedí que me impusiera un sello en el sobre y me lo devolviera pero como el sobre iba engrapado me rechazó la solicitud y me dijo que él no podía abrir ese sobre por cuanto iba remitido al Comando del

Distrito y él no se atrevía a violar esa correspondencia. Sin embargo ello debía aceptarlo pensando y sabiendo que copia de este oficio debía haber quedado en los archivos de correspondencia de esa Inspección de Policía" (al fl. 30 vto., anexo 2).

Comparando las normas que daban competencia a la Policía Nacional para intervenir en casos de peligro inminente para la población con los hechos aquí narrados, se llega a la conclusión de que la actuación del mencionado cuerpo armado fue negligente, o por lo menos no lo suficientemente acuciosa para evitar la catástrofe, que a todas luces se hubiese podido prevenir.

El Comandante de la Policía, según consta en autos, se limitó a divertirse con las jerarquías políticas y administrativas del Departamento, sin importarle el peligro que corrían las personas que participaban en la corrida. Sus servicios de información debieron haberle comunicado la forma deficiente como se construyó la corraleja. También debieron informarle que el día anterior se había derrumbado parte de ella. Además, se percató personalmente el sobrecupo escandaloso que se presentó en los palcos el día de la tragedia, pues —como se dijo— estaba presente en la fiesta. Sin embargo su actitud fue completamente pasiva. No hizo nada por evitar algo que se presentía en todas partes.

Lo anterior sucedió a pesar de que en el plan de control de las festividades del veinte de enero, elaborado por el Departamento de Policía Sucre, se declara que la misión de la policía era "mantener el orden público en sus elementos esenciales de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad pública para que los eventos que se efectúen en el Departamento tengan un normal desarrollo" (fl. 128, anexo número 1).

No se podrá eximir de culpa a la Nación con el argumento que como el pueblo pedía las fiestas, la Administración no se podía oponer a ellas. "El Estado se justifica como organización para proteger la especie humana y no para destruirla. La autoridad tiene medios que le da la soberanía para reprimir, contra la voluntad de los asociados, aquellas conductas que ponen en peligro la subsistencia del grupo. Fundamentada en este principio la fuerza pública combate la subversión tan pronto se presenta y sin esperar orden del poder civil. En el caso *sub júdice* si a la Administración se le imposibilita prohibir esas bárbaras festividades tan arraigadas en el alma popular, por lo menos debió utilizar todo su esfuerzo para controlarlas y vigilarlas".

Por último es necesario referirse al ente denominado "Fiestas de Corraleja 20 de Enero", persona jurídica sin ánimo de lucro, a quien se le reconoció personería jurídica por Resolución número 562 de 1977, proferida por el Gobernador de Sucre.

Como ya se dijo anteriormente, la forma *sui géneris* de designación de los miembros de la Junta de la citada corporación, por decreto del Alcalde de Sincelejo, le daba a ésta su naturaleza pública, no sólo como persona jurídica en sí, sino por su actividad. Sin embargo el hecho que fuera esa Junta la organizadora de todo lo relacionado con la celebración, no quita responsabilidad a la Administración Municipal, ni a la Nacional. Las tareas que debieron adelantar estas dos

últimas para evitar la tragedia eran imperativos legales y constitucionales a los cuales no se podían sustraer. La labor de control y vigilancia de las autoridades seccionales era independiente de la adelantada por la Junta, sus responsabilidades eran distintas pero ésta, al fin, no era más que un organismo asesor de la municipalidad.

Obviamente que no se puede regar la culpa del ente organizador de las fiestas ni la de los constructores de los palcos. Pero esto no exime a la Administración. Los actores, fundamentados en los artículos 1571 y 2344 del Código Civil dada la concurrencia de culpas, podían reclamar los perjuicios a todos los responsables o a uno cualquiera de ellos y en el *sub lite* se acogió a la Administración. Esta podrá repetir contra los demás responsables.

III Damnificados.

En relación con los perjudicados por la tragedia de las corralejas, a continuación se hará el análisis de los documentos aportados para demostrar su interés. Así:

Los señores Jaime Arturo Bertel Martínez y Celis del Carmen Morales Bertel, reclaman indemnización por la muerte de su hijo Fraudis Antonio Bertel Morales. Para ello aportan los siguientes documentos:

1. Registro civil de matrimonio católico (fl. 3, cuaderno número 1).

2. Registro civil de nacimiento de Fraudis Antonio (fl. 16, cuaderno número 1).

3. Certificado de defunción de Fraudis Antonio (fl. 20, cuaderno número 1).

El matrimonio Bertel Morales también reclama perjuicios a nombre de los menores Tirso Jaime, Madis del Carmen, Albeiro de Jesús, Roselis Elena y Jaime David, como hermanos de la víctima. Para ello aportan los registros civiles de nacimiento de los menores arriba mencionados que aparecen a folios 5 a 15 del cuaderno número 1.

El señor Jorge Luis Bertel Morales reclama indemnización por la muerte de su hermano Fraudis Antonio; para ello aporta al proceso, además de los documentos citados, el registro civil de nacimiento del reclamante.

Como el señor Fraudis Antonio Bertel Morales, era estudiante al momento de su muerte (fl. 17, cuaderno número 1) la indemnización comprenderá únicamente perjuicios morales, ya que no se demostró plenamente el ejercicio de actividad lucrativa y que aportara dinero al grupo familiar.

Los documentos arrimados al juicio demuestran los lazos familiares indispensables para decretar el reconocimiento de los perjuicios morales.

La señora Prudencia Isabel Montes Rivera a nombre propio y en representación de su hija menor Yadira Ceneth Santos Montes, reclama perjuicios por la muerte de su hija y hermana Teresa de Jesús Santos Montes. Para ello aporta los siguientes documentos:

1. Registro civil de nacimiento de Prudencia Isabel y de Yadira Ceneth (fls. 22 a 26, cuaderno número 1).

2. Registro civil de nacimiento de Teresa de Jesús Santos Montes (fl. 35, cuaderno número 1).

3. Registro civil de defunción de Teresa de Jesús Santos Montes (fl. 36, cuaderno número 1).

Los señores Hugo Alfredo, Edith María, Margarita, Aída del Socorro y Margeli Santos Montes, reclaman indemnización por la muerte de su hermana Teresa de Jesús Santos Montes. Para probar el parentesco aportan, además de los documentos citados, sus registros civiles de nacimiento, que obran a folios 26 a 34 del cuaderno número 1.

Como Teresa de Jesús tenía 15 años al momento de fallecer y de las pruebas aportadas al proceso no se deduce que estuviera contribuyendo económicamente al grupo familiar, la condena será únicamente por los perjuicios morales.

La señora Francisca Barón de Tous reclama indemnización por la muerte de su cónyuge Eligio Eduardo Tous Gutiérrez. Para ello aporta los siguientes documentos:

1. Partida de bautismo de Eligio Tous Gutiérrez (fl. 41, cuaderno número 1).

2. Registro civil de matrimonio (fl. 42, cuaderno número 1).

3. Registro civil de defunción de su esposo (fl. 50, cuaderno número 1).

A la señora Francisca Barón de Tous se le reconocerán perjuicios morales y materiales, porque de los documentos relacionados y de las demás pruebas que obran en el proceso, se deduce su dependencia económica con el finado.

El señor Eligio Eduardo Tous Barón, reclama perjuicios por la muerte de su padre el señor Eligio Eduardo Tous Gutiérrez. Para ello presenta, además de los documentos citados, el registro civil de nacimiento (fl. 43, cuaderno número 1). Unicamente se le reconocerán perjuicios morales ya que según las pruebas aportadas al proceso, no dependía económicamente de su padre.

La señora Orlina Tous de Rocha y Sahara de Jesús Tous Gutiérrez, reclaman perjuicios por la muerte de su hermano el señor Eligio Eduardo Tous Gutiérrez. Para ello presentan los siguientes documentos:

1. Registro civil de matrimonio de sus padres (fl. 44, cuaderno número 1).

2. Registros civiles de nacimiento (fls. 46 a 49, cuaderno número 1).

3. Partida civil de defunción del señor Eligio Eduardo Tous Gutiérrez (fl. 50, cuaderno número 1).

A estas demandantes sólo se les reconocerán perjuicios morales pues no se comprobó en el juicio su dependencia económica con el finado.

Los señores Ignacio Lino Monterroza Romero y María Serafina Mendoza Chaid, a nombre propio y en representación de sus menores hijos: Martha Cecilia, Yaneth del Socorro y Juvenal, reclaman indemnización por los perjuicios sufridos por la muerte de su hija y hermana Claudia Monterroza Mendoza. Para ello aportan los siguientes documentos:

1. Registro civil de nacimiento de Claudia, en el que consta que es hija extramatrimonial, pero reconocida, de la pareja Monterroza Mendoza (fl. 70, cuaderno número 1).

2. Registro civil de defunción de Claudia Monterroza Mendoza (fl. 71, cuaderno número 1).

3. Registros civiles de nacimiento de los hermanos menores de Claudia (fls. 65, 67, 69, cuaderno número 1).

Existe incongruencia en la edad de la finada según el dato del registro de nacimiento y el del registro de defunción. Sin embargo la Sala considera que la verdadera edad de Claudia al momento de fallecer era 15 años, tal como aparece en los documentos de folios 72 a 74 del cuaderno número 1.

A los referidos demandantes únicamente se les reconocerán perjuicios morales, pues no quedó suficientemente demostrado en el juicio el aporte económico de la occisa al grupo familiar.

Los señores Oscar Antonio y Víctor Manuel Monterroza Mendoza, reclaman indemnización por la muerte de su hermana Claudia. Para ello, además de los documentos citados anteriormente, aportan sus certificados civiles de registro que obran a folios 59 y 62 del cuaderno número 1. A los mencionados actores se les reconocerán únicamente perjuicios morales pues según los autos no dependían económicamente de la occisa.

Los señores José de la Concepción o de la Ascención o José Mercado Suárez y Diana Rosa o Diana González reclaman indemnización por los perjuicios que les ocasionó la muerte de su hijo Juan Francisco Mercado González.

Para ello aportan los siguientes documentos:

1. Certificados eclesiásticos de nacimiento (fls. 90 y 91, cuaderno número 1).

2. Registro civil de matrimonio (fl. 92, cuaderno número 1).

3. Registro civil de nacimiento del occiso (fl. 102, cuaderno número 1).

4. Registro de defunción de Juan Francisco Mercado González (fl. 104, cuaderno número 1).

Al matrimonio Mercado-González se le reconocerán perjuicios morales exclusivamente, pues de las probanzas se deduce que el finado no habitaba con ellos ni velaba por su subsistencia.

La señora Dilia María Pérez Mercado, reclama indemnización por la muerte de su cónyuge, señor Juan Francisco Mercado González.

Para ello aporta los siguientes documentos:

1. Registro civil de nacimiento, hecho el 12 de junio de 1981 (fl. 78, cuaderno número 1).

2. Registro civil de matrimonio hecho el 17 de junio de 1981 (fl. 79, cuaderno número 1).

Claramente se observa que los certificados aportados para demostrar el estado civil de la demandante, fueron registrados con posterioridad a la ocurrencia del deceso de su presunto esposo; es decir de 20 de enero de 1980. En cuanto al registro civil de nacimiento de la demandante no existiría mayor problema, pero en lo que hace relación a la prueba del matrimonio y teniendo en cuenta que no existen otros elementos de convicción, la Sala no considera probado el vínculo y por lo tanto a la señora Dilia María Pérez Mercado no se le reconocerá ningún tipo de indemnización.

Los señores José Lladino, Gladis del Carmen, Tulia Josefa y Minerva Rosa Mercado González, reclaman indemnización por los perjuicios sufridos por la muerte de su hermano Juan Francisco. Para ello aportan los siguientes documentos:

1. Registros civiles y eclesiásticos de nacimiento (fls. 94 a 100, cuaderno número 1).

2. Registro de matrimonio de sus padres (fl. 92, cuaderno número 1).

3. Registro de nacimiento de Juan Francisco (fl. 102, cuaderno número 1).

4. Registro de defunción de Juan Francisco (fl. 104, cuaderno número 1).

A dichas personas se les reconocerán únicamente perjuicios morales pues no se probó en el juicio su dependencia económica del difunto.

La señora Angela Ayala Paternina, reclama indemnización por la muerte de su hija Flor María Paternina Ayala. Para ello aporta los siguientes documentos:

1. Registro civil de nacimiento (fl. 106, cuaderno número 1).

2. Registro civil de matrimonio (fl. 107, cuaderno número 1).

3. Registro civil de nacimiento de Flor María (fl. 114, cuaderno número 1).

4. Registro de defunción de Flor María (fl. 113, cuaderno número 1).

De acuerdo con las pruebas Flor María Paternina, al momento de su muerte no tenía destino remunerado (fls. 115, cuaderno número 1); por lo tanto, la condena en favor de la señora Angela Ayala será únicamente por perjuicios morales.

Los señores Luz Arneda, Eduardo Enrique y Betulia Rosa Paternina Ayala reclaman indemnización por la muerte de su hermana Flor María. Para ello aportan, además de los documentos detallados anteriormente, los registros de nacimiento que obran a folios 108 a 113 del cuaderno número 1. Por las razones expuestas para el caso de doña Angela Ayala a los referidos demandantes únicamente se les reconocerán perjuicios morales.

La señora Mariana Isabel Flórez Laza, reclama indemnización por los perjuicios sufridos con ocasión de la muerte de su compañero permanente, el señor Felipe Fray Buelvas. Para demostrar la relación, se arrimaron los siguientes documentos:

1. Registro civil de nacimiento (fl. 120, cuaderno número 1).

2. Registro civil de nacimiento del hijo que tuvieron en común con el occiso (fl. 121, cuaderno número 1).

3. Testimonio del señor Guillermo Flórez, quien afirma que la demandante hacía vida marital con el difunto (fls. 152 y 153, cuaderno número 1).

4. Registro de defunción del señor Felipe Fray Buelvas (fl. 123, cuaderno número 1).

Los vistos documentos prueban la relación y dependencia económica de la actora con el difunto y por ello se le reconocerán perjuicios morales y materiales.

Los señores Lázaro Henry y Felipe Antonio Fray Flórez, reclaman perjuicios por la muerte de su padre Felipe Fray Buelvas. Para ello aportan registros civiles de nacimiento en los que se afirma que nacieron el 25 de diciembre de 1963 y el 21 de octubre del mismo año, respectivamente (fls. 121 y 122, cuaderno número 1). La anterior incongruencia resta credibilidad a los documentos aportados y como de las otras pruebas que obran en el proceso no se puede inferir el parentesco, a los citados actores no se les reconocerá ningún tipo de indemnización.

La señorita Rosa Erlinda Morales Ramos reclama perjuicios por las heridas sufridas en la tragedia de 20 de enero; para ello aporta su registro civil de nacimiento y los demás documentos que acreditan su pedido, por lo cual se le reconocerán perjuicios morales y materiales.

El señor Jorge Elías Salom Vergara, reclama indemnización por la muerte de su padre el señor Bernardo Salom Truaquero. Para ello aporta los siguientes documentos:

1. Registro civil de nacimiento (fl. 129, cuaderno número 1).

2. Registro civil de nacimiento del occiso.

3. Registro civil de defunción del señor Bernardo Salom Truaquero (fl. 131, cuaderno número 1).

Las pruebas relacionadas demuestran el parentesco y por lo tanto se condenará al pago de perjuicios morales. Los perjuicios materiales no podrán decretarse pues no existe prueba suficiente en el proceso de la dependencia económica del actor.

El señor Robinson Antonio Gómez Márquez reclama perjuicios por la muerte de su hermana María de los Angeles Gómez Márquez. El actor no aporta el certificado de defunción de la presunta occisa y por lo tanto no se le reconocerá ningún tipo de indemnización (ver fls. 134 a 140, cuaderno número 1).

El señor Nicolás Obispo Rivera Pabuena, reclama indemnización por la muerte de su madre María Cleofe Pabuena Velilla. Para ello aporta los siguientes documentos:

1. Registro civil de nacimiento (fl. 142, cuaderno número 1).

2. Registro civil de matrimonio de María Cleofe Pabuena con Salomón Rivera (fl. 144, cuaderno número 1).

3. Certificado de defunción de doña María Cleofe (fl. 144, cuaderno número 1).

De los anteriores documentos se deduce el parentesco del demandante con la víctima, lo que ocasionará la condena a perjuicios morales; los materiales no serán reconocidos porque de las pruebas aportadas no se infiere que la occisa al momento de su muerte tuviera algún oficio o profesión remunerada.

El señor Víctor Julio Viloria Anaya, reclama indemnización por la muerte de su hermano Domingo Viloria Anaya. Para ello aporta los siguientes documentos:

1. Registro civil de nacimiento (fl. 148, cuaderno número 1).

2. Registro civil de matrimonio de sus padres (fl. 149, cuaderno número 1).

3. Registro de defunción del señor Domingo Viloria Anaya (fl. 150, cuaderno número 1).

Los documentos aportados prueban el parentesco, lo que conducirá al decreto de condena por los perjuicios morales.

Los perjuicios materiales no le serán reconocidos al demandante, porque con las pruebas aportadas no se acreditó su dependencia económica del occiso.

Con fundamento en lo visto se declarará solidariamente responsable a la Nación y al Municipio de Sincelejo, de los perjuicios ocasionados a los actores con motivo de los hechos de 20 de enero de 1980. Para el efecto se tendrán en cuenta los criterios fijados en el capítulo III de esta providencia y además las siguientes bases:

1. Perjuicios morales.

Se reconocerá en gramos oro de acuerdo a los hitos jurisprudenciales y la condena será en concreto.

2. Perjuicios materiales.

Como no obran en el expediente los elementos necesarios para cuantiarlos, se condenará en abstracto para posterior liquidación, de acuerdo a lo previsto en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo siguiendo los fundamentos que a continuación se detallan:

A) El perjuicio comprenderá el lucro cesante y el daño emergente;

B) La indemnización tendrá en cuenta dos períodos a saber:

a) El vencido o consolidado, entre la fecha de ocurrencia de los hechos y la de la sentencia; b) El futuro entre la fecha de la sentencia y la edad probable de la víctima;

C) Se establecerá la edad de las víctimas y su probabilidad de vida;

D) Se deberá establecer el ingreso mensual de las víctimas al momento de fallecer y si ello fuere posible, se tendrá en cuenta el salario mínimo legal vigente para la época y lugar;

E) Las personas que reclaman por incapacidad, deberán comprobar el grado de ésta, si fue total o parcial, permanente o transitoria;

F) Se tendrá en cuenta que en el caso de víctimas de edad no útil para laborar, únicamente se reconocerán perjuicios morales;

G) Al calcular el ingreso de las personas fallecidas, se deberá tener en cuenta que el 25% de él se entiende como gastos para su propia supervivencia.

Anotación final.

Si bien es cierto el proceso parece mostrar una causalidad ocasional ya que existió una causa primera, eficiente, que por sí sola podría tomarse como productora del perjuicio, no lo es menos que en el fondo se produjo la concurrencia de fallas o culpas determinantes, de tal manera que bien pudo demandarse a uno solo de los culpables o a todos en forma solidaria.

Para corroborar este aserto basta observar el desarrollo de los hechos.

Los constructores de los palcos fueron los responsables iniciales. Construyeron mal, sin técnica alguna, con materiales usados y de baja calidad.

Pero esa construcción tenía que ser controlada y supervigilada por las autoridades municipales, a cuyo cargo estaba la organización de los festejos y corridas (el municipio y la junta).

Al no hacerlo, esa entidad incurrió en grave omisión y conformó con la construcción deficiente hecha por "los dueños" de los palcos, una concausa eficiente.

La autoridad policiva, a su turno, descuidó sus deberes de velar por la vida e integridad de los asociados y pese a conocer el estado de los palcos y la falta de control por parte de las autoridades municipales, nada hizo para evitar la tragedia que se anunciaba en forma elocuente. Se limitó a mirar, como consta en autos.

Fuera de esto, los organismos de salud tampoco hicieron nada para evitar la tragedia. Se dejaron contagiar por la irresponsabilidad circundante.

En suma, nadie quiso actuar correctamente. Con uno que lo hubiera hecho, es muy posible que nada habría pasado.

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

Falla:

1. La Nación colombiana y el Municipio de Sincelejo, solidaria y administrativamente, son responsables por omisión, de los perjuicios morales y materiales ocasionados a los demandantes con motivo de la catástrofe ocurrida el 20 de enero de 1980, en la plaza "Hermógenes Cumplido" de la ciudad de Sincelejo.

2. En consecuencia, la Nación y el Municipio de Sincelejo deberán cancelar por concepto de perjuicios morales a los actores, las cantidades equivalentes a pesos que a continuación se detallan:

A Jaime Arturo Bertel Martínez y Celia del Carmen Morales de Bertel mil gramos oro (1.000) a cada uno por la muerte de su hijo Fraudis Antonio Bertel Morales.

A Tirso Jaime, a Medis del Carmen, a Albeiro de Jesús, Roselis Elena, a Jaime David y Jorge Luis Bertel Morales, quinientos gramos oro (500) a cada uno por la muerte de su hermano Fraudis Antonio Bertel Morales.

A Prudencia Isabel Montes Rivera mil gramos oro (1.000) por la muerte de su hija Teresa de Jesús Santos Montes.

A Yadira Ceneth, Hugo Alfredo, Edith María, Margarita, Aída del Socorro y Margeli María Santos Montes quinientos gramos oro (500) a cada una por la muerte de su hermana Teresa de Jesús Santos Montes.

A Francisca Barón de Tous mil gramos oro (1.000) por la muerte de su esposo Eligio Eduardo Tous Gutiérrez.

A Eligio Eduardo Tous Barón mil gramos oro (1.000) por la muerte de su padre Eligio Eduardo Tous Gutiérrez.

A Orlina Tous de Rocha y a Sahara de Jesús Tous Gutiérrez quinientos gramos oro (500) a cada una por la muerte de su hermano Eligio Eduardo Tous Gutiérrez.

A Ignacio Lino Monterroza Romero y María Serafina Mendoza Chaid mil gramos oro (1.000) a cada uno por la muerte de su hija Claudia Monterroza Mendoza.

A Martha Cecilia, Yaneth del Socorro, Juvenal, Oscar Antonio y Víctor Manuel Monterroza Mendoza la cantidad de quinientos gramos oro (500) por la muerte de su hermana Claudia Monterroza Mendoza.

A los señores José de la Concepción o de la Ascención o José Mercado Suárez y Digna Rosa o Digna González la cantidad de mil gramos oro (1.000) a cada uno por la muerte de su hijo Juan Francisco Mercado González.

A José Lladino, Gladis del Carmen, Tulia Josefa y Minerva Rosa Mercado González la cantidad de quinientos gramos oro (500) por la muerte de su hermano Juan Francisco Mercado González.

A Angela Ayala Paternina un mil gramos oro (1.000) por la muerte de su hija Flor María Paternina Ayala.

A Luz Arneda, Eduardo Enrique y Betulia Rosa Paternina Ayala quinientos gramos oro (500) por la muerte de su hermana Flor María Paternina Ayala.

A Mariana Isabel Flórez Laza un mil gramos oro (1.000) por la muerte de su compañero permanente Felipe Fray Buelvas.

A Rosa Erlinda Morales Ramos doscientos gramos oro (200) por las lesiones causadas en su pie derecho.

A Jorge Elías Salom Vergara un mil gramos oro (1.000) por la muerte de su padre Bernardo Salom Truaquero.

A Nicolás Obispo Rivera Pabuena mil gramos oro (1.000) por la muerte de su madre María Cleofe Pabuena Velilla.

A Víctor Julio Viloria Anaya quinientos gramos oro (500) por la muerte de su hermano Domingo Viloria Anaya.

3. Los perjuicios materiales se reconocerán en abstracto y se liquidarán mediante el incidente previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil teniendo en cuenta las bases fijadas en la parte motiva de la presente providencia a las siguientes personas: Francisca Barón de Tous, Mariana Isabel Flórez Laza y Rosa Erlinda Morales Ramos.

4. El no pago de las cantidades fijadas en la sentencia por concepto de perjuicios morales ocasionará intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de dicho término. La falta de pago por concepto de perjuicios materiales ocasionará los mismos tipos de intereses pero a partir de la ejecutoria del auto que decida el incidente liquidatorio.

5. Los perjuicios materiales deberán actualizarse de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

6. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión de fecha 22 de abril de 1988.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. FALLA DEL SERVICIO POR OMISION.

Reiteración jurisprudencial sentada en la sentencia de marzo 30 de 1978. Expediente número 2304. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango y 16 de julio de 1980. Expediente número 10134. Actor: Estrada D. y Jaramillo Ltda. y Urbanización La Frontera Ltda.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., seis de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: 4314. Indemnizaciones. Actor: Julio César Ocampo Jaramillo. Demandados: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— y Ministerio de Defensa Nacional.

I

En ejercicio de la acción de reparación directa y por conducto de mandatario judicial, legalmente constituido, el señor Julio César Ocampo Jaramillo demandó al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— y a la Nación —Ministerio de Defensa Nacional—, para que previa la tramitación de ley, se hicieran en contra de los referidos centros de imputación jurídica las declaraciones y condenas que se precisan en la demanda.

El proceso fue rituado con sujeción a la normatividad vigente, y como no se observa causal de nulidad que vicie la actuación, se procede a proferir el fallo correspondiente, previas las consideraciones que más adelante se harán.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe a continuación lo pertinente de la misma. En ella se lee:

Petitum:

Fue concretado así:

"A. *Parte declarativa:*

"Declarar la responsabilidad del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— establecimiento público del orden nacional, y de la Nación colombiana (Estado) —Ministerio de

Defensa Nacional— por los daños y perjuicios causados al señor Julio César Ocampo Jaramillo por la falla o falta de servicio o de la Administración, determinada así: 1. Con relación al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— por la omisión en el cumplimiento de la sentencia inhibitoria proferida por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle) en el proceso de expropiación del predio La Sonora, mediante la cual se ordenó la restitución 'a los demandados del bien de que trata este proceso o a quien o quienes lo tenían antes de llevarse a cabo la entrega anticipada, con todas sus mejoras y anexidades'. 2. Con relación a la Nación colombiana (Estado) —Ministerio de Defensa Nacional— por la omisión en el cumplimiento de sus funciones en la prestación del servicio público de policía.

"Como consecuencia de la declaración anterior, esa honorable Corporación se servirá pronunciarse sobre las siguientes:

"B. *Condenas:*

"Condenar al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— establecimiento público del orden nacional y a la Nación colombiana (Estado) —Ministerio de Defensa Nacional— a reconocer y pagar la indemnización debida o consolidada al señor Julio César Ocampo Jaramillo, dentro de los treinta días siguientes, de conformidad con los artículos 121 y 122 de la Ley 167 de 1941 (C. C. A.) desde la fecha en que se inició la falla o falta del servicio o de la Administración hasta la del probable cumplimiento del fallo que recaiga sobre esta demanda, y la indemnización futura o anticipada, como a continuación se discriminan:

"1. *Indemnización debida o consolidada:*

"Condenar al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— establecimiento público del orden nacional, y a la Nación colombiana (Estado) —Ministerio de Defensa Nacional— a reconocer y pagar al señor Julio César Ocampo Jaramillo la indemnización debida o consolidada por concepto de daño emergente y lucro cesante desde el momento en que se inició la falla o falta del servicio o de la Administración como causante de los perjuicios hasta la fecha probable del cumplimiento del fallo que recaiga sobre esta demanda, la suma de treinta millones de pesos moneda legal ($ 30.000.000.00) o lo que corresponda por lo que hubiere podido reportarle, como beneficio medio, la explotación del predio o lo que se fije mediante peritos y se pruebe en el proceso. Los valores correspondientes a los conceptos anteriores serán debidamente actualizados en el momento del fallo.

"2. *Indemnización futura o anticipada:*

"Condenar al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— establecimiento público del orden nacional, y a la Nación colombiana (Estado) —Ministerio de Defensa Nacional— a reconocer y pagar al señor Julio César Ocampo Jaramillo, como

indemnización futura o anticipada, una suma mensual por concepto del lucro cesante que sufra el mencionado señor, correspondiente al beneficio medio que pueda reportarle la explotación del predio La Sonora que legalmente posee o lo que se fije mediante peritos y se pruebe en el proceso, mientras subsita la falla o falta del servicio o de la Administración después de terminado el presente juicio con sentencia condenatoria, hasta cuando cese la misma o sea hasta la fecha en que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— cumpla efectivamente el fallo proferido en su contra por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle) en el sentido de restituir el bien de que trata esta demanda. La anterior indemnización debe ser promediada mensualmente y sus valores debidamente actualizados, de acuerdo con las estadísticas oficiales respecto a la tasa de inflación.

"En el evento que esa honorable Corporación considere que no están demostrados los perjuicios, se servirá señalar las bases para que se liquiden, de conformidad con los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

"Subsidiariamente condenar al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— a reconocer y pagar al señor Julio César Ocampo Jaramillo la indemnización debida o consolidada y la futura o anticipada conforme se discriminó en las peticiones anteriores.

"Subsidiariamente condenar a la Nación colombiana (Estado) —Ministerio de Defensa Nacional— a reconocer y pagar al señor Julio César Ocampo Jaramillo la indemnización debida o consolidada y la futura o anticipada conforme se discriminó en las peticiones anteriores".

Causa petendi:

Los hechos que sirven de apoyo a las pretensiones del demandante se recogen a través de la siguiente literatura:

"*PRIMERO*. Por medio de la Resolución número A-0247-YP de 11 de junio de 1969, emanada de la Dirección del Proyecto Pereira del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— se dispuso adelantar el procedimiento preceptuado en el artículo 59 *bis* de la Ley 135 de 1961 y en el artículo 22 del Decreto reglamentario número 719 de 1968, tendiente a establecer plenamente la existencia de pequeños arrendatarios, aparceros o similares en la finca denominada La Sonora, ubicada en jurisdicción del Municipio de El Cairo, Departamento del Valle del Cauca, y de propiedad de los herederos del señor José J. Zuluaga Gómez y María Mejía de Zuluaga.

"*SEGUNDO*. En sujeción a la Resolución precitada se llevaron a cabo las diligencias administrativas exigidas por la ley hasta culminar con la expedición de la Resolución número 03741 de 13 de agosto de 1975, por parte de la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— y aprobada por medio de la Resolución número 138 de la misma fecha por

la Junta Directiva de la misma entidad, por medio de la cual se decretó la expropiación del predio La Sonora, ubicada en jurisdicción del Municipio de El Cairo, Departamento del Valle del Cauca.

"*TERCERO.* Los propietarios no ejercieron dentro del término legal el recurso o derecho de la consulta ante el Tribunal Administrativo competente, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 1576 de 1974, reglamentario de la Ley 135 de 1961, numeral 3º, inciso 2º.

"*CUARTO.* El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— por medio de apoderado instauró demandas de expropiación ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle) contra Heriberto Cardona, Julián Zuluaga Mejía, Hernando Zuluaga M., Alberto Zuluaga M. y Blanca Inés Zuluaga de Buitrago, pidiendo que se *decretase* la expropiación por causa de utilidad pública e interés social de parte del predio rural denominado La Sonora, ubicado en el Municipio de El Cairo, de propiedad de María Mejía de Zuluaga, Hernando Zuluaga Mejía, Heriberto Cardona Restrepo, cuyos linderos generales, tomados del Certificado de Libertad y Tradición número 776, son los siguientes: 'Del nacimiento de la quebrada La Sonora, ésta aguas abajo en lindero con predios de David Muñoz Gallego, Azael Borja y sucesores de Antonio López, hasta la confluencia con la quebrada de Las Golondrinas; ésta aguas arriba, hasta una cerca de alambre, lindero con predio de Guillermo Gómez Toro, antes de Esnoraldo García, por esta cerca en línea recta a la quebrada del Purgatorio y ésta aguas arriba lindando con predios de los mismos Guillermo Gómez Toro, José A. Arias y otro hasta su nacimiento en la Serranía de Morrón lindero con predios de José Abel Giraldo, Manuel S. Tabares y David Muñoz, hasta los nacimientos de la quebrada de La Sonora, punto de partida. El inmueble que se expropia tiene una extensión de cuatrocientas diez (410) hectáreas, dos mil ochocientos veinticinco metros (2.825) cuadrados y según los planos números R-00372 y 99-373 levantados por el INCORA, sus linderos especiales son: NOROESTE y NORTE, con NN del punto 45 al 46 en 574 metros, con José Tabares, punto 46 a 48 en 645 metros, con camino real punto 48 a 50 en 326 metros con José A. Ramírez, punto 50 a delta 52, en 385 metros con Alberto Corrales del delta 52 al delta 63, en 322 metros con camino real del delta 63 al delta 90 en 672 metros con David Muñoz, del delta 90 al punto 51 en 354 metros y con quebrada El Presidio punto 51 al 55. ORIENTE con quebrada El Presidio puntos 55 al 3. SURESTE con zona de exclusión, punto 3 al 22. SUR con quebrada Golondrinas puntos 22 al 25. SUROESTE con Guillermo Gómez, puntos 25 al 30 en 748 metros con quebrada Bella Vista, punto 30 a 32 en 3328 metros con José Quinceno, punto 43 a 44 en 22 metros y con Guillermo Gómez, puntos 44 a 45, en 774 metros'.

"*QUINTO.* La entidad demandante, Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— solicitó igualmente en la de-

manda la entrega anticipada del bien, cuya expropiación se pretende, el evalúo respectivo, la inscripción de la demanda en la Oficina de Registro respectiva y el registro de la sentencia.

"*SEXTO.* Admitida la demanda, el Despacho del señor Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle) decretó la entrega anticipada del predio La Sonora a la entidad demandante, Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— entrega que se cumplió de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil.

"*SEPTIMO.* Durante la diligencia de entrega hizo oposición el señor Julio César Ocampo Jaramillo, quien por intermedio de apoderado y en tiempo hábil promovió el correspondiente incidente con el fin de que fuera reconocido en calidad de poseedor material y propietario de unas mejoras establecidas y planteadas en el predio rural denominado La Sonara, ubicado en jurisdicción del Municipio de El Cairo, Valle del Cauca.

"*OCTAVO.* Tramitado el incidente y de conformidad con la ritualidad procesal, el despacho del señor Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle) resolvió: '1º *Reconócese* al señor Julio César Ocampo Jaramillo su condición de poseedor material del lote de terreno denominado Las Guacas, que forma parte del predio La Sonora, que está alinderado así: Por el costado occidental con la quebrada El Purgatorio; por los costados Norte y Oriente con potreros de la misma hacienda La Sonora (La Palma) y por el Sur, con rastrojeras incultas de la misma finca La Sonora. Dicho lote tiene una extensión aproximada de cuarenta y ocho (48) hectáreas compuesto de cultivos de caña en su mayor parte (32 Hs.), pastos yaragua (potrero La Hacienda de 15 Hs.), café caturro y plátano en producción (1 Ht.), tres (3) casas de habitación, una principal de dos plantas ocupada por Luis Horacio Zapata Arias y las otras dos desocupadas y un (1) establecimiento o trapiche para la explotación y elaboración de panela con su correspondiente ramada, calderas, horno, pozos guaraperos, tanque para aprovisionamiento de agua y un motor marca Diessel de 16 caballos de fuerza, una planta eléctrica marca Onan, demás componentes y anexidades.

" '2º Como consecuencia del punto anterior se *reconoce* al señor Julio César Ocampo Jaramillo su derecho de ser indemnizado por el derecho de posesión material y mejoras existentes en el lote de terreno descrito en el punto primero.

" '3º *Decrétase el avalúo de la indemnización* que corresponde al señor Julio César Ocampo Jaramillo. Para los efectos de la designación por sorteo de peritos avaluadores se fija como fecha la del día martes veintisiete (27) del presente mes y año, a las nueve (9) de la mañana.

" '4º *Deniégase* el reconocimiento del derecho de retención sobre el mismo predio y mejoras suplicado por el apoderado del incidentista'.

"*NOVENO.* Tramitado el proceso de expropiación de conformidad con lo previsto en el título XXIV del Código de Procedimiento Civil, el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle) profirió sentencia inhibitoria (número 124) con fecha 12 de diciembre de 1980, la cual quedó ejecutoriada con fecha 4 de febrero de 1981 y mediante la cual el mencionado despacho judicial resolvió:

"*Primero: Inhibirse de fallar* la expropiación demandada en el fondo.

"*Segundo:* Ordénase que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, restituya a los demandados el bien de que trata este proceso a quien o a quienes lo tenían antes de llevarse a cabo la entrega anticipada, con todas sus mejoras y anexidades.

"*Tercero: Condénase* al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) al pago de los perjuicios, a los demandados o a quien tenía la posesión o tenencia del bien, y que se hubieren causado con la entrega anticipada, entrega que deberá hacerse en la forma prevista por el artículo 459 del Código de Procedimiento Civil.

"Los perjuicios se tasarán o liquidarán en la forma indicada en el artículo 308 del Código citado y se pagarán preferentemente en la forma señala por el artículo 459 atrás mencionado.

"*Cuarto: Decrétase* la cancelación del registro de la demanda. Dése cuenta de ésta medida al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Círculo para que se sirva cancelar lo que se le comunicó por Oficio número 347 de fecha 1º de septiembre de 1976, anotada en el Libro Demandas, Tomo II, Folio 17, Partida 13, Matrículas números 806, 807, 808 y 809, Folios 135, 136, 137 y 138, Tomo 109, Matrícula número 162, Folio 5, Tomo II. El Cairo.

"*Quinto: Condénase* en las costas del proceso a la entidad demandante".

"*DECIMO.* A partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia de que trata el numeral anterior, se ha producido una falla o falta en el servicio por parte del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— por cuanto esta entidad ha incurrido en omisión de sus funciones al no obedecer lo dispuesto por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle).

"*DECIMOPRIMERO.* En septiembre de 1982 el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle) en sujeción a lo dispuesto en el punto 2º de la sentencia inhibitoria, en el sentido de restituir a los demandados el bien de que trata el proceso de expropiación o a quien o quienes lo tenían antes de llevarse a cabo la entrega anticipada, con todas sus mejoras y anexidades, y a petición de los herederos de María Mejía de Zuluaga, libró el

Despacho Comisorio número 214 de ese mes con destino al Juez Civil de El Cairo (Valle), a efecto de que practicara la diligencia de restitución o entrega del predio, como se dijo antes.

"*DECIMOSEGUNDO*. En cumplimiento del Despacho Comisorio mencionado en el hecho anterior, el Juzgado Civil Municipal de El Cairo (Valle) señaló como fecha para el cumplimiento de la diligencia ordenada el diecinueve (19) de octubre de 1982 y requirió por medio del Oficio número 154 los servicios del Comando de Policía de la localidad con el fin de que prestaran los auxilios pertinentes propios de su competencia. Estando dentro de los términos de la hora judicial señalada para llevar a cabo la diligencia, el Juez comunicó a los interesados que era imposible realizarla por cuanto carecía de apoyo de la Policía, en vista que el Comando por medio del Oficio número 0143 de octubre 19 de 1982 y por consideraciones relacionadas con el orden público y social concluyó: 'Por razones de seguridad tengo que negarme a prestarle la ayuda requerida'. Ante esta situación, el Juzgado Civil Municipal de El Cairo se vio obligado a devolver el Despacho Comisorio sin diligenciar al Juzgado de origen.

"*DECIMOTERCERO*. A partir de 19 de octubre de 1982 la Nación colombiana (Estado) —Ministerio de Defensa Nacional— ha incurrido en falla o falta del servicio o de la administración por negarse a prestar el servicio público de policía para ejecutar la sentencia del Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle) en la cual se ordenaba la restitución del predio La Sonora a sus propietarios o poseedores, causando perjuicio a mi poderdante, señor Julio César Ocampo Jaramillo por cuanto al no obtener la restitución se le ha privado del goce del predio sobre el cual tiene legítima posesión.

"*DECIMOCUARTO*. Pese a que se agotaron todos los procedimientos legales por parte de lo interesados para que se diera cumplimiento a lo ordenado en la sentencia inhibitoria proferida por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle) en el sentido que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— restituyera el predio La Sonora que por entrega anticipada, decretada en el proceso de expropiación esta entidad había adjudicado a campesinos aparceros, el Instituto continuó obstinado en omitir el cumplimiento de sus funciones en el sentido de obedecer la sentencia referida, y tampoco ha mostrado hasta la fecha interés alguno en llegar a un avenimiento con las personas propietarias o poseedoras del predio La Sonora, con el fin de reparar el daño ocasionado en el goce de su propiedad.

"*DECIMOQUINTO*. Como consecuencia de la falla o falta del servicio por parte del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— y de la Nación colombiana (Estado) —Ministerio de Defensa Nacional— mi poderdante, señor Julio César Ocampo Jaramillo, ha sufrido daños en su propiedad, por cuanto ha sido despojado de su legítima posesión del predio La Sonora por terceros (37 aparceros campesinos con sus familias), quienes lo han ocupado en forma permanente desde la diligencia de entrega anticipada, puesto que fueron llevados allí por el Instituto y

permanecen en el predio mencionado hasta el presente, ocasionándole con ello enormes pérdidas al señor Ocampo Jaramillo en la explotación del bien, que se estiman así: Explotación en forma adecuada de 32 hectáreas de caña de primera calidad que producían anualmente 2.560 cargas de panela de 10 arrobas cada una; explotación de una hectárea de café y explotación de 300 hectáreas de pastos con ganados recibido de terceros, es decir, arriendo de los pastos".

II

Alegato de bien probado del apoderado de la parte actora:

A folios 125 y siguientes del cuaderno número 1, aparece el escrito presentado por el Procurador Judicial de la parte demandante, en el cual hace las valoraciones jurídicas y fácticas respecto de las circunstancias legales, generales y particulares del caso. En lo sustancial del mismo se destaca:

"1º *La falla o falta del servicio o de la Administración:* El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— y la Nación colombiana —Ministerio de Defensa— (Policía Nacional) son entidades de derecho público, en otros términos, participan del concepto genérico de *autoridades* y su razón de ser institucional está prevista en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Ejercen funciones de Policía y en tal virtud son las encargadas de proteger la vida, honra y bienes de los asociados en igualdad de condiciones. Los gobernados, todos sin excepción, tiene el derecho de recibir protección y garantía para el ejercicio pleno de sus derechos subjetivos. A *contrario sensu,* soportan el deber de la igualdad, ante las cargas públicas. Así lo ha precisado la honorable Corte Suprema de Justicia:

" 'El artículo 16 de la Carta trata genéricamente de las autoridades, a las cuales se encarga la protección de la vida, honra y bienes de los habitantes, y es obvio que la norma no se refiere exclusivamente a las autoridades judiciales, que ordinariamente actúan sólo sobre hechos ya ocurridos, para declarar o restablecer el derecho o imponer pena por su violación, sino que alude también a éstas otras autoridades, las ejecutivas y dentro de éstas la de Policía, que cumplen una tarea preventiva urgentemente exigida, coercitiva en su forma, la más eficaz por ejemplo, para la debida protección de la vida, porque cuanto ésta se pierde, lo que compete al Juez ya no es protegerla, propiamente, sino castigar a quien de ella privó a otro' (Fallo de abril 9 de 1970, Magistrado ponente: Doctor Hernán Toro Agudelo. G. J. Tomo CXXXVII *bis,* número 2338 *bis,* pág. 90).

" 'El artículo 16 de la Constitución define la razón del Poder Público y las metas de su ejercicio. Es una concreción afortunada de lo que es o debe ser el Estado moderno, hondamente preocupado por crear la seguridad social. Sus fundamentos democráticos indican que la protección y garantía deben darse

a todos por igual, sin posible discriminación, ni menos respecto del sostenimiento común de las cargas fiscales' (Fallo de junio 14 de 1969, Magistrado ponente doctor Eustorgio Sarria. G. J. Tomo CXXXVII, número 2338, pág. 155).

"Así pues, llevado a cabo el proceso de expropiación por parte del INCORA sobre el predio 'La Sonora' en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartago, éste dictó sentencia inhibitoria y, como consecuencia de ello, ordenó restablecer el derecho, como se ha probado plenamente en este proceso, en el sentido de restituir el bien y, en el caso *sub lite*, la posesión material de las mejoras a Don Julio César Ocampo Jaramillo. En otros términos, ordenó volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la diligencia de entrega anticipada del bien, llevada a cabo en el proceso expropiatorio. La función del Juez, además de ser jurisdiccional, es policiva en la forma como se manifiesta en la sentencia, conforme lo ha precisado la honorable Corte Suprema de Justicia. Gabino Fraga dice al respecto:

" 'Y en efecto, cuando el Estado decide jurisdiccionalmente un conflicto de derecho no se limita a determinar si éstos existen, sino que además, como consecuencia del reconocimiento de su existencia, provee al respecto de ellos por medio de un acto emanado de la voluntad, acto que, aunque realizado dentro de las normas legales, produce una modificación en el orden jurídico, puesto que hace concreta y actual la garantía jurídica que en términos abstractos consagra la ley para los derechos de la naturaleza del que está a discusión...' ('Derecho Administrativo', Edit. Porrúa S. A., México, 1978, pág. 47).

"El INCORA, por su naturaleza de entidad de derecho público o autoridad de la Rama Ejecutiva, estaba obligado a proteger el goce del patrimonio económico representado en la posesión material del bien por parte del señor Julio César Ocampo Jaramillo.

"Estaba y está obligado, además, a cumplir lo dispuesto por el Juez 2º Civil del Circuito, conforme lo prevén los artículos 331 y 335 del Código de Procedimiento Civil. Es éste uno de los principios basilares de nuestra organización jurídica. La Nación —Ministerio de Defensa— (Policía Nacional) estaba también obligada a auxiliar al Juez Civil de El Cairo en el cumplimiento de la diligencia de ejecución de la sentencia, en el sentido de restituir el bien o la posesión material de las mejoras a Don Julio César Ocampo. No puede el cuerpo de Policía rehusar el cumplimiento de sus funciones, pretextando razones de seguridad y de orden público, pues ella está instituida para preservarlo y restablecerlo donde fuere turbado. Por la omisión en que incurrieron las dos entidades demandadas, se presenta una responsabilidad directa atribuible a ellas en su modalidad de falla o falta del servicio, por lo cual deben ser condenadas a indemnizar a mi poderdante. Francis Paul Benoit dice:

" 'Una indemnización fue concedida a un propietario rústico al cual se había negado por motivos de interés general, el con-

curso de la fuerza pública necesaria para la ejecución de una decisión de expulsión a ocupantes sin título; la indemnización se justifica mediante la idea de que la carga resultante de esta negativa no incumbía normalmente a la víctima, es decir, mediante la idea del «daño normal», ya utilizada desde casi un siglo en materia de daños causados por las obras públicas...' ('El Derecho Administrativo Francés'. Edit. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, pág. 832).

"Para el caso *sub júdice no es aplicable* la tesis que ha sostenido el honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, en otros, en sentencia de julio 16 de 1980. Expediente número 10134, Consejero Ponente Jorge Dangond Flórez, Actor Estrada D. y Jaramillo E. Ltda., y Urbanización la Frontera Ltda., y en sentencia de septiembre 4 de 1986, Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta, Expediente número 4201. Actor: María Victoria Morales de Sussman, en el sentido de que para poder deducir responsabilidad de la Administración 'por falla del servicio, es imperativo demostrar que se demandó la protección policiva en ejercicio del derecho subjetivo consagrado en la ley y que la autoridad competente, ante la querella formalizada rehusó en forma inexcusable la prestación de la protección del servicio, causando daño con su actitud pasiva'. Aquí la protección policiva fue requerida directamente por el Juez Civil Municipal de El Cairo, y la orden de restituir el bien fue impartida al INCORA por parte del Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago, como resultante de un proceso de expropiación en el cual el señor Julio César Ocampo Jaramillo fue parte interesada y en ese proceso formuló las peticiones e interpuso los recursos que la ley procesal preveía. No era de su resorte pedir al INCORA el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia y la protección del cuerpo de policía para la ejecución de la misma, puesto que eso lo hizo el Juez en ejercicio de su función policiva y, como ya se dijo, para restablecer el derecho que fue objeto de un proceso.

"Para despejar equívocos respecto al caso *sub júdice*, reitero la cita que hice en la demanda del fallo de diciembre 17 de 1982, Expediente número 2686. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo, Actor: David Calderón Rojas:

" 'No puede olvidarse que el fenómeno de la ocupación sólo se da cuando es la Administración, en una cualquiera de sus manifestaciones, la que ocupa la propiedad inmueble ajena, bien en forma permanente o bien transitoriamente, por causa o con motivo de un trabajo público. En ambas hipótesis se impide al titular el goce de su derecho de propiedad, con diferente intensidad desde el punto de vista temporal.

" '... ... ...

" 'Pero existen casos de ocupación que requieren un enfoque diferente. Ya ésta no se produce por la entidad pública con ocasión de una obra o trabajo público, sino que la entidad pública por acción u omisión permite, facilita o hace posible que obra persona diferente entre a detentar el bien. Aquí, esa conducta de

la Administración puede comprometer su responsabilidad si se cumple por fuera del ordenamiento, como constitutiva de una falla del servicio o por implicar el rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas.

" 'En otros términos, si la Administración recibe el inmueble y no lo incorpora a su patrimonio fiscal o a los bienes de uso público, sino que lo entrega, sin poder para ello, a terceras personas para que se beneficien de él, se tipifica una conducta que compromete la responsabilidad estatal y que permite al titular del derecho lesionado solicitar la indemnización, igual consecuencia se produce cuando la ocupación del tercero se debe precisamente a la omisión de la Administración en cumplir los deberes de protección que requería el titular del derecho.

" 'En las hipótesis vistas el perjuicio se produce bien por acción u omisión de las autoridades públicas.

" 'En los casos en que los particulares ocupen la propiedad privada a instancia de la Administración o por su tolerancia, el titular del derecho vulnerado tiene diferentes clases de acciones: Unas frente a los ocupantes (lanzamiento policivo por ocupación de hecho en primer término; posesorias o reivindicatorias, luego); y otra frente a la Administración, de sentido indemnizatorio, y por el incumplimento del deber de protección que le debió brindar.

" 'Visto el hecho fundamental planteado en la *litis* (El INCORA recibió provisionalmente parte de la finca La Esmeralda que venía en proceso de adquisición, y la entregó a los campesinos de la región quienes constituyeron para su explotación una empresa comunitaria) puede afirmarse que el asunto ni técnica ni jurídicamente es de ocupación permanente sino de responsabilidad extracontractual puro y simple.

" 'El INCORA inició un proceso de adquisición del inmueble La Esmeralda y cumplió sus trámites como operación administrativa hasta la expedición del acto de expropiación; el que sometido a consulta ante el Tribunal Administrativo del Huila fue declarado sin efectos'.

"El caso *sub júdice* es similar a la providencia precitada, puesto que el INCORA recibió en forma provisional el predio en la diligencia de entrega anticipada, y a su vez se lo entregó a campesinos para su explotación, y al terminar el proceso de expropiación con fallo inhibitorio el Juez ordenó al INCORA restituir el bien a sus dueños o poseedores. Al hacer caso omiso el INCORA de esa orden, se presenta el fenómeno de la falla del servicio y su consiguiente responsabilidad extracontractual. El acto de restitución que debió cumplir el INCORA *era un imperativo*.

"2º *El daño o la lesión resarcible:*

"Es principio aceptado en la doctrina y la jurisprudencia que la responsabilidad debe producir lesión patrimonial para poder ser indemnizable. El daño o lesión resarcible es definido así por la doctrina:

" 'Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo...' (Arturo Alessandri Rodríguez, 'De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil', Edt. Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1971, pág. 210).

"Y para el profesor Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, la lesión resarcible es:

" 'Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea *antijurídico*, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuricidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre *no tenga el deber jurídico de soportarlos* (antijuricidad objetiva)' (Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1981, págs. 337-338).

"Y el principio universal formulado por Ulpiano:

" '*«Damnum pati videtur, qui commodum amittit, quid consequi poterat»* (Se considera que sufre daño el que pierde el provecho que podía obtener).

" 'Mi poderdante, señor Julio César Ocampo Jaramillo, ha sido privado de su derecho por parte del INCORA, pues esta institución le ha impedido, desde la fecha de ejecución de la sentencia y seis días después, la explotación económica del bien sobre el cual se le reconoció posesión material de unas mejoras, como quedó plenamente probado en el proceso. Ha venido sufriendo un daño cierto, es decir, real, efectivo, futuro, puesto que de no existir este daño, mi poderdante estuviera gozando de mejor situación económica. La individualización como requisito del daño se da plenamente en el caso *sub lite*, puesto que se concreta en la explotación económica que ha dejado de hacer mi poderdante del predio sobre el cual tenía posesión material, como y además ha venido soportando una carga que no es común a los asociados, dándose así el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas. «Fundamento teórico que justifica igualmente la obligación indemnizatoria a cargo del Estado y a favor de los administrados cuando les exige a estos una carga excepcional en provecho o beneficio de las demás personas integrantes del grupo social».

" 'El principio de igualdad frente a las cargas públicas que es desarrollo del principio de igualdad frente a la ley es hoy fundamental en el derecho constitucional de los pueblos civilizados, como principio general de derecho que es' (Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de abril 11 de 1978, Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 1567, Tomo XCIV, números 457 y 458, págs. 541-42).

"La falla o falta del servicio producida por el INCORA y la Nación (Policía Nacional) ha producido una *capitis deminutio*

en mi poderdante, consistente en la disminución de su patrimonio económico. No sobra agregar que la injusticia cometida, tanto en el proceso de expropiación, en el cual mi poderdante no fue indemnizado por la entrega anticipada, como con posterioridad al fallo, por la no restitución de la posesión material de su bien por parte de la Administración, está plenamente probada en este proceso. Véase, por ejemplo, que el globo de terreno alinderado en la diligencia de entrega anticipada tenía 300 hectáreas de pastos, 32 de caña y 1 de café, para un total de 333 hectáreas pero sucede que de esas 333 hectáreas inexplicablemente el Juez sólo reconoció 48 hectáreas como posesión del señor Ocampo Jaramillo, alinderadas en el segundo lote, es decir, las 32 de caña, una de café y 15 de pasto. Esto fue plenamente verificado en la diligencia de inspección judicial practicada por esa honorable Corporación. De contera, el despojo de que fue objeto mi poderdante se hizo el 15 de septiembre de 1976, hace 122 meses, y la evaluación hecha por los peritos sólo comprende un período de 69 meses, es decir, a partir de 11 de febrero de 1981; en otros términos, lo que es objeto de este proceso de reparación directa. Lo anterior muestra en forma ostensible el daño antijurídico padecido por mi poderdante.

"3º *Relación de causalidad:*

"Dice el profesor Karl Larenz:

" 'Para poder reclamar una indemnización a otra persona por el daño sufrido se necesita una causa en virtud de la cual pueda hacerse responsable del daño. La causa puede ser que el daño se ha producido al realizar un acto prohibido por el Derecho y, por tanto, antijurídico, ejecutado interviniendo culpa' (Derecho Justo, Edit. Civitas S. A., Madrid, 1985, págs. 114-115).

"En el caso *sub lite* no cabe hesitación alguna que entre el hecho que origina la falla o falta del servicio o de la Administración y el daño o la lesión resarcible sufrida por mi poderdante existe *una relación de causalidad.* Se da ésta por cuanto la omisión del INCORA en el ejercicio de sus funciones y la de la Nación (Policía Nacional) al no prestar el servicio público de policía para que se restituyera el bien por parte del INCORA a mi poderdante y poner fin así a la lesión que estaba éste padeciendo a causa de la omisión en que ya había incurrido la primera entidad de las demandadas, es causa directa y necesaria del daño, puesto que si ambas entidades hubieran cumplido con sus funciones para las cuales fueron instituidas y que son su razón de ser por principio constitucional, en primer término, y si además hubieran dado cumplimiento, en segundo término, el INCORA a la orden impartida por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago de restituir el bien con sus mejoras a mi poderdante, y la Nación (Policía Nacional) a prestar el apoyo requerido por el Juez Civil Municipal de El Cairo para llevar a cabo la diligencia de restitución que ordenaba la sentencia, el daño o la lesión resarcible en mención no se hubiera producido y no se hubiera quebrantado la paz jurídica. La teoría de la equivalencia de las condiciones que, para mi concepto, debe ser aplicada en este caso, considera

que cuando las causas son concurrentes o sucesivas, cualquiera de ellas puede ser señalada como causa del daño, puesto que tanto por parte del INCORA como por parte de la Nación —Ministerio de Defensa— (Policía Nacional— concurrieron los hechos que tipificaron la falla o falta del servicio, ya sea que el hecho de la primera sea tomado como mediato y el de la segunda como inmediato, lo cierto es que ambos son elementos necesarios y directos del daño o lesión sufrida por mi poderdante. Y repito: De no haberse dado tales hechos, el daño no se hubiera producido.

"Como puede apreciarse en forma ostensible, en el caso *sub júdice* concurrieron los presupuestos exigidos por la jurisprudencia reiterada de esa honorable Corporación y resumidos en este libelo, para que se declare la responsabilidad extracontractual de la Administración y la consecuente condena a indemnizar a mi poderdante por el daño sufrido. Con todo respeto, honorable Consejero ponente, manifiesto a usted, que he procurado hacer todo lo posible para que, parafraseando a Shakespeare, no quede un resquicio donde se deslice la duda de que Don Julio César Ocampo Jaramillo tiene derecho a que se le haga justicia en un país donde todavía queremos preservar las instituciones del Estado de Derecho. Por no existir vicio que invalide el proceso, solicito se falle de fondo en los términos pedidos en la demanda".

III

Alegato presentado por la apoderada del Ministerio de Defensa —Policía Nacional—:

Obra a folios 141 y siguientes del cuaderno número 1 y en él se destaca:

"En el *sub júdice*, la presunta falla del servicio en que incurrió la Nación (Policía Nacional), se hace consistir en lo siguiente:

"El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle), comisionó al Juzgado Civil Municipal de El Cairo (Valle), con el objeto de que practicara la diligencia de entrega del inmueble rural denominado La Sonora.

"Con el objeto de practicar la mencionada diligencia; el Juzgado comisionado, mediante Oficio número 154 de octubre 19 de 1982, requirió al comandante de la Estación de Policía de El Cairo (Valle), con el objeto de que enviara un mínimo de 4 agentes que la acompañaran a la práctica de la diligencia en cuestión (fl. 128, cuaderno número 3).

"El Comandante de la Estación de Policía de El Cairo (Valle) le contestó mediante Oficio número 0143 de octubre 19 de 1982 manifestándole que dada la complejidad que implicaba la diligencia de entrega del predio la señora (sic), cuatro agentes de policía se hacían insuficientes ya que existían 33 ó 34 aparceros. En tal razón, el Comandante sugirió que se solicitaran refuerzos poli-

ciales a Cartago, toda vez que el mencionado desalojo implicaba un problema grave de orden público (fls. 130 y 131, cuaderno número 3).

"Precisamente la no prestación del servicio de vigilancia de policía para el 19 de octubre de 1982, es el punto de falla del servicio de la Nación (Policía Nacional), dentro del negocio de la referencia.

"Se dice en la demanda que la no entrega del predio La Sonora el día en mención, precisamente por la no asistencia de la Policía, acarreó al actor ingentes perjuicios, que hoy se reclaman.

"No obstante lo anterior al folio 162 vuelto del cuaderno 3 aparece la diligencia de entrega del predio La Sonora realizada el día 19 de octubre de 1982 durante la cual la Juez transcribe el Oficio 0143 del Comando del puesto de Policía ya analizado y el doctor Iván Ocampo De La Pava, apoderado del señor Julio César Ocampo Jaramillo actor dentro del presente proceso presenta memorial (fls. 166 y 167, cuaderno 3) que en algunos de sus apartes textualmente dice:

" '...En estas condiciones, señor Juez, mi mandante *se abstiene* de participar en la diligencia que su despacho va a cumplir, pues resulta claro que *carece de relevancia jurídica y de verdadero interés*. Repito que mi mandante no está dispuesto a precipitar un desalojo violento de los actuales tenedores de la finca La Sonora. Y que estará dispuesto a recibirla, una vez que el Incora haya solucionado el problema de los aparceros y sus familias.

" 'Noveno: Todo lo anterior tiende a demostrar al Juez comisionado la inutilidad de la diligencia, por la imposiblidad de orden práctico de su realización y consumación.

" '.....

" 'Por las anteriores razones nos abstenemos de *participar* en la diligencia a que se contrae la comisión' (Subrayas mías).

"Por tales motivos, la diligencia de entrega fue suspendida.

"Como puede observarse, así la Policía se hubiese hecho presente en la diligencia de entrega, el hoy actor no habría participado en la misma, por las razones expuestas en el memorial analizado.

"El día en cuestión (octubre 19 de 1982), todos eran conscientes del problema de orden público que tal entrega significaba tal como lo señaló la Policía en su oficio.

"En ningún momento hubo, por parte de la Policía Nacional, falla del servicio por omisión, como lo hace aparecer la parte actora.

"Es más, así el señor Julio César Ocampo Jaramillo hubiese participado en la diligencia de entrega, no habría falla omisiva

del servicio por parte de la Institución, toda vez que, siendo la función de la Policía, por precepto constitucional, la defensa de la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia, precisamente estaba desarrollando tal principio, evitando males peores, que en ese preciso día, la institución no estaba en posibilidad de sortear, por carencia de personal suficiente.

"Si la Policía hubiese cometido la imprudencia de actuar en la diligencia de entrega, estaríamos hoy, frente a hechos totalmente diferentes y por lo demás, lamentables, que habrían enlutado un sin número de familias, para vergüenza del país y de sus instituciones.

"Pero, analizando la falla del servicio planteada, frente a la prueba aportada, aparece, cristalina, la circunstancia incontrovertible de que no existe la misma, toda vez que el actor manifestó, mediante memorial, que solamente recibiría el predio en el momento en que el INCORA solucionara el problema de los aparceros y sus familias, solución que no estaba dada el día 19 de octubre de 1982, fecha en que la Policía, por razonados temores de orden público y social, no se hizo presente.

"Así las cosas, es claro que ni la falla del servicio ni el daño alegado existen, motivo por el cual no puede haber condena a cargo de la Nación —Policía Nacional—.

"Perjuicios materiales.

"Al estudiar este extremo de la pretensión, conviene tener en cuenta la providencia proferida por el honorable Tribunal Superior de Buga de agosto 12 de 1983 y que reposa a los folios 178 y siguientes del cuaderno 3, en la cual se hace un juicioso análisis sobre dos aspectos fundamentales:

"1. La situación jurídica de Julio César Ocampo Jaramillo frente al predio La Sonora.

"2. La procedencia de los perjuicios alegados por Ocampo Jaramillo.

"Luego de un estudio pormenorizado, el Tribunal llegó a dos conclusiones:

"1. Julio César Ocampo Jaramillo no era poseedor de todo o parte de la finca La Sonora. Llegó en un momento dado a ser tenedor de parte de la misma, por ser actor dentro de un proceso de ejecución contra Heriberto Cardona Restrepo, éste sí tenedor de la misma.

"2. Los perjuicios alegados no existían por no ser parte, y, además porque civilmente ya se encontraba extinguida la obligación.

"La liquidación de perjuicios presentada por Julio César Ocampo Jaramillo y que fue revocada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Buga tenía origen en la diligencia de entrega que reposa al folio 160 y siguientes del cuaderno número 3 de octubre 25 de 1977, en el cual el Juzgado en forma equivocada,

como lo explica el Tribunal en su fallo, reconoció a Julio César Ocampo Jaramillo como poseedor material del lote Las Guacas (que es *parte* y no *todo* del predio La Sonora), y ordenó el pago de mejoras.

"En tal razón, si en gracia a discusión se admitiera, que en el presente proceso existen perjuicios, estos no pueden ser sobre la totalidad del predio La Sonora, sino sobre la parte que corresponde al lote Las Guacas.

"De todo lo anotado, salta a la luz una carencia de legitimación por parte del actor, razón de más para que sea absuelta la Nación de absolutamente todas las pretensiones de la demanda, toda vez que no existe ni falla del servicio, ni daño y menos, relación de causalidad entre las dos".

IV

Conducta procesal del apoderado del INCORA:

Su alegato de bien probado obra a folios 147 y siguientes del cuaderno número 1 y en lo pertinente del mismo se destaca:

"Pues bien, en el caso que nos ocupa no se dieron los elementos de responsabilidad antes señalados. Véamos:

"1. Actuación de la Administración, en este caso del INCORA.

"El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—, es la entidad estatal encargada de adelantar los programas de la Reforma Social Agraria consagrados en la Ley 135 de 1961 y en sus decretos reglamentarios. En ejercicio de tales funciones debe adquirir los predios rurales que se consideren necesarios, bien mediante negociación directa con sus propietarios o bien a través del procedimiento de expropiación regulado y previsto en el Código de Procedimiento Civil (Título XXIV).

"El proceso de expropiación es pues un proceso debidamente regulado en el Código de Procedimiento Civil, y en consecuencia a él debe someterse tanto el INCORA como los propietarios de predios requeridos por aquél.

"Así tenemos que en el numeral 3º del artículo 456 del citado Código se prevé que es mediante un incidente como se debe resolver la oposición que un tercero poseedor material presente en el curso de la diligencia de entrega de los bienes expropiados. En esa norma claramente se establece que el incidente termina, si es el caso, con el pago de la indemnización que le corresponda al opositor, tomada de la suma consignada por el demandante.

"El artículo 459, *ibídem*, a su vez señala que si es revocada la sentencia que ordenó la expropiación se ordenará la devolución del predio a los demandados y se condenará al demandante a pagarle los perjuicios causados.

"Sobre la liquidación de perjuicios la norma es clara en el sentido de que deben liquidarse de acuerdo con lo previsto en el artículo 308 del mismo. Sobre la forma en que debe realizarse la devolución del predio no se dice nada, pero teniendo presente que la entrega a favor de la entidad se ha hecho mediante diligencia con intervención del Juez del conocimiento es obvio que la devolución también deberá hacerse mediante diligencia judicial. El artículo 337 del mismo Estatuto regula la entrega de bienes y en forma nítida señala que es al Juez del conocimiento a quien corresponde hacer tal entrega, a petición de parte y dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que haya ordenado tal diligencia.

"En síntesis, la actuación del INCORA dentro del proceso de expropiación adelantado en el Juzgado Segundo Civil del Cicuito de Cartago sobre el predio La Sonora, ha estado ajustada plenamente a lo dispuesto tanto en las normas agrarias como en el Código de Procedimiento Civil. No ha violado disposición alguna y ya vimos que la diligencia de devolución de un predio recibido anticipadamente por el INCORA debe realizarla directamente el Juez que conoce del respectivo proceso de expropiación y no el INCORA *motu proprio*. El Juez tiene amplias facultades para realizar tales diligencias, inclusive con el apoyo de la fuerza pública, y el INCORA no puede oponerse a ellas.

"De manera que atribuirle al INCORA la no realización de una diligencia que a él no le compete directamente en modo alguno puede comprometer su responsabilidad.

"En lo relacionado con el pago de los perjuicios señalados en la providencia del Juzgado de Cartago, es preciso recalcar que el mismo Despacho judicial precisó que la liquidación de tales perjuicios debía hacerse mediante el procedimiento establecido en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"Adelantado el correspondiente incidente por el señor Julio César Ocampo, vemos cómo el Tribunal Superior de Buga, en providencia calendada el 12 de agosto de 1983 (fls. 178 y ss., cuaderno 3) no accedió a fijar la cuantía de tales perjuicios y antes por el contrario fue enfático al afirmar que tal obligación estaba extinguida, luego el INCORA, por este aspecto estaba claramente eximido de pagrle suma alguna al señor Ocampo y mal podía darle cumplimiento en tales condiciones a la providencia del Juzgado de Cartago.

"En el caso que nos ocupa la actuación adelantada por el INCORA en ningún momento puede generar una condena ya que, repito, tal actuación se ajustó a la legalidad.

"2. En relación con el daño o perjuicio sufrido por el señor Ocampo y que supuestamente debe indemnizar el INCORA, encontramos que tal daño se hace consistir en la inexplotación del predio o lo que es lo mismo en lo dejado de percibir, pero no se dice nada en relación con el hecho de que el INCORA no ha percibido lo que el señor Ocampo dejó de percibir. Es decir, el

INCORA no ha recibido beneficio alguno con la explotación del lote que antes poseía el señor Ocampo Jaramillo y eso está demostrado en el proceso.

"3. Nexo causal. Como vimos antes al INCORA no puede imputársele ser el causante de los supuestos perjuicios sufridos por el actor, ya que el Instituto se ha limitado a cumplir con las disposiciones legales pertinentes, pero en el supuesto caso de que hubiera omitido cumplir una decisión judicial encontramos que no existe responsabilidad del INCORA en tal hecho ya que si la orden judicial de devolver el predio La Sonora no se cumplió en su oportunidad, *fue única y exclusivamente por culpa del mismo señor Julio César Ocampo.* Véamos por qué:

"El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago, con el fin de darle cumplimiento a lo ordenado en su providencia el 12 de diciembre de 1980, comisionó al Juzgado Civil Municipal de El Cairo (Valle) para que realizara la diligencia de entrega en favor de los propietarios del predio La Sonora. El Despacho comisionado mediante auto de 29 de septiembre de 1982 fijó la fecha para realizar tal diligencia. El día señalado, esto es el 19 de octubre de 1982, el personal del Juzgado se trasladó al predio La Sonora y como quiera que no se disponía de suficiente fuerza pública se dispuso *aplazar* tal diligencia. El apoderado del señor Ocampo Jaramillo ante esta situación no solamente no insistió en que tal diligencia se llevara a cabo (como era su deber) sino que *expresamente* le manifestó al Juez comisiondo *que él no tenía interés en que esa diligencia se realizara* ya que ella implicaría u originaría problemas de orden social y para ratificar tal apreciación presentó un memorial en el que expresa (punto octavo) que: 'En estas condiciones, señor Juez, mi mandante se abstiene de participar en la diligencia que su Despacho va a cumplir, porque resulta claro que carece de relievancia jurídica y de verdadero interés...'

"El acta de tal diligencia, lo mismo que el memorial presentado en esa ocasión por el apoderado del señor Ocampo Jaramillo, se encuentran debidamente allegados al expediente del proceso que nos ocupa en el cuaderno número 2 —pruebas parte actora— a folios 110 a 113.

"Está pues debidamente probado que el mismo señor Julio César Ocampo, a través de su apoderado, *expresamente se abstuvo de participar en la diligencia* que ahora, inexplicablemente, atribuye su no realización a actuaciones del INCORA. Así podemos afirmar, que si la diligencia de devolución del predio, habiéndose aplazado no se continuó ello se debió *a negligencia del actor* y no a interferencia de la Administración y en ese caso concreto a interferencia del INCORA.

"*Resumiendo,* tenemos que la supuesta falla del servicio atribuida al INCORA y que le causó perjuicios al señor Julio César Ocampo no se configuró pues los elementos que estructuran tal responsabilidad no se integraron, véamos:

"1. La actuación del INCORA en todo tiempo estuvo acorde con lo establecido en las normas agrarias y procedimentales.

"La sentencia cuyo incumplimiento se atribuye al INCORA establecía dos cosas: 1. La devolución del predio La Sonora a los demandados y 2. El pago de perjuicios en favor de los demandados, de acuerdo con liquidación efectuada siguiendo las pautas del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"En relación con el primer punto, es claro que la devolución debería hacerse mediante diligencia judicial, no solamente porque así se había recibido el predio por parte del INCORA sino porque el artículo 337 del Código de Procedimiento Civil expresamente señala que es el Juez del conocimiento quien debe proceder a entregar los inmuebles cuya entrega haya sido ordenada. De manera que el INCORA no podía proceder a devolver el predio si no era con intervención del Juez respectivo.

"Acorde con lo anterior el Juzgado de Cartago comisionó al Juzgado Civil Municipal de El Cairo para que realizara tal diligencia. Diligencia que debió suspenderse ante la falta de fuerza pública y en la cual el INCORA no se opuso en modo alguno, antes por el contrario, fue el mismo apoderado del actor quien no solamente le manifestó al Juzgado comisionado sino que presentó una petición en el sentido de que se abstenía de participar en la diligencia por carecer de relievancia jurídica y de verdadero interés. No se sabe si posteriormente solicitó nuevamente la realización de la diligencia de devolución, pero es claro que si tal hubiera hecho el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago nuevamente la hubiera decretado sin que hubiera nada que impidiera su realización que el INCORA no podría válidamente haberse opuesto. Si se solicitó y a pesar de ello el citado Despacho judicial no fijó nueva fecha, ello no es responsabilidad del INCORA sino del Juez, que en ese momento estaría incurriendo en una posible falta disciplinaria y aún penal.

"En relación con el segundo punto de la sentencia, esto es el pago de perjuicios, tenemos que el señor Julio César Ocampo promovió el correspondiente incidente de regulación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, pero también es claro que tal incidente terminó en forma desfavorable para él ya que el Tribunal Superior de Buga, en providencia de 12 de agosto de 1983 no solamente no accedió a regular tales perjuicios sino que expresamente consideró extinguida la obligación de pagarlos. Así las cosas, el INCORA no tenía fundamento alguno para pagar perjuicios y por ello mismo no podía estar incumpliendo una obligación de la cual había sido relevado en forma expresa.

"2. No existe relación de causalidad entre el daño alegado por el actor y la actuación realizada por el INCORA.

"Ya vimos al estudiar este elemento de la responsabilidad que el daño alegado no puede imputársele a la actuación de la Administración, ya que el supuesto daño fue causado por *culpa del mismo actor*, ya que si la diligencia de devolución del predio

a su favor no se ha realizado es sencillamente porque él mismo manifestó que no estaba interesado en la realización de tal diligencia y si posteriormente cambió de parecer es indudable que ha debido solicitarle al Juzgado de conocimiento el señalamiento de nuevas fechas, si tal no ha hecho ello constituye *negligencia.*

"2. *Fundamentos de hecho:*

"De los hechos narrados en la demanda y de las pruebas aportadas y practicadas a instancias del actor, simplemente podemos sacar en claro que el señor Julio César Ocampo era poseedor de un lote de terreno dentro de inmueble rural denominado La Sonora; que en el momento de llevarse a cabo la diligencia de entrega del mismo inmueble, dentro del proceso de expropiación adelantado por el INCORA, en su calidad de tercero poseedor promovió incidente de oposición a tal diligencia; que posteriormente y a raíz del fallo inhibitorio proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago promovió incidente de regulación de perjuicios, que finalmente le fue fallado en forma desfavorable que a raíz del mismo fallo inhibitorio se comisionó al Juzgado Civil Municipal de El Cairo para que llevara a cabo la diligencia de devolución del predio La Sonora, diligencia que fue *aplazada* por carecer de suficiente fuerza pública, que el apoderado del señor Ocampo manifestó su no interés en la realización de esa misma diligencia y finalmente tenemos que según se desprende de la diligencia de inspección judicial realizada por el honorable Consejo de Estado al predio, éste se encuentra actualmente ocupado por terceras personas.

"En ningún momento se ha demostrado el supuesto incumplimiento atribuido al INCORA, no hay prueba alguna de que el INCORA haya presentado oposición o haya obstruido de alguna forma el cumplimiento de providencia judicial proferida dentro del proceso de expropiación del predio La Sonara. En lo que respecta a la diligencia de devolución por la sencilla razón de que tal diligencia fue suspendida y no precisamente a instancias del INCORA y en lo que respecta al pago de perjuicios al señor Ocampo Jaramillo, también por la sencilla razón de que tales perjuicios no pudieron cuantificarse en la oportunidad procesal.

"De las pruebas aportadas y practicadas a solicitud del INCORA podemos deducir:

"Que el Instituto, en cumplimiento de las funciones que le fueron señaladas en la ley de reforma social agraria y con el fin de dotar de tierras a los campesinos que han venido explotando el predio La Sonora desde hace varios años nuevamente promovió acción tendiente a la expropiación del mismo inmueble ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago; que tal proceso cursa actualmente y que en el mismo se decretó la entrega del inmueble al INCORA.

"Que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en providencia calendada el 12 de agosto de 1983, declaró extinguida la obligación de pagarle perjuicios al señor Ocampo Jaramillo, si

es que alguna vez existió tal obligación dentro del proceso de expropiación adelantado sobre el predio rural denominado La Sonora".

V

Vista Fiscal:

La Fiscal Segundo de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, en su vista Fiscal, hace el estudio del expediente y después de resumir los antecedentes del caso, hace las siguientes consideraciones:

"El actor señor Julio César Ocampo fue reconocido como poseedor del predio en el incidente de oposición a que se refiere el ordinal 3 del artículo 456 del Código de Procedimiento Civil y como tal se le reconocieron perjuicios según se lee en providencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago de 19 de septiembre de 1977 visible a folios 41 y siguientes, cuaderno 1.

"A los folios 178 y siguientes, cuaderno 3 se encuentra la providencia de agosto 12 de 1983 del Tribunal Superior de Buga, cuya lectura resulta de suma importancia, para aclarar y entender mejor lo sucedido. De esta providencia se infiere que posteriormente y ya no como poseedor, sino a través de un proceso ejecutivo seguido en contra del demandado señor Heriberto Cardona Restrepo, el señor Ocampo resultó extrañamente vinculado al proceso de expropiación. Pero resulta que ya su situación como poseedor había sido definida y resuelta, ordenándose por el Juez la correspondiente indemnización dentro del incidente propuesto con fundamento en el artículo 456 del Código de Procedimiento Civil. Así pues el proceso de expropiación continuó contra quienes en la demanda se señalaron como demandados; de haber prosperado la demanda de expropiación iniciada por el INCORA, la indemnización únicamente le hubiera correspondido a los demandados y no a los poseedores como el señor Ocampo, pues como ya se dijo su situación ya había sido resuelta dentro del incidente a que se ha hecho mención.

"Tenemos pues, que el señor Ocampo no puede pretender una indemnización por el incumplimiento de la sentencia de 12 de diciembre de 1980 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago que decidió el proceso de expropiación del cual ya no era parte como poseedor.

"Lo anterior indica que el actor carece de legitimación por activa para actuar en el presente proceso que pretende la indemnización por la falta de ejecución de la aludida sentencia.

"En el caso en que la Sala considere procedente entrar a estudiar los elementos fácticos considerados por el actor como falla del servicio de las entidades demandadas, esta Fiscalía observa lo siguiente:

"De la interpretación del artículo 459 del Código de Procedimiento Civil se colige que la entrega o restitución de los bienes

que se hubieran entregado anticipadamente dentro de un proceso de expropiación a los demandantes, corresponde hacerla al Juez de conocimiento que hubiere efectuado la entrega; por esta razón en el caso en estudio, el Juez Segundo Civil del Circuito ordenó un despacho comisorio al Juez Municipal de El Cairo para que cumpliera con la diligencia de restitución del predio, la cual tuvo lugar el día 19 de octubre de 1982, con la asistencia del representante del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, de Julio César Ocampo Jaramillo, Heriberto Cardona y Julián Zuluaga Mejía; en el curso de la diligencia según se observa a los folios 110 y siguientes, cuaderno 2, se hizo llegar un oficio enviado por el Comando de Policía Estación El Cairo en el cual se pone de presente la imposibilidad de prestar la colaboración policiva para proceder al desalojo de los campesinos instalados en el predio, toda vez que solamente se solicitaron 4 agentes y el total de aparceros asciende a 33; explica además el Comandante de Policía que su experiencia le indica que en esta clase de diligencias los campesinos son reticentes a cumplir las órdenes de desalojo debido a su apego al terruño, al trabajo que han desarrollado por varios años, al tiempo que lleven en posesión de la tierra, etc., lo cual desencadenaría muy posiblemente una perturbación al orden público; en consecuencia solicita que se pida refuerzo necesario al Comando de Policía con sede en la ciudad de Cartago porque a su manera de ver se necesitarían más de 50 hombres para el desalojo de los aparceros.

"Con fundamento en lo anterior el Juez decidió aplazar la diligencia y en ese estado varios de los asistentes entre ellos el señor Ocampo Jaramillo demandante en el presente proceso, hicieron entrega de un memorial en el cual plantean la falta de interés en la realización de la diligencia de entrega, especialmente por cuanto que ello originaría indudablemente un conflicto de orden social.

"De lo anterior se infiere lo siguiente: El cumplimiento a lo ordenado en la sentencia proferida por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago correspondía hacerlo al Juez que para tal efecto fue comisionado y no directamente al INCORA como se afirma en la demanda.

"La diligencia se cumplió aunque sin lograr sus objetivos por razones de fuerza mayor cuales fueron la imposibilidad de sacar de sus tierras a los aparceros sin que ello originara un verdadero problema social, con lo cual estuvieron de acuerdo quienes asistieron a ella, entre ellos el demandante en la presente acción.

"Las razones expuestas por el Comandante de la Policía son del todo de recibo por cuanto es innegable que proceder a desalojar a tan numeroso grupo de campesinos ocasionaría necesariamente una grave perturbación del orden, probablemente con un saldo de varias víctimas; resultaba tan evidente esta situación que hasta los interesados en la culminación de la entrega estuvieron de acuerdo en que no se hiciera y así lo manifestaron por escrito; entonces que no se diga dentro de este proceso que la conducta de la policía constituyó una falla del servicio al negarse

a sacar a la gente por la fuerza. Se considera que, por el contrario, la Policía obró en cumplimiento de su deber de velar por la vida de esas personas evitando prudentemente un problema mayor.

"Por las anteriores consideraciones se concluye que en el caso analizado no se logró demostrar la falla del servicio señalada en las entidades demandadas y en consecuencia las peticiones de la demanda no pueden prosperar".

VI

Consideraciones de la Sala:

A) Como el apoderado del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— propuso, al contestar la demanda, las excepciones de falta de legitimación en causa y cosa juzgada, se impone su estudio previo, pues de su prosperidad o no depende que el sentenciador entre a decidir el fondo de la *litis* (cuaderno número 3, fls. 119 y ss.). Los hechos en que las mismas se fundan o apoyan, fueron presentados así:

"Falta de ligitimación en causa.

"Dispone el numeral 3º del artículo 456 del Código de Procedimiento Civil: 'Cuando en el acto de la diligencia se oponga un tercero que alegue posesión material...se advertirá al opositor que puede presentarse al proceso...a fin de que mediante incidente se decida si le asiste o no el derecho alegado.

" 'Si el incidente se resuelve a favor del opositor, en el auto que lo decida se ordenará a los mismos peritos que avalúen la indemnización que le corresponde, la que se le pagará...'

"De la norma transcrita se deduce que al señor Julio César Ocampo Jaramillo, quien alegó ser poseedor material sobre un lote de aproximadamente 48 hectáreas del predio La Sonora, en la diligencia de entrega anticipada de tal inmueble, decretada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago dentro del proceso de expropiación instaurado por el INCORA, le asistió el derecho a que mediante el incidente ahí señalado, se determinara si tenía o no, la calidad de poseedor material. Tal incidente se adelantó y se resolvió en su favor, mediante auto interlocutorio número 455 de 19 de septiembre de 1977 (fls. 41 a 77), en el cual también se ordenó que se avaluara la indemnización que le correspondiera al señor Ocampo Jaramillo por su derecho como poseedor material. El avalúo de la indemnización efectivamente se realizó y consecuencialmente se consignó la suma de dinero que le fue reconocida como indemnización al tercero opositor.

"Esta providencia de septiembre 19 de 1977 y los actos procesales posteriores que aparecen en el cuaderno correspondiente al incidente de oposición a la entrega, dentro del proceso de expropiación, es el único y suficiente título de que dispuso el

señor Ocampo Jaramillo para obtener el pago de los derechos que como poseedor material tuvo sobre parte del predio objeto de expropiación.

"Ahora bien, habiéndose indemnizado en la oportunidad legal al poseedor material, su pretensión de una nueva indemnización por la misma causa, constituiría, en el caso improbable de prosperar, un enriquecimiento ilícito. Esto es claro, si consideramos que lo decidido en el incidente de oposición a la entrega, es ley del proceso, inmodificable, y además, cuando tal decisión le fue favorable en su totalidad.

"En conclusión, el efecto jurídico previsto en el numeral 3º del artículo 456 del Código de Procedimiento Civil, para el poseedor material, en los casos de expropiación, se cumplió en su totalidad en el presente caso, mediante el incidente promovido por el señor Ocampo Jaramillo dentro del proceso expropiatorio.

"De otra parte, si bien es cierto que el proceso expropiatorio del predio La Sonora terminó con sentencia inhibitoria, en la cual de conformidad con lo estatuido en el artículo 459 del Código de Procedimiento Civil se ordenó restituir el inmueble al *demandado*, no debemos olvidar que el señor Ocampo Jaramillo no fue el *demandado* en tal proceso expropiatorio, puesto que él no tuvo ni tiene, alguna de las calidades enunciadas en el numeral 2 del artículo 451 del Código de Procedimiento Civil, que taxativamente define contra quien se debe dirigir una demanda de expropiación. El fue un tercero opositor a la entrega, a quien de manera incidental, le fueron resueltos y reconocidos sus derechos, de manera previa a la sentencia que definió el proceso. Pretende ahora el actor, con fundamento en el hecho de haber sido reconocido como poseedor material en los términos del artículo 456, numeral 3 del Código de Procedimiento Civil, que le asiste derechos para obtener el efecto jurídico previsto en el artículo 459 del mismo Código. Cuando lo cierto es que el efecto jurídico de la primera norma, le fue otorgado en su oportunidad legal, amparándole plenamente su derecho como poseedor material. El hecho de ser poseedor material no tiene legalmente el efecto jurídico del artículo 459, es decir, el derecho a obtener la restitución del inmueble, puesto que el supuesto de hecho para obtener tal efecto, es el de ser *demandado*, o lo que es lo mismo, tener cualquiera de las calidades previstas en el numeral 2 del artículo 451 del Código de Procedimiento Civil. En resumen, los hechos alegados por el actor no coinciden con la pretensión de restitución del predio prevista por el artículo 459, en favor del *demandado*. Por tanto, no teniendo el tercero poseedor material, derecho a la restitución del predio, mal podría alegar que sufrió perjuicios por la falta de cumplimiento de tal precepto. Adicionalmente se debe observar que la entrega de bienes inmuebles tiene una forma procesal de solicitarse, de conformidad con lo previsto en el artículo 337 del Código de Procedimiento Civil, sólo que debe solicitarlo quien demuestre tener un interés legítimo para ello, es decir, la parte favorecida con la sentencia".

La mal llamada excepción de falta de legitimación en causa no está llamada a prosperar habida consideración de que en el *sub lite* no se está discutiendo si al actor se le pagaron o no las mejoras, ni si el proceso de expropiación, en todas sus etapas y decisiones, se ajustó a derecho o no, aspectos todos que en puridad de verdad dejan inquietudes de naturaleza jurídica, pero sólo para ser manejadas en sus divagaciones por los doctrinantes, pues la Sala se encuentra frente a una sentencia firme, la de doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta (1980), proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago, la cual se dejó ejecutoriar por el centro de imputación jurídica demandado. En el referido proveído, bien o mal, se decidió:

> "*Primero. Inhibirse de fallar* la expropiación demandada en el fondo.
>
> "*Segundo. Ordénase* que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, restituya a los demandados el bien de que trata este proceso *o a quien o quienes lo tenían antes de llevarse a cabo la entrega anticipada con todas sus mejoras y anexidades* (Subrayas de la Sala).
>
> "*Tercero. Condénase* al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria ('INCORA') al pago de los perjuicios, a los demandados o a quien tenía la posesión o tenencia del bien, y que se hubieren ocasionado con la entrega anticipada, entrega que deberá hacerse en la forma prevista por el artículo 459 del Código de Procedimiento Civil. Los perjuicios se tasarán o liquidarán en la forma indicada en el artículo 308 del Código citado *y se pagarán preferentemente,* en la forma señalada por el artículo 459 atrás mencionado.
>
> "*Cuarto. Decrétase* la cancelación del registro de la demanda. Dése cuenta de esta medida al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Círculo para que se sirva cancelar la que se le comunicó por Oficio número 347...
>
> "*Quinto.* Condénase en las costas del proceso a la entidad demandante" (cuaderno número 1, fls. 2 y ss.).

De la atenta lectura del "*petitum*" se desprende fácilmente que el actor no está impetrando en esta ocasión el pago de mejoras, ni su carácter de demandado o no dentro del referido proceso de expropiación, sino una presunta falla del servicio "*...por la omisión en el cumplimiento de la sentencia inhibitoria proferida por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle) en el proceso de expropiación del predio La Sonora...*" (Subrayas de la Sala. Cuaderno número 1, fl. 32). Este es el punto jurídico de fondo respecto del cual la Sala hará pronunciamiento más adelante.

La realidad anterior explica que en el *sub lite* no se registre la falta de legitimación en la causa, que como es bien sabido, no es una excepción sino una condición de la acción.

La excepción de cosa juzgada la sustenta así el apoderado de la parte demandada:

"El actor pretendió mediante incidente de liquidación de perjuicios propuesto contra el INCORA, luego de que se profiriera sentencia inhibitoria por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago, que se le indemnizara por supuestos perjuicios que afirmaba había sufrido como demandado, de conformidad con lo ordenado en el numeral tercero de tal sentencia de diciembre 12 de 1980. Luego de tramitado el incidente atípico de liquidación de perjuicios, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, mediante providencia de agosto 12 de 1983 resolvió 'denegar acceder a fijar la cuantía de los perjuicios reclamados en este incidente por Julio César Ocampo Jaramillo, declarándose extinguida la obligación cuestionada, si alguna vez existió'.

"Lo que ahora pretende el actor, es sustancialmente la misma indemnización por los mismos presuntos perjuicios que nunca le fueron causados con el proceso expropiatorio, puesto que contra él no se dirigió la demanda".

La excepción así propuesta tampoco está llamada a prosperar pues los hechos en que se apoya no sirven para estructurar la cosa juzgada. Una cosa es que dentro del infortunado proceso de expropiación el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, al permitir la ejecutoria del fallo inhibitorio que en antes se transcribió en su parte resolutiva, hubiese sido condenado a pagar perjuicios a los demandados, y que el señor Julio César Ocampo Jaramillo, con su conducta procesal, hubiese dado lugar a que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga declarara extinguida la obligación, y otra bien diferente que éste mismo ciudadano accione ahora para obtener el pago de perjuicios por la falla o falta del servicio de la Administración, por la omisión en el cumplimiento de la sentencia inhibitoria de doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta (1980).

Frente a la realidad anterior, la excepción de cosa juzgada no se tipifica, y, por lo mismo, el medio exceptivo no prospera.

B) La cabal comprensión de todas las circunstancias legales, generales y particulares del presente caso ameritan que se haga un recuento histórico de los antecedentes que dieron origen a este proceso, los cuales se encuentran debidamente probados dentro del informativo, y que se hagan comentarios marginales, de naturaleza jurídica, sobre los hechos que se fueron consolidando a lo largo del tiempo, poniendo en marcha la filosofía que los sociólogos denominan del *"no derecho"*. En apretada síntesis, ellos pueden presentarse así:

Primero. Por conducto de apoderado, legalmente constituido, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— formuló demanda de expropiación contra los señores Heriberto Cardona, Julián Zuluaga Mejía, Hernando y Alberto Zuluaga y Blanca Inés Zuluaga de Buitrago, alegando motivos de utilidad pública e interés social.

El libelo petitorio fue admitido el día 30 de agosto de 1976 ordenándose en el mismo la *entrega anticipada del inmueble,* en desarrollo de lo preceptuado en el Decreto número 1576, artículo 4º diligencia que se inició el 15 de septiembre de 1976 a las 9 a.m. (cuaderno número 2, fl. 118), pero que en puridad de verdad sólo culminó, con la entrega

efectiva del inmueble, el día veinticinco (25) de octubre de mil novecientos setenta y siete (1977), por circunstancias que no es necesario traer a colación ahora, pero que contaron con la autorización del Juez correspondiente (cuaderno número 1, fls. 68 vto. y ss.).

En este momento en el tiempo procesal vale la pena recordar que el señor Julio César Ocampo Jaramillo, sin ser titular de "derechos reales" sobre el predio La Sonora, se las ingenió, como poseedor indiscutible de parte del inmueble, no sólo para hacer valer sus derechos como tal, sino también para crear situaciones procesales de las cuales estuvo a punto de sacar jugoso provecho. Si éste al final no se dio, se debió a que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, por providencia de doce (12) de agosto de mil novecientos ochenta y tres (1983), revocó el auto proferido por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago, que había condenado al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— a pagarle la suma de cuarenta y tres millones trescientos ochenta mil cuatrocientos setenta y tres pesos ($ 43.380.473.00), por concepto de los *perjuicios* a que condenó la sentencia de doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta (1980).

Segundo. El referido proceso de expropiación dio lugar a dos incidentes: Uno, en el curso del mismo, orientado a definir si el opositor a la diligencia de entrega de la finca La Sonora, señor Julio César Ocampo Jaramillo, era en puridad de verdad poseedor de parte del inmueble. Agotada la tramitación de ley, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago, en providencia de diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos setenta y siete (1977), decidió:

> "1º *Reconócese* al señor Julio César Ocampo Jaramillo su condición de poseedor material del lote de terreno denominado Las Guacas, que forma parte del predio La Sonora que está alinderado así: Por el costado Occidental con la quebrada El Purgatorio; por los costados Norte y Oriente con potreros de la misma hacienda La Sonora (La Palma) y por el Sur, con rastrojeras incultas de la misma finca La Sonora. Dicho lote tiene una extensión aproximada de cuarenta y ocho hectáreas (48 Hs.), compuesto de cultivos de caña en su mayor parte (32 Hs.), pastos yaragua (Potrero La Hacienda de 15 Hs.), café caturro y plátano en producción (1 Ht.) tres (3) casas de habitación, una principal de dos plantas ocupada por Luis Horacio Zapata Arias y las otras dos desocupadas y un (1) establecimiento o trapiche para la explotación y elaboración de panela con su correspondiente ramada, calderas, horno, pozos guaraperos, tanque para aprovisionamiento de agua y un motor marca Diessel de 16 caballos de fuerza, una planta eléctrica marca Onan, demás componentes y anexidades.
>
> "2º Como consecuencia del punto anterior se *reconoce* al señor Julio César Ocampo Jaramillo su derecho a ser indemnizado por el derecho de posesión material y mejoras existentes en el lote de terreno descrito en el punto primero.
>
> "3º *Decrétase el avalúo de la indemnización* que corresponde al señor Julio César Ocampo Jaramillo. Para los efectos de la

designación por sorteo de peritos avaluadores se fija como fecha la del día martes veintisiete (27) del presente mes y año, a las nueve de la mañana (9 a.m.).

"4º Deniégase el reconocimiento del derecho de retención sobre el mismo predio y mejoras suplicado por el apoderado del incidentista" (cuaderno número 1, fl. 46 vto.).

Gracias a la prueba de oficio, que con autorización de la Sala se decretó por auto de diecisiete (17) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988) (cuaderno número 4, fl. 1), se pudo tener certeza jurídica en el sentido de que al señor Julio César Ocampo Jaramillo se le entregó, por orden del Juez del conocimiento, y mediante Oficio número 486 de 17 de septiembre de 1985, dirigido al Banco Popular de Cartago la suma de trescientos veinticuatro mil quinientos veinte pesos ($ 324.520.00) monto del cual da cuenta el título número 5724285. Así lo certifica el referido funcionario, quien además agrega: "2º Que dentro del expediente no hay constancia de que la suma entregada al señor Ocampo Jaramillo *haya sido reintegrada o consignada para este proceso*" (cuaderno número 4, fl. 6).

El segundo incidente a que se hizo referencia en antes, fue el que se tramitó para fijar el monto de los perjuicios a que hace referencia la sentencia de doce de diciembre de mil novecientos ochenta y que terminó con la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga que declaró extinguida la obligación.

Tercero. Es verdad jurídica bien probada que el señor Julio César Ocampo Jaramillo era poseedor del lote de cuarenta y ocho hectáreas (48 Hs.) a que hizo referencia el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago, en su proveído de 19 de septiembre de mil novecientos setenta y siete (1977). A esta conclusión se llega al leer en parte los considerandos del mismo, donde con claridad se precisa:

"En la diligencia de inspección judicial el Juzgado constató que *el lote de terreno a que se contrae el escrito de incidente se hallaba ocupado materialmente por el señor Luis Horacio Zapata Arias quien lo administra en virtud de un contrato de aparcería celebrado con el señor Julio César Ocampo Jaramillo* quien se comporta como poseedor material del mencionado lote de terreno con ánimo de señor y dueño y en esa condición lo reconoce el señor Zapata Arias. El Juzgado en la misma diligencia *tuvo la oportunidad de verificar de la existencia de cultivos de caña en pleno rendimiento y una parte en levante que cubre un área aproximada de 32 hectáreas,* que están localizadas hacia la parte occidental del predio La Sonora y la quebrada El Purgatorio; un potrero enmalezado en la casi totalidad compuesto de pastos yaragua en su mayor extensión, donde pastan algunas bestias caballares y mulares que son utilizadas para el beneficio de la caña y un lote de cafetera y plátano en una extensión aproximada de un (1) hectárea en regular estado de administración, con café caturra y plátano en producción. También se estableció la existencia de un establecimiento o trapiche para la molienda de caña compuesto de la enramada propiamente y las instalaciones para el procesamiento de la caña y la elaboración de la panela. También se constató la existencia de tres (3) casas de habitación discriminadas así: Una principal

de dos plantas ubicada junto al beneficiadero de la caña en buen estado y de construcción reciente; otra casa situada junto al lote de cafetera de una sola planta y de construcción antigua y en regular estado y una tercera casa a un lado del camino veredal que conduce a la finca La Sonora, de construcción antigua y en mal estado de conservación. En la primera de las referidas casas habita con su familia el señor Luis Horacio Zapata Arias *quien tiene a su cargo la administración de los cultivos de caña, potreros, cafeteras y el plátano así como también las labores de procesamiento de la caña y la elaboración de la panela, trabajos estos que realiza de acuerdo con el contrato de administración que tiene celebrado con el señor Julio César Ocampo Jaramillo"* (Subrayas de la Sala).

La realidad anterior, analizada por el Juez del conocimiento, encuentra también respaldo probatorio en la diligencia de entrega del inmueble, que como en antes se precisó, se inició el día 15 de septiembre de 1976 y culminó el 25 de octubre de 1977. En ella, el opositor ya citado solicitó al Juzgado que se dejara plena constancia en el acta "...del estado de administración en que se encontraba la mejora de caña a que se ha hecho alusión y su situación de madurez que la hace actualmente y en días sucesivos propias para el corte..." Este pedimento dio lugar a que el referido funcionario ordenara que fuera oído el *técnico del INCORA,* señor Marino Gómez, con el fin de que informara al despacho "...sobre el estado de las plantaciones de caña y en cuanto al tiempo requerido por su Administrador para el beneficio de las mismas..." Fue entonces cuando el referido técnico dijo:

> *"Realmente yo considero que el estado en que se encuentra esa caña debe ser beneficiada en un plazo máximo de mes y medio, realmente mientras más se demore el beneficio va en contra del propietario de las mejoras y del mismo cultivo. Las instalaciones que tiene la finca tienen suficiente capacidad para beneficiar la caña en el tiempo que se dice, realmente según lo manifiesta el mismo encargado del trapiche dice estar beneficiando 30 cargas semanales y siguiendo con esa proporción puede beneficiar en mes y medio 180 cargas que es lo que aproximadamente pueden producir los cortes que hay"* (Subrayas de la Sala).

Para la mejor valoración legal y de justicia del presente negocio, se impone recordar que en la misma diligencia el Procurador Judicial del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria hizo el siguiente reconocimiento:

> "De manera que, en nombre del Instituto *en ningún momento quiero rechazar los derechos de mejoras pretendidos en esta diligencia* sino que la diligencia de entrega debe verificarse como lo dice la norma y el despacho en el momento oportuno determinará las personas que deben ser indemnizadas..."

Cuarto: Está, igualmente probado, que para dar cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia de doce (12) de diciembre de 1980, que ordena la entrega del bien a "...*quien o quienes lo tenían antes de llevarse a cabo la entrega anticipada con todas sus mejoras y anexidades...*", el Juez del conocimiento comisionó al Juez Civil Municipal

de El Cairo (Valle), quien para tal fin señaló el día diecinueve (19) de octubre de 1982. Llegado el día y la hora indicados, y abierta la audiencia correspondiente, con asistencia de los apoderados de las partes, el referido funcionario judicial dio a conocer de los asistentes el Oficio número 0143 que en la misma fecha le hizo llegar el Comandante de la Estación de Policía El Cairo, el cual, y dada su importancia en la valoración jurídica y fáctica del caso, se transcribe en lo pertinente. Allí se lee:

"ASUNTO: Respuesta a Oficio número 154

"Al: Señorita

Juez Civil Municipal

El Cairo.

"Por medio de este oficio me permito dar respuesta al emanado de su despacho número 154 de fecha de ayer, en el cual solicita la colaboración de 4 unidades de Policía para la diligencia de carácter civil que se llevará a cabo el día de hoy en la vereda Bellavista y concretamente diligencia de entrega legal a sus propietarios de la hacienda 'La Sonora', muy respetuosamente le comunico lo siguiente:

"1º Consciente de la delicadeza que implica le mencionada diligencia y peligrosidad para solo cuatro unidades, me es imposible facilitarlos por medidas de seguridad.

"2º Tengo la información de que la entrega de dicha propiedad necesitará de más de un día para dejar cumplida la diligencia y solicita en su oficio que se preste seguridad permanente, cosa que también es demasiado difícil debido a la escasez de personal en la Estación.

"3º Tengo la información de que la entrega de dicho predio es demasiado engorrosa, en razón a que dicha propiedad fue aparcelada por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, e hizo entrega oficial a un total de 33 ó 34 aparceros, o mejor, en la actualidad hay en dicha hacienda ese total de aparceros.

"4º Este número de aparceros contabilizándolos con sus familias suman un total de aproximadamente 400 personas, y además, han estado informándose de la situación que se previene.

"5º Tengo la concreta información de que hay algunos aparceros con posesión de hace más de 20 y 30 años y que en su aspecto sentimental y el arraigo a un terruño que han labrado durante tanto tiempo los anima a revelarse en contra de la resolución que tome su despacho, y esta actitud se tornará violenta, pues muchas experiencias en mi trayectoria policiva me han enseñado esta situación hasta el punto de tornarse en problema de orden público *grave*. No es difícil que armados de escopetas, peinillas, palas y otras erramientas del agro, se reveldicen (sic) en contra de la autoridad y ataquen, todo con el fin de impedir sean desalojados.

"6º Como todos estos puntos implican en una muy posible turbación del orden público, nuevamente explico, dada la gra-

vedad del problema y más aún que se tiene conocimiento de que los aparceros tienen abogado, me veo en la obligación de hacerle notar esta situación, para que se tome una mejor conciencia de lo que será esta diligencia y por lo pronto, y por *medidas de seguridad,* negarme a prestarle la seguridad requerida para tal fin.

"Le sugiero entonces señorita Juez, muy respetuosamente que para el cumplimiento a cabalidad de dicha diligencia se solicite el refuerzo necesario al Comando del Distrito de Policía con sede en la ciudad de Cartago, ya que a mi manera de ver dicha diligencia necesitará de por lo menos un total de 50 agentes, y a la vez efectuar una operación táctica para una mejor seguridad.

"En espera de que usted señorita funcionaria comprenda esta situación, se suscribe como su servidor,

"POLICIA Y AMIGO,

"CP. Rojas Gómez Gustavo

"Comandante Estación de Policía El Cairo".

Consta en el acta respectiva que frente a la realidad anterior el Juez comisionado decidió aplazar la diligencia para lo cual utilizó la siguiente literatura:

"Vista así la situación, o sea que, *el despacho carece de refuerzo o asistencia de la fuerza pública, se considera del caso aplazar la mencionada diligencia, hasta tanto no se solucione el problema mencionado anteriormente*" (cuaderno número 2, fl. 111. Subrayas de la Sala).

Esta decisión contó con el respaldo del apoderado del señor Julio César Ocampo Jaramillo, quien en el momento procesal indicado, presentó el escrito que en lo pertinente se transcribe, pues tiene también importancia para la valoración de las circunstancias particulares del caso. Allí se lee:

"*Primero.* Esta entrega o, más exactamente restitución del predio rural denominado La Sonora, es una obligación que debe cumplir el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— tal como lo dice el numeral 2º de la sentencia respectiva.

"*Segundo.* La entrega debe ser hecha a favor de 'quien o quienes tenían la finca antes de llevarse a cabo la entrega anticipada'. Y cuando ocurrió la entrega anticipada la finca estaba en poder de mi mandante Julio César Ocampo Jaramillo quien, por otra parte, justificó y probó su condición de *tercero poseedor de buena fe,* y posteriormente de mejorista.

"*Tercero.* Con posterioridad a la entrega anticipada y una vez despojado mi mandante de la posesión material de La Sonora, el INCORA, dispuso la instalación de 37 aparceros en la finca, junto con sus respectivas familias.

"*Cuarto.* Estos aparceros y sus familias se encuentran en La Sonora de buena fe, por haber ingresado por la autoridad del INCORA, con la promesa de que posteriormente les serían otorgados los títulos de propiedad.

"*Quinto.* Mi mandante tiene interés, ciertamente, de que le haga la restitución del predio que poseía. *Pero no tiene interés,* señor Juez, *de que esta restitución se le haga desconociendo el derecho de los aparceros,* y contribuyendo de esta manera a crear un agudo conflicto de orden social.

"*Sexto.* Mi mandante y su apoderado estiman que es al INCORA a quien corresponde hacer la restitución de La Sonora, pero al mismo tiempo debe el INCORA solucionar la situación de los aparceros que instaló en la finca.

"*Séptimo.* Uno de los demandados, el señor Julián Zuluaga pretende que él tiene derecho de disponer de La Sonora, como si fuese su propietario o único dueño. Realmente este demandado tiene sólo un *derecho de herencia* en la sucesión de María Mejía de Zuluaga, última propietaria inscrita del inmueble. Esta sucesión está en trámite y no hay y no ha habido partición material. Ni siquiera es un comunero o titular de un derecho *pro indiviso* sobre la finca. Nunca tuvo la posesión, ni siquiera parcial, de La Sonora. Mal puede entonces pretender *dar por recibido,* facilitando así al INCORA la apariencia de una entrega *simbólica.* Esto, señor Juez, constituiría un verdadero *fraude procesal.*

"*Octavo.* En estas condiciones, señor Juez, mi mandante se abstiene de participar en la diligencia que su Despacho va a cumplir, porque resulta claro que carece (sic) relevancia jurídica y de verdadero interés. Repito que mi mandante no está dispuesto a propiciar un desalojo violento de los actuales tenedores de la finca La Sonora. Y que estaría dispuesto a recibirla, una vez que el INCORA haya solucionado el problema de los aparceros y sus familias.

"*Noveno.* Todo lo anterior tiene (sic) a demostrar al Juez comisionado la inutilidad de la diligencia, por la imposibilidad de orden práctico de su realización y consumación.

"*Décimo.* El señor Heriberto Cardona quien aparece como primer demandado en el proceso de expropiación, ya no tiene ningún derecho sobre La Sonora, por cuanto 31 hectáreas que tenía, le fueron rematadas según acta de 20 de febrero de 1978 del Juzgado 10 Civil Municipal de Bogotá, protocolizado junto con el auto aprobatorio del remate por escritura 1265 de octubre 6 de 1978 de la Notaría Segunda de Cartago, registrada debidamente.

"Posteriormente el rematante Ricardo Zuluaga Mejía le vendió esta parte a Pedro Pablo López Giraldo según escritura 1214 de 22 de septiembre de 1978 de la Notaría septiembre de 1978, (sic) registrada debidamente en Cartago, conforme al certificado

de tradición número 912 de la oficina respectiva, de 31 de marzo de 1981, documentos todos estos que en copias autenticadas se acompañan a este escrito. Por otra parte, este sector de la finca La Sonora, no fue objeto de la entrega anticipada y no puede serlo ahora de la restitución.

"Por las anteriores razones nos abstenemos de participar en la diligencia a que se contrae la comisión".

Quinto. Es igualmente cierto, y está debidamente acreditado dentro de este proceso, con certificación expedida por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago el día ocho (8) de octubre de 1985, que hasta esta fecha no existía "...constancia en el expediente de haberse llevado a cabo la restitución ordenada en la sentencia, *no obstante las reiteradas peticiones de la parte demandada en ese sentido, razón por la cual —se agrega— aún se encuentra vigente la entrega que se hizo, anticipada, al INCORA del inmueble La Sonora*" (cuaderno número 2, fl. 118. Subrayas de la Sala).

Esta realidad fáctica la pudo comprobar, igualmente, el Consejero conductor del proceso, en la diligencia de inspección judicial que practicó, en compañía del Magistrado integrante de la Sala, doctor Carlos Betancur Jaramillo, el día dieciocho (18) de junio de 1986 (cuaderno número 2, fl. 201).

Sexto. Circunstancia particular del caso, de especial interés en la definición de este diferendo, es la de que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, frente al fallo inhibitorio del Juzgado Civil del Circuito de Cartago, de doce (12) de diciembre de 1980, el cual, como ya se dijo, dejó ejecutoriar, optó por presentar nueva demanda de expropiación, la cual fue radicada en el mismo despacho judicial el día diez (10) de marzo de 1981, en la cual demandó nuevamente la entrega *"inmediata"* del predio (cuaderno número 3, fls. 58 y ss.). La medida fue ordenada en auto calendado el día tres (3) de agosto de 1981, pero aplazado "...el señalamiento de fecha y hora para su práctica, o el ordenamiento de la respectiva comisión, hasta antes del avalúo, una vez dictada la sentencia..." (cuaderno número 3, fl. 68).

Obra dentro del informativo certificación expedida por el Juez del conocimiento el día diez (10) de julio de 1984, de cuya lectura se desprende, que por auto de 14 de octubre de 1983 se decretó la nulidad parcial del proceso a partir del folio 74 frente, esto es a partir de la fijación del edicto emplazatorio, ordenándose nuevamente el emplazamiento de los demandados señores Julián y Ricardo Zuluaga Mejía.

C) Tomando como elementos de juicio los aspectos anteriores, y los que en cada momento se adicionen, la Sala entra a estudiar las pretensiones de la demanda, a la luz de la filosofía jurídica y jurisprudencial que informa la llamada falla del servicio, la cual sirve de apoyo o fundamento al demandante para impetrar el pago de las indemnizaciones correspondientes.

Dentro del anterior campo jurídico se tiene que la Corporación ha fijado pautas jurisprudenciales reiteradas en el sentido de que:

"Cuando el Estado, en desarrollo de sus funciones incurre en la llamada 'falta o falla del servicio', o mejor aún falta o falla de la Administración trátese de simples actuaciones administrativas, omisiones, hechos y operaciones administrativas, se hace responsable de los daños causados al administrado. Esta es la fuente común y frecuente de la responsabilidad estatal y requiere:

"a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio.

"La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la Administración;

"b) Lo anterior implica que la Administración ha actuado o ha dejado de actuar por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos a los ejecutados como simple ciudadano;

"c) Un daño, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.;

"d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la Administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización...El Estado se exonera de toda responsabilidad cuando demuestra como causa del daño, la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito, pues en el fondo lo que acredita es que no hay relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño causado. También se exonera, cuando el daño es causado por el agente administrativo, en actos fuera del servicio o sin conexión con él y cuando la causa del daño es la falta personal del agente, difícil de definir y de determinar doctrinaria y jurisprudencialmente, encontrándose hasta ahora, sólo ejemplos, como los de aquellos casos en que el agente actúe por motivos pasionales" (Sentencia de marzo 30 de 1978. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Cecilia Rey de Mateus. Expediente 2304).

Al precisar el alcance de la responsabilidad por omisión, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 16 de julio de 1980. Expediente número 10134. Actor: Estrada D. y Jaramillo E. Ltda. y Urbanización La Frontera Ltda., dijo:

> "Desde hace mucho tiempo la jurisprudencia civil acogió la tesis expuesta por los autores Josserand —entre ellos— de que no sólo por los hechos activos compromete la responsabilidad, sino también por la abstención, por la inercia. En 1937 expresó la Corte Suprema que se responde por el hecho negativo consistente 'en la inejecución de ciertas obligaciones positivas impuestas en favor del público a determinadas personas o empresas, o bien en la omisión de un acto o en la falta de una intervención o de una iniciativa, cuando se les considera como deberes jurídicos positivos' (G. J. Tomo XLV, número 1927, pág. 420). Y en 1946 dijo la misma Corporación: 'A la falta positiva viene a oponerse y agregarse la falta negativa que consiste en abstenerse

de un acto de una intervención, de una iniciativa que se estiman obligatorias. Podemos pecar por abstención, como por acción; por inactividad, como por agitación' (G. J. LX, números 2032-2033, pág. 57).

"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 teooría 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 determinada circunstancia: Solicitud expresa de intervención dirigida a la autoridad con capacidad funcional, de conformidad con las exigencias y formalidades establecidas en las leyes. No se puede, pues, predicar omisión, generadora de responsabilidad, cuando el funcionario competente necesita de requerimiento para actuar en ejercicio de sus atribuciones y el particular interesado se abstiene de ejercer el derecho de pedir la intervención de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes".

Con razón escribió Charles Rousseau en su Teoría General de la Responsabilidad en Derecho Administrativo: "Reconocer que el servicio, al no funcionar, puede cometer una falta, equivale a decir que está obligado a obrar, y que por tanto debe reparar pecuniariamente las consecuencias de su inacción".

"Como es obvio, para que esa posibilidad de configuración de la falta de servicio se convierta en real, es indispensable la existencia de la obligación de actuar; de tal manera que si la ley ha reglamentado el procedimiento en determinada materia, con la exigencia de la querella para que se ponga en movimiento la administración a través del funcionario respectivo, resulta ineludible el formal requerimiento pues de lo contrario no surge la obligación y sin ésta tampoco aparece el primer elemento axiológico de la responsabilidad extracontractual o sea la falta o falla administrativa".

En relación con la ocupación que las entidades públicas hacen de los inmuebles para entregarlos a terceros, esto es, sin haberlos incorporado aún a su patrimonio, esta Sala en fallo de 17 de diciembre de 1982 expediente número 2686, actor: David Calderón Rojas. Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo fijó las siguientes pautas jurisprudenciales:

"Pero existen casos de ocupación que requieren un enfoque diferente. Ya ésta no se produce por la entidad pública con ocasión de una obra o trabajo público, sino que la entidad pública por acción u omisión permite, facilita o hace posible que otra persona diferente entre a detentar el bien. Aquí, esa conducta de la administración puede comprometer su responsabilidad si se cumple por fuera del ordenamiento, como constitutiva de una falla del servicio o por implicar el rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas.

"En otros términos, si la administración recibe el inmueble y no lo incorpora a su patrimonio fiscal o a los bienes de uso

público, sino que lo entrega, sin poder para ello, a terceras personas para que se beneficien de él, se tipifica una conducta que compromete la responsabilidad estatal y que permite al titular del derecho lesionado solicitar la indemnización. Igual consecuencia se produce cuando la ocupación del tercero se debe precisamente a la omisión de la administración en cumplir los deberes de protección que requería el titular del derecho.

"En las hipótesis vistas el perjuicio se produce bien por acción u omisión de las autoridades públicas.

"En los casos en que los particulares ocupen la propiedad privada a instancia de la administración o por su tolerancia, el titular del derecho vulnerado tiene diferentes clases de acciones: Unas frente a los ocupantes (lanzamiento policivo por ocupación de hecho en primer término; posesorias o reivindicatorias, luego); y otra, frente a la administración, de sentido indemnizatorio, y por el incumplimiento del deber de protección que le debió brindar.

"Visto el hecho fundamental planteado en la *litis* (El INCORA recibió provisionalmente parte de la finca 'La Esmeralda' que venía en proceso de adquisición y la entregó a los campesinos de la región quienes constituyeron para su explotación una empresa comunitaria) puede afirmarse que el asunto ni técnica ni jurídicamente es de ocupación permanente, sino de responsabilidad extracontractual pura y simple.

"El INCORA inició un proceso de adquisición del inmueble La Esmeralda y cumplió sus trámites como operación administrativa hasta la expedición del acto de expropiación; el que sometido a consulta ante el Tribunal Administrativo del Huila fue declarado sin efectos.

"Si no se hubiera producido la entrega de parte del inmueble los perjuicios no se habrían producido o serían mucho menores. Pero desde el 29 de septiembre de 1971 el doctor David Calderón 'en su condición de propietario de la finca' hizo entrega al INCORA de 75 hectáreas aproximadamente correspondientes a los lotes 'Remolino, Celian, Cafuche y La Cola' (Ver acta a fl. 13 del cuaderno número 1). Ya con esos lotes en su poder, el INCORA los cedió a los campesinos de la región y con su asesoría estos constituyeron la empresa comunitaria La Esmeralda, la que ha venido explotando desde ese entonces las zonas recibidas.

"Se solucionó así un problema social, el que hoy es prácticamente irreversible. La empresa funciona normalmente con la asesoría del INCORA y con la ayuda del crédito estatal.

"Todo venía dentro de la normalidad hasta que la expropiación fue considerada no viable, cerrándose así la posibilidad de la entrega definitiva del inmueble.

"Como era obvio el propietario solicitó la restitución, prevalido no sólo de la constancia que había dejado en el acta de entrega (a fl. 14, ordinal 4º del cuaderno número 1), sino en la invalidación del proceso de adquisición.

"Pero el INCORA, en una actitud, incomprensible, alegó que nada tiene que devolver porque la constancia dejada en el acta le era inoponible.

"Nadie puede dudar que la entrega se produjo a instancias del INCORA y para satisfacer un programa agrario; que el mismo instituto propició el hecho de la ocupación y dio asesoría a los ocupantes para la creación de la empresa comunitaria.

"Muestran los hechos, entonces, que el propietario fue desposeído de parte de su finca en desarrollo de una operación administrativa de adquisición de la misma para un programa de ley agraria. Operación que se cumplió irregularmente y que por esa misma razón fue lesiva de los derechos de la parte actora.

"La responsabilidad en el derecho administrativo colombiano puede provenir de diversas fuentes, así: De un acto administrativo ilegal, en principio de una operación administrativa igualmente, o sea de aquel conjunto de pasos procesales cumplidos por la administración para lograr un determinado cometido, de una operación material de ejecución, o de un hecho o abstención administrativa.

"En el caso concreto, los perjuicios nacieron de la irregularidad de la operación de adquisición, la que de haberse cumplido dentro de los marcos legales hasta su culminación en la expropiación no habría causado perjuicios. Claro que también podría calificarse toda la actuación administrativa como una falla del servicio".

El anterior marco legal y jurisprudencial permite al sentenciador entrar a examinar si en el *sub lite* se dan los presupuestos que estructuran la falla del servicio, y, si por lo mismo, las pretensiones de la parte actora deben despacharse favorablemente o no.

Falla del servicio:

Se encuentra debidamente probada, pues como en antes se anotó, el Juez Civil Municipal de El Cairo (Valle) no pudo dar cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia de doce (12) de diciembre de 1980, originaria del Juzgado Segundo Civil de Cartago, que ordenaba la entrega del bien *"...a quien o quienes la tenían antes de llevarse a cabo la entrega anticipada con todas sus mejoras y anexidades..."* seis días después de la ejecutoria del fallo porque la autoridad policiva *"por medidas de seguridad"*, como se lee en el Oficio número 0143 de octubre 10 de 1982, dirigido al referido funcionario, *se negó* a prestarle el servicio de seguridad requerida para tal fin.

A lo anterior se agrega que, según certificación expedida por el Juez del conocimiento del proceso de expropiación, no *obstante las reiteradas peticiones* de la parte demandada, para que tal entrega se haga, ello no ha sido posible hasta la fecha, circunstancia particular del caso que la Sala pudo observar y valorar en el momento de la diligencia de inspección judicial, a que en antes se hizo referencia. Transitando la administración por ese sendero de conducta, desco-

noció el derecho de propiedad, reconocido en el artículo 30 de la Constitución Nacional que consagra que en Colombia se garantiza "...la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles, por personales naturales o jurídicas..." Igualmente el artículo 16 de la Carta, cuando recuerda que: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas honra y bienes..." (Subrayas de la Sala). La posesión y el dominio —se ha enseñado— son instituciones jurídicas distintas, de imposible confusión, no obstante lo cual aquella es susceptible de presentarse como un reflejo de éste y demanda igual protección jurídica. "En tal sentido —dice la Corte Suprema de Justicia— es un derecho auxiliar para el dueño de la cosa o es un derecho provisional para el que no es dueño de ella, pero puede estar en la vía de serlo. En la primera hipótesis, la posesión manifiesta la realidad del dominio. Mediante el ejercicio de ella se revela la propiedad como existiendo materialmente y no en forma abstracta y aparente. *En la segunda hipótesis, la posesión es un derecho provisional para el no propietario, derecho que se origina en la presunción de dominio que la acompaña. Se explica esa presunción porque el dominio no es un simple título desnudo sino que comprende también el derecho a los emolumentos o a los atributos de la propiedad...La posesión es un fenómeno proveniente de una situación estable y MERECE EL RESPETO Y LA PROTECCION DE LEY"* (Casación, 9 de julio de 1940, XLIX, 597).

Para la Sala no es de recibo la excusa presentada por el Comandante de la Estación de Policía —El Cairo—, para negarse a prestar el servicio. Si la diligencia era delicada y peligrosa; si resultaba prolongada en el tiempo o engorrosa, habida consideración de que el inmueble había sido parcelado por el INCORA, y, por ello residían allí cerca de cuatrocientas personas. Si tenía conocimiento previo de que a algunas de esas personas las animaba el deseo de rebelarse contra la providencia del Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago; si por lo mismo, no era difícil que esas personas "...armadas de escopetas, peinillas, palas y otras herramientas del agro, se rebeldicen (sic) en contra de la autoridad y ataquen todo con el fin de impedir sean desalojados...", si todo ese anticipo de acontecimientos en el tiempo existencial podía implicar una muy posible turbación del orden público, si el problema se presentaba como grave, etc., etc., nada de todo esto excusaba el cumplimiento del deber en el momento en que tanto el Juez comisionado como el Comandante de la Policía anticiparon los acontecimientos. La autoridad policiva tiene el deber de prestar protección a la ciudadanía en todo momento, pero particularmente en los que se vislumbran como difíciles. En los momentos de tranquilidad y de paz no se suele tocar a la puerta de la autoridad. Parece incuestionable que a través de esa conducta negativa, la autoridad, incluyendo en ésta al Juez, se dejó paralizar por el miedo, olvidando que "quien no supera cada día un nuevo temor no ha aprendido aún la lección de la vida" (Emerson. Valor, en Sociedad y Soledad). Las fuerzas de Policía están educadas para dominar el temor, y sus estatutos sancionan, con rigor ejemplarizante a quienes desfallecen en la lucha o no se comprometen con ella. Esto se explica porque él sólo puede ser dominado con una de las virtudes más excelsas que conoce

el hombre: El valor. Por ello en la literatura política y religiosa se recuerda que "Platón consideraba que el valor es como un elemento del alma que hace de puente entre la razón y el deseo. Aristóteles decía que el valor era la afirmación de la naturaleza esencial del hombre. Tomás de Aquino aseguraba que el valor era la fuerza del espíritu capaz de vencer todo lo que amenazaba la consecución de un bien mayor. Así, pues, el valor es la capacidad del espíritu para superar el temor. A diferencia de la angustia, el temor tiene un objeto definido que puede ser afrontado, atacado, analizado y, cuando conviene, soportado. Cuántas veces se repite el objeto de nuestro miedo". Henry David Thoreau escribía en su Journal: *"No hay nada que deba temerse más que al miedo"*. Siglos antes, Epicteto escribió: *"La muerte y las dificultades no son temibles, pero si el miedo a la muerte y a las dificultades"* (La fuerza de Amar. Martín Luther King, pág. 127).

Si se ha hecho la presentación literaria anterior, que parece desfasada en una providencia judicial, es porque resulta inexplicable que la Policía se atemorice ante "escopetas", "peinillas", "palas" y "otras herramientas del agro", para recoger la misma terminología usada por el Comandante de la Estación El Cairo en su Oficio número 0143. Y más preocupante aún, que haya visto peligro en el hecho de que "...los aparceros tienen abogado...", pues si algo ha podido deducir de este hecho era precisamente lo contrario de lo que concluyó, esto es, que los eventuales opositores pensaban manejar la controversia en el campo del derecho y de la ley.

Este análisis de conducta se imponía en el *sub lite*, porque sólo dejando las cosas en claro es posible comprometer la responsabilidad de la Nación —Ministerio de Defensa— Policía Nacional.

La conducta del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— también fue determinante para la estructuración de la falla del servicio. Para confirmar este aserto basta recordar que fue este centro de imputación jurídica el que, en el momento procesal oportuno, impetró la entrega anticipada del inmueble; logró su entrega real y efectiva; pero al final, por fallas de naturaleza procesal, no logró el objetivo que se había propuesto, esto es, la expropiación del inmueble. A ello se agrega que sin buenas razones, al menos aparentes, dejó ejecutoriar la sentencia inhibitoria proferida por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago, y prefirió volver a instaurar un nuevo proceso, de igual naturaleza, cuya suerte desconoce el sentenciador en el momento de proferir este fallo. Dentro del informativo tampoco se aportó ninguna prueba que se orientara a demostrar que tuvo interés marcado en que se hiciera la entrega del inmueble dentro del término indicado en la sentencia, quizás porque con su conducta había sembrado ya el camino de obstáculos al instalar en el inmueble un buen número de aparceros, a los cuales siempre los alimentó con la esperanza, recordándoles a cada paso en el tiempo físico, que llegarían a ser propietarios. Esta realidad la vivenciaron los Consejeros que intervinieron en la diligencia de inspección judicial y quedó bien reflejada en el testimonio que de oficio recepcionó el Consejero conductor del proceso al señor Jesús Antonio Marín Marulanda, quien sobre el particular dijo: *"Preguntado:* Tenga la bondad de informarle al despacho qué noticias les ha transmitido

el INCORA en el último año respecto del problema que hay en la actualidad por la ocupación de la finca La Sonora. *Contestó:* Don Gildardo es, mejor, Octavio nos ha informado que estaba en trámite la expropiación con la familia Zuluaga Mejía que por lo tanto no se sabría cuándo podrían dar los títulos de la tierra que esa ha sido la preocupación de nosotros. *Nos ha visitado como tres veces en el último año ya que él es supervisor del INCORA".* También el señor Luis Enrique Murillo, declaró en igual sentido. *"Preguntado:* Tenga la bondad de informarle al despacho si en el último año usted ha recibido información de funcionarios del INCORA sobre lo que va a ocurrir o puede ocurrir con el predio La Sonora. *Contestó:* No han venido pero han mandado informes en el sentido de que estemos pendientes y que Don Julio Ocampo *probablemente hacía la diligencia reclamando sus derechos si es que los tiene y ellos como apoderados de nosotros estaban en el derecho de defendernos, QUE TRABAJARAMOS Y QUE ESTUVIERAMOS TRANQUILOS".*

Dentro del campo de la interpretación de la conducta humana vale la pena destacar que los Consejeros que intervinieron en la diligencia de inspección judicial encontraron un grupo de aparceros y ocupantes, sencillos, respetuosos de la autoridad, temerosos de ésta y dedicados por entero al trabajo, que en todo momento facilitaron la diligencia. Laboraban con entusiasmo, algunos de ellos, en la elaboración de panela, y los más se reunieron en torno a la casa principal de la finca, para seguir atentos al desarrollo de la diligencia, sin que se escuchara un grito amenazante o desafiante. Cierto es que la Policía Nacional prestó en esta ocasión su mejor colaboración, pero ello permite inferir que la misma ha debido brindarse al Juez Civil Municipal de El Cairo (Valle) cuando la demandó para hacer la entrega del inmueble. La autoridad es una, y no son de recibo las explicaciones orientadas a demostrar que se brinda mejor colaboración al Consejo de Estado que al funcionario de menor rango en la jerarquía de la Rama.

D) *Los perjuicios:*

En la sentencia de 12 de diciembre de 1980, tantas veces citada, el sentenciador ordenó la restitución del inmueble "...a quien o quienes lo tenían antes de llevarse a cabo la entrega anticipada con todas sus mejoras y anexidades". La realidad probatoria demuestra que con ocasión de los dos procesos de expropiación a que en antes se hizo referencia, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria consignó a favor del señor Julio César Ocampo Jaramillo la suma de trescientos veinticuatro mil quinientos veinte pesos ($ 324.520.00).

Este hecho ocurrió el día 20 de marzo de 1984, como se desprende del escrito que obra al folio 7 del cuaderno número 4. Este dinero sólo fue retirado por el beneficiario el día diecisiete (17) de septiembre de 1985, con Oficio 486 dirigido por el Juzgado al Banco Popular de Cartago, al cual se anexó el título número 5724285.

La realidad fáctica anterior es significativa para la Sala, y la valorará con el sentido que permite concluir que la falla del servicio se inició transcurridos seis días a partir de la ejecutoria de la sentencia y llegó hasta el día 17 de septiembre de 1985, pues al retirar el

demandante ese monto, necesariamente aceptó que lo recibía como un subrogado de la obligación principal, entendida ésta como el deber jurídico de cumplir con lo que se precisa en el punto segundo del fallo de 12 de diciembre de 1980. Esta definición encuentra sólido apoyo en jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, que el Consejo de Estado hace suya, y en la cual se lee:

"Quizás por seguir literalmente el texto de las normas legales que en el Derecho Positivo Colombiano han regulado el instituto de la cosa juzgada (arts. 473 del Código Judicial de 1931 y 332 del Código de Procedimiento Civil de 1970), Jueces y jurisperitos se han inclinado siempre a vincular este fenómeno jurídico únicamente con la providencia judicial que la ley llama *sentencia.* O sea, que implícitamente le desconocen tal efecto a las decisiones interlocutorias denominadas *autos.*

"Criterio este que ya la Corte amparada en la autoridad científica de eminentes cultores del derecho procesal, ha considerado inexacto por ser restringido en su alcance. Dice en efecto José Chiovenda que: 'Como en la mayoría de los casos, la resolución de fondo es una sentencia, estamos habituados a ligar a la sentencia a la eficacia de la cosa juzgada, casi fenómeno misterioso, que para verificarse requiere el concurso de especial solemnidad. Llevada la cosa juzgada a su simple naturaleza, como hecho tratado de hacer, y teniendo presente qué resoluciones de fondo pueden a veces ser tomadas también en formas distintas de la sentencia, como la ordenanza y el derecho (ciertas resoluciones judiciales la ley procesal italiana), será fácil comprender que también una ordenanza y un decreto pueden producir la cosa juzgada, y esto ocurrirá cuando por una resolución semejante devenida definitiva quede afimada e indiscutible una voluntad de la ley que garantice un bien a una parte frente a otra' (Derecho Procesal Civil, Tercera Ed. Editorial Reus, 1946, Tomo II, páginas 470 y 471).

"Lo cual significa, aplicando dicho criterio al sistema colombiano que cuando una controversia se decide, según la ley, por auto interlocutorio, *esa decisión es definitiva y no puede modificarse en proceso posterior, salvo, eso si, que un mandato legal especial expresamente autorice su revisión* (Subrayas de la Sala).

"Orientada la Corte por esa doctrina, ya en el año de 1954 señaló que '...tratándose de un fallo incidental, en firme y proferido en materia contenciosa, que aunque no sea una *sentencia formal,* si produce los efectos definitivos de ésta en los casos mencionados, sólo puede perder su eficacia al ser viable ventilar el mismo asunto por la vía ordinaria mediante la acción de revisión' (Casación, 3 de noviembre de 1954, G. J. T. LXXIX, págs. 261 y 262).

"Que es lo que sucede justamente, a juicio de la Sala, con el auto que decidiendo la oposición y las excepciones propuestas por el demandado decreta la división material o *ad valorem* del bien que pertenece a dos o más comuneros, a términos de lo

indicado por el artículo 470 del Código de Procedimiento Civil y a la vez, como lo manda el artículo 472 *ejúsdem, resuelve sobre mejoras que uno de los comuneros ha alegado tener en la cosa común.* Este auto, así llamado en forma expresa y reiterada por la misma ley, tiene por finalidad inmediata y directa dirimir la controversia presentada entre los condóminos en torno a la terminación de la comunidad, que es lo que se pide en la demanda respectiva y la oposición formulada por el demandado.

"Se trata en verdad de una providencia judicial que por su forma es un auto, pero que, en cuanto a su materia o contenido, equivale a una sentencia; *frente a dicho proveimiento la ley consagra implícitamente la cosa juzgada,* puesto que reconocida la comunidad tanto en el predio *como en las mejoras* plantadas en él y decretada la división del bien común, esta específica resolución judicial tiene que estar y evidentemente está provista de fuerza vinculante suficiente como expresión definitiva de la voluntad de la ley que es, y, por lo mismo, *la cuestión así decidida no podrá ventilarse nuevamente en el mismo proceso en que se ha proferido; ni en otro posterior, desde luego que la ley no autoriza expresamente que puedan revisarse no obstante su ejecutoria, salvo el recurso extraordinario de revisión... Porque si la insatisfacción que lo decidido en el proceso divisorio produjo en el aquí recurrente lo autorizara para formular luego, otras y cuantas veces lo quisiera, nuevas demandas sobre el mismo asunto de las mejoras plantadas en el lote de terreno común, sin ser éste precisamente uno de los casos en que la ley expresamente establezca semejante especie de revisión,* a más de que los litigios se tornarían indefinibles habría que aceptar que las decisiones incidentales, por no ser sentencias en sentido formal, carecen de toda fuerza vinculante y de todo efecto definitivo, lo que es inadmisible" (Sentencia de enero 24 de 1983, Magistrado ponente doctor Humberto Murcia Ballén. Jurisprudencia Civil. Corte Suprema de Justicia, 1980-1984. Editora Jurídica de Colombia. Editorial Tiempos Duros, páginas 96 y 97).

Por todo lo anterior, la Sala despachará desfavorablemente la pretensión de la parte actora, que se recoge en el punto segundo del *petitum,* orientada a que se haga una indemnización futura o anticipada, pues al recibir el señor Julio César Ocampo Jaramillo el subrogado de la obligación primitiva, *cerró toda posibilidad de entrega del inmueble.*

Por lo que hace relación con la pretensión que se recoge en la demanda bajo el rubro: *"Indemnización debida o consolidada",* se dispondrá que se pague sólo el lucro cesante por el período comprendido entre el momento en que transcurrieron los seis días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, momento en el tiempo físico en que se ha debido entregar el inmueble, y el día 17 de septiembre de 1985, fecha en que el demandante retiró del Banco Popular de Cartago la suma de trescientos veinticuatro mil quinientos veinte pesos ($ 324.520.00) moneda corriente, precio de las mejoras.

La condena se hará en abstracto, pues la Sala no aprecia el experticio rendido por los peritos, por las siguientes razones:

a) Porque comprende un período muy amplio esto es, el comprendido entre el 11 de febrero de 1981 y el 31 de agosto de 1986, que no corresponde con el que se ordena indemnizar;

b) Porque no se ajusta a la jurisprudencia reiterada de la Corporación, pues en el referido trabajo se actualizan los saldos líquidos que se obtuvieron año por año, por concepto de panela y café, y se capitalizan año tras año, para empezar nuevamente la operación de indexación. Esa metodología de trabajo explica que hayan fijado un monto de ciento un millones ciento veintitrés mil novecientos un pesos ($ 101.123.901.00) y sólo hasta la fecha final en antes señalada.

Que en la elaboración de su trabajo procedieron así, se desprende de la lectura del siguiente párrafo tomado del mismo:

"La actualización de estos valores podemos obtenerla igualmente por dos procedimientos.

"a) Tomando el total de los valores líquidos por concepto de panela y café sumados, para 1981, liquidando su incremento o corrección monetaria, según la tasa que nos ha informado el Banco de la República para 1982. A este resultado le adicionamos la producción líquida obtenida en 1982, y obtenemos el saldo exigible en diciembre de 1982. Este subtotal, incrementado con la tasa de corrección y el interés para 1983, y sumada la producción de ese mismo año, nos da el total exigible a diciembre de 1983, y así sucesivamente;

"b) Igual resultado final obtenemos como lo consignaremos en el folio 21, si tomamos la producción líquida de los rubros avaluados para 1981, y sin ninguna otra adición, le liquidamos la corrección monetaria para 1982 con sus intereses, a ese subtotal le aplicamos la misma liquidación para 1983, y así sucesivamente hasta agosto 31 de 1986. Luego basta sumar los resultados de la actualización de cada uno de los años liquidados, y necesariamente obtendremos una suma igual a la lograda por el procedimiento anterior" (Experticio, fl. 19).

El monto del lucro cesante se fijará a través de la liquidación incidental de que trata el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, entendiéndose por tal el rendimiento económico que dejó de percibir el señor Julio César Ocampo Jaramillo, por el período ya indicado en antes. Para ello se tendrán en cuenta las siguientes pautas:

Primera: Se acreditará, con intervención de peritos, el producido neto del predio a que hace referencia el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago en su providencia de diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos setenta y siete (1977), que obra dentro del informativo (cuaderno número 1, fls. 41 y ss.), por el período ya señalado para lo cual tendrán en cuenta el estado de las mejoras de caña, café, pastos, etc., en el momento en que el señor Julio César Ocampo Jaramillo fue privado de ellas, su rendimiento, y el concepto rendido en esa diligencia por el técnico del INCORA, señor Marino Gómez, y todos los demás elementos de juicio que consideren necesarios para llegar a la verdad, debiendo tener en cuenta las declaraciones de renta no extemporáneas del demandante durante, los tres años anteriores al momento en que fue privado de la posesión, en las cuales debió denunciar el ingreso neto anual percibido.

Segunda: El monto así obtenido a diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), sin que haya lugar a hacer capitalizaciones ni mensuales, ni semestrales, ni de ninguna otra naturaleza, se actualizará a la fecha de esta sentencia, teniendo en cuenta para ello los índices de precios al consumidor, certificados por el DANE.

E) *Relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño.*

De las circunstancias particulares del caso que se dejan analizadas fluye con claridad la relación que se presenta entre la falla del servicio y el daño. Es apenas obvio suponer que si al demandante se le hubiese entregado el inmueble dentro del término señalado en la sentencia, habría podido entrar en el goce pleno de sus derechos de poseedor, para derivar el rendimiento económico que venía obteniendo antes de ser privado del bien, por decisión judicial, lo que no ocurrió por falla del servicio que se ha dejado estudiada y definida.

F) Frente a las críticas reiteradas que suele hacer la opinión pública a los fallos que se profieren contra los centros de imputación jurídica de la administración por considerarlos muy onerosos, es bueno que ella esté debidamente enterada, que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, manejó muy mal el proceso de expropiación, y por lo mismo, estuvo bordeando el cumplimiento de providencias condenatorias por perjuicios, ante la justicia ordinaria, que superaron el monto de los cuarenta y tres millones de pesos ($ 43.000.000.00). En el *sub lite* se produjo, igualmente un experticio por lucro cesante por más de cien millones de pesos ($ 100.000.000.00), que fue puesto en conocimiento de las partes por auto de veinticuatro (24) de septiembre de 1986, y no fue cuestionado por el Procurador Judicial del Instituto.

A primera vista el sentenciador no alcanza a tener la comprensión de las causas, motivos o razones, que llevan a la autoridad administrativa a pedir la entrega anticipada de los inmuebles, sin asegurarse primero que con esa conducta no se generen fuentes de perturbación a los ocupantes de los mismos, como ocurrió en el caso en comento.

En el estudio y concepto sobre la titulación del predio La Sonora, que obra a folios 23 y siguientes del cuaderno número 3, se precisa que tiene una cabida de cuatrocientas cuarenta y una hectáreas 2.825 metros cuadrados y que según avalúo expedido por la Tesorería Municipal de El Cairo tiene un avalúo de setecientos mil pesos ($ 700.000.00). Para los peritos del Instituto Geográfico, se agrega, él llega a setecientos cincuenta y nueve mil pesos ($ 759.000.00). Pero resulta que ahora, y en relación con la zona objeto de ésta controversia, que consta de 32 hectáreas cultivadas en caña, una de café y plátano y las quince (15) restantes en pastos, se tendrá que pagar una suma significativa por concepto de lucro cesante. Esto sin contar que, como ya se precisó en antes, por la referida área el demandante ya llevó a sus arcas la suma de trescientos veinticuatro mil quinientos veinte pesos moneda corriente ($ 324.520.00). Del análisis de conducta fluye con claridad que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en casos como el presente, se dedica, a través de sus funcionarios, a

poner en marcha la filosofía del no derecho, esto es, a crear situaciones de hecho que luego pretende que le bendiga el derecho. Pareciera como si la reforma agraria facilitara más por la vía de la controversia jurisprudencial, que haciendo uso de la normatividad especial que el legislador ha promulgado para tal fin. Frente a situaciones como la presente, los particulares también deben ajustar su conducta al demandar a la administración, pues en la falla del servicio no se puede ver una fuente de enriquecimiento, sino una causa de obtener la reparación justa por el daño causado. Nada más, pero tampoco nada menos.

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

Falla:

1º La Nación colombiana —Policía Nacional— y el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— son solidaria y administrativamente responsables de los daños y perjuicios causados al señor Julio César Ocampo Jaramillo, en su modalidad de lucro cesante; el primer centro de imputación jurídica por *omisión*, y el segundo por la *operación administrativa* de adquisición de la finca "La Sonora", ubicada en jurisdicción del Municipio de El Cairo, Departamento del Valle del Cauca, por el período comprendido entre el diecinueve (19) de octubre de 1982, día señalado por el Juez comisionado para hacer la entrega del inmueble y el diecisiete de septiembre de 1985, fecha en que el demandante retiró el precio de las mejoras.

El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— es también administrativamente responsable de los perjuicios causados al señor Julio César Ocampo Jaramillo, en su modalidad de lucro cesante, por el período comprendido a partir del momento en que se agotaron los seis (6) días fijados en la sentencia del Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago, para hacer la entrega del inmueble y el 18 de octubre de 1982, víspera del día señalado por el Juez comisionado para hacer la entrega del inmueble.

2º Como consecuencia de la declaración anterior, *condénase en abstracto*, a las entidades mencionadas, a pagar al señor Julio César Ocampo Jaramillo, con cédula de ciudadanía número 1.651.776 de Pitalito (Huila) o a quien sus derechos represente, los perjuicios causados en la modalidad de lucro cesante, en la forma precisada en el punto primero de este fallo. La liquidación se hará siguiendo el trámite incidental del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y con sujeción a las pautas fijadas en esta sentencia.

3º Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el mandatario judicial del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—.

4º Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

5º El no pago de las cantidades que se fijen dentro del incidente ocasionará intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que las haga exigibles y moratorios después de dicho término.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.— FALLA EN EL SERVICIO AERONAUTICO.

Está gobernada por reglas de derecho público y se sanciona el mal funcionamiento de aquél, su no funcionamiento y su inoportunidad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., treinta y uno de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 5098. Recurso de anulación. Actor: Diana Maritza Gómez García.

Conoce la Sala del recurso de anulación interpuesto por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil contra la sentencia de 26 de febrero de 1987 dictada por el Tribunal Administrativo del Meta.

Mediante ese proveído el *a quo* declaró a la Nación —Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil— y a Satena (servicio aéreo a territorios nacionales), solidariamente responsables de la muerte del piloto Juan José Gómez García, ocurrida el 17 de junio de 1981, en el aeropuerto de Miraflores (Guaviare) y como consecuencia las condenó únicamente al pago de perjuicios morales a favor de las siguientes personas: Magda Bibiana, Martha Lucía y Hael Adriana Gómez García.

El DAAC, descontento con la decisión, interpuso en tiempo el recurso extraordinario de anulación, por cuanto consideró que el fallo había violado el artículo 1880 del Código de Comercio.

Para el efecto, expresó:

"3. Formulo contra la sentencia recurrida los cargos de violación de la siguiente norma: Artículo 1880 del Código de Comercio por cuanto en la parte resolutiva se declara responsable a la Nación colombiana —Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil— y al Servicio Aéreo a Territorios Nacionales 'SATENA' y esa declaración de responsabilidad sólo puede producirse *cuando se excluye absolutamente la culpa del transportador.* Tal como lo establece el artículo 1880 del Código de Comercio y para poder éste excluirse de la culpa necesita probar la fuerza mayor

no imputable a su culpa o la culpa exclusiva del pasajero, circunstancia que no se presentó debido a que la Compañía Aérea ni siquiera se llamó a responder a este juicio".

Por su parte la demandante replicó de la siguiente manera:

"3. El argumento muy respetable de la parte recurrente, de que existe violación directa del artículo 1880 del Código de Comercio, no se da en el presente caso, ya que muy diferente es la responsabilidad del transportador, a la responsabilidad de la Nación, Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y al Servicio Aéreo a Territorios Nacionales 'SATENA', por la falla en el servicio.

"El artículo en mención, nos habla de la *responsabilidad del transportador,* cuándo y en qué circunstancias responde y en el caso *sub júdice,* hablamos es de la responsabilidad de la Nación, derivadas de las causas del accidente, de las cuales, es el propio Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, el que las da.

"El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, tiene a su cargo la seguridad aérea, a través de su respectiva división, y es esta entidad, la encargada, de montar la infraestructura aeronáutica, ayudas de navegación, telecomunicaciones, meteorología, torre de control, etc., más, si es la Nación, la propietaria de aeródromos. El control del tráfico aéreo, le corresponde al DAAC".

". . . . . .

"En ningún momento la norma en cuestión, artículo 1880 del Código de Comercio puede entenderse e interpretarse, en el sentido que lo hace la recurrente, toda vez, que la única forma por medio de la cual se podría exonerar a la Nación, sería, que el hecho o los daños ocurran por obra exclusiva de un tercero, por culpa de la propia víctima, por fuerza mayor o caso fortuito.

"En dado caso de presentarse este evento, tendría que demostrarlo dentro del proceso. Pero la realidad procesal es bien diferente, y con la prueba documental, testimonial que obra, no puede afirmarse cosa diferente a la responsabilidad de la Nación por la falta y la falla en el servicio, la que tiene una relación de causalidad directa con los daños ocasionados.

"En los términos del artículo 16 de la Constitución Política, le incumbe al Estado 'proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares'. De acuerdo con este precepto constitucional, los órganos del Estado están obligados a prestar una serie de servicios y a desarrollar una gran variedad de actividades, para cumplir los fines indicados. Esos servicios y esas actividades, por imperativo de la Constitución y de las leyes, deben desarrollarlas en forma consecuente al cumplimiento de tales fines, y en caso de que ello no ocurra, el Estado debe responder por los daños que se deriven del mal funcionamiento o de la actividad diferente o tardía o de

la ausencia de la misma; es decir, por la falta o falla del servicio, más aún, si se tiene en cuenta la reglamentación sobre las funciones de la Dirección general de operaciones aéreas y la División de control técnico, del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil".

Como se desprende de lo narrado la entidad pública formula un solo cargo contra la sentencia, en forma esquemática y sin siquiera calificar si esa violación es directa de norma sustantiva, como lo exige el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo.

No obstante, la Sala estima que formalmente el cargo está bien formulado.

Para resolver, se considera:

Reza el artículo 1880 del Código de Comercio:

"El transportador es responsable del daño causado en caso de muerte o lesión del pasajero, con la sola prueba de que el hecho que lo causó se produjo a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque, a menos que pruebe hallarse en cualquiera de las causales de exoneración consagradas en los ordinales 1º y 3º del artículo 1003 y a condición de que acredite, igualmente que tomó todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible tomarlas.

"Dichas operaciones comprenden desde que los pasajeros se dirigen a la aeronave abandonando el terminal, muelle o edificio del aeropuerto, hasta que ellos acceden a sitios similares".

Y el artículo 1003 en lo pertinente a la responsabilidad por parte del transportador, señala que dicha responsabilidad cesará:

"1º Cuando los daños ocurran por obra exclusiva de terceras personas.

".....

"3º Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del pasajero, o por lesiones orgánicas o enfermedad anterior del mismo que no hayan sido agravadas a consecuencia de hechos imputables al transportador".

Al confrontar estos textos legales con el fallo acusado, no se vé por ningún lado la infracción de los mismos.

El artículo 1880 citado por la parte recurrente nada tiene que ver con la presente controversia, ya que hace referencia a la responsabilidad por el transporte aéreo derivada del contrato celebrado entre el usuario y el transportador; en otros términos, se refiere a la responsabilidad contractual de éste para con el pasajero.

No puede referirse a la responsabilidad estatal por fallas en el servicio aeronáutico, la que está gobernada por reglas diferentes de derecho público y en los cuales se sanciona el mal funcionamiento de aquél, su no funcionamiento y su inoportunidad.

Se afirma lo precedente pese a que la parte recurrente no explicó el porqué de la infracción alegada y su alcance o efectos en la parte decisoria del fallo.

Es tan pobre la argumentación expuesta que no da margen para otras reflexiones. No se sabe así si el DAAC quiere escudarse en la responsabilidad de Satena, olvidándose de paso que fue demandado solidariamente con ésta; o si, por el contrario, se está amparando en la supuesta culpa del transportador (la compañía El Venado).

En fin, tampoco se vé de dónde saca la recurrente que la responsabilidad del Departamento de Aeronáutica es, en todos los casos, subsidiaria. La norma citada no sólo no da pié para ello sino que se refiere a otra clase de responsabilidad, como se dijo atrás.

Sin embargo, la Sala recuerda lo que en pasadas oportunidades ha expuesto en asuntos similares, con miras a distinguir diferentes clases de responsabilidad que puedan darse en el campo del transporte aéreo.

Así en su sentencia de marzo 22 de 1988, con apoyo en el fallo de agosto 19 de 1982, del que fue ponente el señor Consejero Valencia Arango, se expresó:

"Las distintas clases de responsabilidad en el transporte aéreo.

"a) El transportador aéreo público, responde, con base en el contrato de transporte, por una obligación de resultado, trátese de mercancía, equipaje o pérdida de vidas de los pasajeros, en los términos del artículo 1880 del Código de Comercio, en forma que consumado el riesgo, debe la indemnización a menos que pruebe hallarse en cualquiera de las causales de exoneración de los ordinales 1º y 3º del artículo 1003 del mismo Código, hecho de un tercero, culpa exclusiva de la víctima o que el deceso reconozca como causa exclusiva lesiones orgánicas o enfermedades anteriores del mismo pasajero no originadas por hechos imputables al transportador, siempre que pruebe haber obrado con diligencia en la toma de todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible tomarlas.

"En otros términos, se exonera demostrando que la persona responsable por acción es un tercero o, en su caso, la misma víctima, con lo que, en el fondo, lo que se acredita es la ausencia de toda autoría, por acción o por omisión, de parte del empresario.

"Obvio, también, que habrá lugar a compensación o repartición de responsabilidades, cuando el insuceso reconozca como causa el hecho común de la víctima y empresario.

"Basta que se pruebe que el deceso o la lesión ocurrieron a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque, que comprenden todas las ocurridas desde que el pasajero se dirige a la aeronave, abandonando el terminal, muelle o edificio del aeropuerto, hasta que accede a

sitios similares, para que surja la responsabilidad del transportador, con base en el contrato de transporte y sin otras causales de exoneración que las ya examinadas.

"La responsabilidad del transportador queda limitada a 25.000 gramos de oro puro por cada pasajero;

"b) Distinta es la responsabilidad por viaje frustrado por retardo del mismo, regulada por los artículos 1882 y 1883, que no vienen al caso;

"c) Los explotadores de aeródromos y se presumen como tales los dueños de las instalaciones, equipos y servicios que constituyen el aeródromo, según el artículo 1816, responden por los daños que cause la operación del respectivo aeródromo (art. 1817) en los términos de los artículos 1881, 1886 y 1887, con base, en el respectivo contrato de servicio aeroportuario y dichos explotadores pueden ser personas privadas, naturales o jurídicas, juntas de acción comunal o los respectivos municipios o la Aeronáutica Civil.

"En el asunto *sub júdice*, no se ha alegado que la falla causante del desastre fuera imputable al explotador del respectivo aeropuerto ni se ha demostrado quién era tal explotador;

"d) Las entidades o personas que presten los servicios de infraestructura aeronáutica (se entiende por tal el conjunto de instalaciones y servicios destinados a facilitar y hacer posible la navegación aérea tales como aeródromos, señalamientos, iluminación, ayudas a la navegación, informaciones aeronáuticas, telecomunicaciones, meteorología, aprovisionamiento y reparación de aeronaves, según el artículo 1808 del Código de Comercio) responden en los términos de los artículos 1881, 1889 y 1887 del mismo estatuto, siempre sobre las bases de un contrato de prestación de servicios.

"Ya se vio que tales personas pueden ser naturales o jurídicas, de derecho privado o de derecho público (arts. 1810, 1811, 1812, 1813 y 1816 del C. Co.) y en el presente caso no se ha acreditado que fuera la Aeronáutica Civil la encargada o contratada para prestar los respectivos servicios de infraestructura aeronáutica;

"e) Distinta a las anteriores responsabilidades, cuya fuente es siempre un contrato, es la surgida del artículo 1860 del reseñado estatuto, según el cual 'la autoridad aeronáutica', es decir, el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil (art. 1782 *ibídem*), tiene la función de reglamentar y clasificar los servicios aéreos, los explotadores y las rutas y las condiciones que deben llenarse para obtener los respectivos permisos de operación, '*con la finalidad de lograr la prestación de servicios aéreos seguros eficientes y económicos*...', es una meta, una obligación de medio no de resultado, de reglamentación, control y vigilancia, en cuya prestación sólo se responde por la 'falla del servicio' o 'falla de

la administración', que fue la alegada en el caso de autos y que da lugar a la responsabilidad extracontractual del Estado, en su caso".

"En este último evento, se exonera de responsabilidad cuando la causa del insuceso sea la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito".

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

Falla:

No se anula la sentencia de 26 de febrero de 1987, dictada por el Tribunal Administrativo del Meta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 26 de mayo de 1988.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta,* Aclaración de voto; *Carlos Ramírez Arcila.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

Consejo de Estado.—

Aclaración de voto del Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Número 5098. Actor: Diana Maritza Gómez García.

Con toda consideración aclaro mi voto dentro del proceso de la referencia para destacar que estoy de acuerdo con la parte resolutiva de la sentencia en cuanto niega la anulación solicitada, pero discrepo de los considerandos de la misma, pues la verdadera razón para la no prosperidad del recurso radica, a mi juicio, en el enfoque jurídico-filosófico que desde un principio he destacado respecto de este medio de impugnación y que bien puede resumirse en el siguiente párrafo tomado del salvamento de voto que hice dentro del proceso número 4803. Actor: Eustelly de Jesús Ramírez.

En él se lee:

II

Si se concibe el ordenamiento jurídico como una plenitud hermética, no será posible que haya sentencias ejecutoriadas contrarias a la Constitución Política o a la ley sustantiva. Efectos que produce la norma de habilitación.

Ilustres exponentes del pensamiento jurídico como Kelsen, Cossio y Aftalión, enseñan que sólo dentro de la concepción racionalista del derecho, que considera que la ley es de por sí algo *autónomo* e *independiente* es posible hablar de sentencias contra la ley. Pero si la ciencia jurídica se concibe como una *plenitud hermética,* tesis universalmente aceptada hoy y consagrada en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, ello no es posible. Sobre el particular Kelsen nos enseña:

"La relación entre la ley o una norma general del derecho consuetudinario y una decisión judicial, puede ser interpretada de la misma manera.

"La decisión judicial crea una *norma individual* que debe ser considerada como *válida,* y, por tanto, como *legalmente obligatoria,* mientas no haya sido *anulada* a causa de su *'ilegalidad'* en la forma prescrita por la ley mediante declaración de un órgano competente. El derecho no sólo establece que el Tribunal debe observar cierto procedimiento para llegar a tal decisión y que ésta ha de tener determinado contenido; *también prescribe que una decisión judicial que o concuerde con tales preceptos seguirá en vigor mientras no sea revocada por el fallo de otro Tribunal, dentro de cierto procedimiento, y*

a causa de su 'ILEGALIDAD'. Esta es la forma ordinaria en que una decisión judicial puede ser nulificada...Si tal procedimiento ha concluido, o no se ha hecho uso de él, entonces hay RES JUDICATA. En relación con la norma de grado más alto, la inferior posee fuerza de LEY... Si un Tribunal de grado más alto facultado para verificar la conformidad de la norma inferior con la superior, NO CONSIDERA ILEGAL A LA PRIMERA, o si no se pide NINGUNA DECLARACION ACERCA DE TAL ILEGALIDAD, la decisión judicial posee, por decirlo así, VALIDEZ PLENA, lo que equivale a declarar QUE NO PUEDE SER NULIFICADA" (Teoría General del Derecho y del Estado. Textos Universitarios México 1969, págs. 188 y 189).

"La 'inconstitucionalidad' o 'ilegalidad' de una norma que, por una u otra razón, *tiene que presuponerse válida,* significa, entonces, bien la posibilidad de que la regla normativa sea anulada (en la forma ordinaria si es una decisión judicial, y en otra si es una ley), bien la de que el precepto sea nulo. Su nulidad significa la negación de su existencia para el conocimiento jurídico. *No puede haber ninguna contradicción entre dos normas que pertenecen a diferentes niveles del ordenamiento legal.* La unidad de éste no puede nunca ser puesta en peligro por una contradicción entre un precepto superior y otro inferior en la jerarquía del derecho" (Obra citada, pág. 192).

El ilustre jurista argentino Carlos Cossio también se ocupa del estudio de las denominadas *"sentencias contra la ley"*, y enseña:

"Pero donde la apariencia aberrante culmina, según las concepciones tradicionales del derecho, es en las llamadas sentencias contra ley. Aquí parece que en la sentencia hubiera fuente material, pero no fuente formal; aquí parece que habría de hablarse de una vigencia que no tiene validez.

"Desde el punto de vista lógico-formal, el *racionalismo* entiende que una sentencia contra ley vulnera el principio de contradicción por que está implicada la enunciación de que A es B y no es B, es decir, que la ley es el Derecho y no es el Derecho. Pero tampoco aquí, al negar la ley, se niega de ninguna manera una existencia que la ley no tiene. También aquí se opera con la falsa identidad de *norma y derecho.* La llamada sentencia contra ley no cuestiona la existencia jurídica; por el contrario ésta le es incuestionable ya que está mentada por la propia sentencia contra la ley. En la sentencia contra la ley no hay más problema que el de la fuerza de convicción por la arbitrariedad que pudiera estar implicada al haberse prescindido de la ley.

"La verdad es que la sentencia contra ley se hace problema con apariencia de una contradicción lógica, *sólo bajo la idea de que cada ley es de por sí algo autónomo e independiente. Pero la noción de una sentencia contra la ley que resulta por abandonar la norma genérica en la que la sentencia claramente podría subsumirse, de modo que quedarían en contradicción lógica esta norma y la norma individual de la sentencia, es UN ESPEJISMO que se desvanece con la noción del ORDENAMIENTO JURIDICO COMO UN TODO.* En efecto, producida una sentencia contra ley, el ordenamiento autoriza a recurrir de ella mediante los recursos procesales de apelación o de nulidad. Pero estos recursos significan necesariamente que la senten-

cia contra ley, así como puede ser *revocada* o *anulada,* puede también ser confirmada. Con lo primero, el problema ya no subsiste; y con lo segundo se hace evidente que no cabe hablar de una *sentencia contra ley,* desde que el propio *ordenamiento contiene la posibilidad de su convalidación.* En rigor, toda norma jurídica individual, por ser norma de un ordenamiento, conlleva en sí la posibilidad de su convalidación por un órgano superior. Esto demustra que cuando una sentencia tiene, como fuente formal, una norma jurídica específica del ordenamiento para subsumirse en ella, tiene a la par, *también como fuente formal, esa otra norma más general que deriva del ordenamiento en conjunto y en cuya virtud puede convalidarse por un órgano supremo.* En este caso, la sentencia contra ley queda *jurídicamente habilitada,* por esta norma subsidiaria que SCHREIER ha llamado norma de *habilitación*...Para que la norma de habilitación alcance una fuerza lógica pareja a la de la norma específica general que desaloja, se requiere agregarle algo que la norma de *habilitación* tiene como su contenido conceptual. *Este algo, según lo comprueba la mecánica del ordenamiento jurídico, es la decisión de UN FUNCIONARIO SUPREMO.* De todas maneras, es obvio que la *norma de habilitación* existe en todo ordenamiento jurídico en razón de la estructura del ordenamiento como un *conjunto:* Existencia de la que no puede dudar en vista de que al apelar de una sentencia contra ley, va supuesto forzosamente que esa sentencia podría ser confirmada; es decir, que tendría plena validez jurídica porque con el pronunciamiento confirmatorio se ha cumplido el requisito lógico que la *equipara en su validez con cualquier norma específica del ordenamiento.* Y en todo esto no ha de olvidarse que 'en caso judicial siempre se resuelve por la *totalidad del ordenamiento jurídico* y no por una sola de sus partes, tal como todo el peso de una esfera gravita sobre la superficie en que yace, aunque sea uno solo el punto por el que toma contacto' (Miguel Reale. La Teoría Estimativa del Derecho, en Revista Facultade de Direito de Sao Paulo, vol. 34, pág. 136).

"Pasando ahora al punto de vista lógico-trascendental de este problema, ha de decirse que *si toda sentencia tiene dos fuentes formales o cauces normativos para subsumirse, la elección de uno u otro depende de la valoración jurídica en cuanto que con uno u otro se expresare mejor el sentido del caso.* En una situación *parecida a la situación corriente de que hubieren dos o más leyes para mentar el mismo substrato de conducta,* por ejemplo, para mentar la muerte de un hombre por otro. Sólo que, teniendo mucha menor fuerza de convicción la subsunción en la norma de habilitación, *ha de ser verdaderamente tremenda la injusticia estipulada en una ley para que, al vivenciarse con tal intersubjetividad un estado ambiental contra lo que en ella califica de entuerto.* El Juez se decida a fallar *contra la ley* mediante la *habilitación* como recurso extremo. Sólo en semejantes hipótesis su sentencia tendría todavía fuerza de convicción. Con esto se viene a decir que la fuerza de convicción material o axiológica debe compensar suficientemente la debilidad de la fuerza de convicción lógica de la habilitación, para que una sentencia contra ley tenga valor objetivo. *Por eso la objetividad de las sentencias contra ley se tiene por excepcionalísima en la doctrina.*

"Sin embargo, la verdad es otra, porque después del análisis precedente resulta que *no hay sentencias contra ley:* Sólo hay sentencias que tienen fuerza de convicción o que carecen de ella...La tacha a una sentencia de ser *contra ley,* no significa de verdad lo que literalmente dice, a saber, la existencia de un acto ilícito; y mucho menos significa la pérdida del ser jurídico de ese acto. En rigor, la locución sólo expresa una falta de *fuerza de convicción superlativa,* con el lenguaje de una ciencia racionalista, en cuanto el derecho *está identificado con la norma* y en cuanto se acentúa el desvalor de la situación resultante con tan enfática descalificación. Pero así como se habla, *con ligereza científica,* de sentencias contra ley cuando falta la fuerza de convicción, así también nunca se habla de ella cuando la fuerza de convicción sobre, aunque el mismo problema antinormativo se encuentre implicado. Por el contrario en estos casos es frecuente ver a los juristas elogiar en la emergencia una obra maestra de interpretación. Y esta doble actitud prueba, mejor que nada, que la etiqueta verbal en boga aprobatoria o desaprobatoria simplemente traduce el bagaje conceptual, con que la ciencia jurídica de un determinado momento podía aludir el problema de la fuerza de *convicción"* (Teoría de la Verdad Jurídica. Carlos Cossio, págs. 260 y ss.).

A su turno, ENRIQUE AFTALION, gran tratadista de "Introducción a la Ciencia del Derecho", al estudiar el problema nos dice:

"Hemos visto que la creación normativa de los órganos se desenvuelve normalmente (y debe desenvolverse siempre) dentro de los límites impuestos a dicha creación por la *norma superior* que el órgano aplica, es decir por la norma en la que *funda su validez* la primera. Pero puede ocurrir que un *órgano cualquiera proceda a su creación normativa excediéndose en los límites impuestos a la misma por la norma superior.* Se trata del caso de la *sentencia 'contra ley'* o de la *ley 'inconstitucional'.* En estos supuestos parecería, a simple vista, que la norma inferior carece de toda validez y que no es, por tanto, una norma. La doctrina tradicional conceptúa estos casos como *normas sin validez, actos nulos,* aún *inexistentes,* pero esta conceptuación es contradictoria. En verdad, si se analiza el orden jurídico positivo se observa que para estos casos el mismo prevé un procedimiento determinado, ya sea de *anulación del acto,* afectado de dicho vicio, ya sea de sanción contra el órgano transgresor, pero *si el procedimiento de anulación no es intentado o si, siendo intentado la norma cuestionada es confirmada por el órgano autorizado para ello, la norma no se encuentra, en verdad, en contradicción con la norma superior* ya que ésta prevé expresa o implícitamente esa posibilidad de confirmación. Al declarar irrelevante la opinión de un particular cualquiera y sólo relevante la opinión de un órgano autorizado al efecto para declarar la conformidad o disconformidad entre una norma superior y otra inferior, el orden jurídico excluye la posiblidad de dicha contradicción. La norma superior establece en verdad una alternativa, ya que la norma inferior puede ser creada con el procedimiento y contenido determinados en la norma superior *o con cualquier otro contenido y procedimiento siempre que sean CONVALIDADOS POR EL ORGANO AUTORIZADO AL EFECTO.* Con terminología que, aunque no es propia de Kelsen, resulta, expresiva para designar la situación, se denomina *'norma de habilitación'* a esta segunda parte de la

alternativa que necesariamente se encuentra en la norma superior expresa o implícitamente y que sirve para fundar la validez de las normas aparentemente carentes de ella, *habilitado o convalidando* de este modo la decisión del inferior..."

Luego el referido tratadista ilustra su pensamiento con el siguiente ejemplo: "*Sentencia 'contra ley' material.* Supongamos que un Juez dicta una sentencia contraria al texto legal del fondo. Donde éste establece una pena de 8 a 25 años dicta, por ejemplo una pena de 26; o donde aquél requiere mayoría de edad, el Juez declara la validez de un acto otorgado por un menor, etc. Contra la sentencia del Juez de primera instancia tiene, el que se siente agraviado por la misma, ciertos recursos para ante un Tribunal superior, contra la sentencia de este último tiene quizá recurso ante otro, etc. Pero esta cadena de instancias revisoras tiene, necesariamente, un fin. Si el particular agraviado no intenta los recursos previstos en la ley procesal en el término acordado por la misma o si, intentados dichos recursos, el órgano supremo hasta el cual llega el interesado confirma la sentencia del Juez de primera instancia, *esta* queda habilitada o convalidada en forma definitiva (Cosa Juzgada). También en este caso la validez o invalidez de la *'norma antinormativa'* depende en última instancia de la decisión del órgano, y esta situación, a la que designamos con el nombre de *'habilitación'*, se encuentra prevista y consagrada por el mismo orden positivo.

"*Sentencia 'contra ley' formal.* Un caso en todo similar al anterior se da cuando la sentencia aparece en violación a la norma que establece la competencia del órgano o el procedimiento fijado para llegar a la misma. Si no se alega en tiempo y forma la incompetencia o no se intentan también en tiempo y forma los recursos previstos por la ley (de nulidad por violación de las formas sustanciales del proceso) o si, alegada dicha incompetencia o nulidad, es desechada por el Juez, por el Tribunal y, en última instancia, por el órgano supremo *la sentencia queda habilitada o convalidada* y no existe, en adelante, oportunidad de cuestionar su validez (cosa juzgada).

"Como vemos, la norma de *habilitación* es una alternativa que, a lo largo de la creación graduada del derecho, *permite conferir validez a cualquier norma surgida de la misma cualquiera sea el procedimiento de su creación y el contenido de dicha norma*" (obra citada, págs. 950 y ss.).

Antonio Luiz Machado neto en su obra Fundamentación egológica de la teoría general del derecho. Página 118 nos recuerda: "Otro punto crucial de la hermenéutica tradicional es el de las sentencias contra *legem*. Es verdad que el problema creado por las sentencias contra ley se plantea únicamente en términos de contradicción lógica entre la sentencia y una determinada ley, pero al margen de la noción, hoy predominante, del ordenamiento jurídico. Sobre la base de esta idea estructural de la teoría jurídica, el problema de las sentencias contra *legem* se resuelve por la norma de habilitación de Kelsen y Schreier. Esta es la solución del problema en el plano lógico-formal en que se sitúa la teoría pura. Pero en el plano lógico-trascendental que aquí nos concierne, la teoría egológica dirá que no hay sentencias contra *legem: Sólo hay sentencias que tienen fuerza de convicción o que*

carecen de ella. Cuando la ley, como fuente formal, no satisface aquella función de objetivar la valoración judicial del caso, el Juez apelará a otras instancias de la intersubjetividad como fuentes materiales que suministren fundamento a su valoración. Que el sistema jerárquico de las instancias confirma o niegue esa sentencia visiblemente renovadora es algo que en el plano lógico-formal se resuelve por los principios básicos del ordenamiento jurídico, tanto el estático-material y el dinámico-formal con el de habilitación y, en el plano lógico-trascendental, *por la noción de fuerza de convicción que estudiaremos, más adelante como la específica verdad jurídica.*

"Tanto en los cambios de jurisprudencia, en la desuetudo como en las sentencias contra *legem,* se trata de casos en los que la norma se había transformado en un concepto que no coincidía con la intuición. Esta es la solución egológica. En lo que hace a las doctrinas hermenéuticas de progenie racionalista, en la medida que sostienen que el derecho está en la norma y no en la conducta, se encuentran ante el absurdo de tener que negar los hechos y de tener que 'prohibirlos' 'inútilmente'. Es precisamente bajo la influencia de tales doctrinas que las legislaciones se dan a la tarea inocua de prohibir la desuetudo y las sentencias contra *legem*".

FRITZ SCHREIER, en su obra "Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho", al hablar de la norma de habilitación, enseña:

"En el ámbito de un ordenamiento jurídico especial puede haber una norma a la que el hecho jurídico de la postulación otorgue, en el caso de una extralimitación del sentido señalado por la norma superior, las mismas consecuencias que hubiera tenido de no existir la extralimitación. Un ministro ordena, por ejemplo, que se dé aviso acerca de las viviendas desocupadas, *a pesar de que ninguna ley le ha facultado para ello; o bien, el Juez condena a una persona por el delito de robo, a pesar de que ésta no ha robado,* de tal manera que no juzga con fundamento en la norma superior, que enlaza una pena a aquel delito; ello no obstante, en el primer caso existe la obligación de anunciar la desocupación de las viviendas, y en el segundo la de encarcelar a quien ha sido condenado en forma *'antijurídica'.* A la norma que equipare el hecho de postulación de otra al de una norma válida y considera la postulación nula como si no lo fuera, basándose solamente en la existencia de un hecho exterior, le damos el nombre de *norma de habilitación* (Rechtskraftnorm). *La norma de habilitación implica, en general, lo siguiente: Si un hecho de postulación de grado inferior rebasa los límites que le señala la significación del grado superior, deben producirse las consecuencias jurídicas establecidas por la norma nula. De este modo y mediante un rodeo a través de la norma de habilitación el precepto nulo queda incluido en el derecho positivo correspondiente y se transforma en un precepto válido.*

"Hay, pues, que separar con todo cuidado las dos normas: La de grado superior y la de habilitación. La sentencia (habilitada) se halla bajo dos normas distintas. Su significación carece de validez en relación con la norma de grado superior, que sólo quiere aplicar la sentencia; su postulación aparece como hecho jurídico bajo la norma de habilitación que confiere validez a la significación postulada" (Obra citada, págs. 267 y 268).

La filosofía jurídica anterior nos enseña, pues, que cuando la sentencia queda ejecutoriada el *precepto* nulo queda incluido en el derecho positivo correspondiente y se transforma en un precepto válido, como muy bien lo precisa Schreier. Este enfoque filosófico-jurídico fue precisamente el que el legislador no tuvo en cuenta cuando estructuró o tipificó el recurso de anulación. Ahora bien: Si en el mundo jurídico el sentenciador no encuentra ni puede encontrar sentencias ejecutoriadas que violen la Constitución Política y la ley, qué podría hacer como esfuerzo serio y válido para aplicar un precepto jurídico cuyas esencias jurídicas no se dan en la realidad.

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta.

Bogotá, agosto 22 de 1988.

RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES PUBLICAS POR GUARDA DE MERCANCIAS.—

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., catorce de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 4159. Actor: Impoger Limitada.

En escrito de 16 de agosto de 1983 la sociedad Impoger Ltda., mediante apoderado idóneo demanda a la Empresa Puertos de Colombia "Colpuertos" para que se hagan las siguientes declaraciones y condenas en su favor:

"1. Que se declare que Colpuertos es responsable de la pérdida de cincuenta y dos (52) bultos (cajas), de repuestos para autos, importados por Impoger Ltda., los cuales se describen y valoran en el capítulo correspondiente a los hechos.

"2. Que en consecuencia, se condene a Colpuertos, a título de restablecimiento del derecho, por concepto de daño emergente, a pagar a Impoger Ltda., el valor de las mercancías que se perdieron, así como el de todos los gastos ocasionados por la importación de las mismas.

"3. Que también a título de restablecimiento del derecho por concepto de daño emergente, se condene a Colpuertos a pagar a Impoger Ltda., el valor correspondiente a la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano, entre la fecha que ha debido entregarse la mercancía, o sea, desde el seis (6) de octubre de 1981 y aquella en que se verifique el pago de la suma a que se refiere la anterior petición.

"4. Que también a título de restablecimiento del derecho y por concepto de lucro cesante, se condene a Colpuertos a pagar a Impoger Ltda., las cantidades que correspondan al valor de los intereses comerciales de las sumas a que se condene por concepto de daño emergente, desde la fecha en que Colpuertos ha debido entregar las mercancías, hasta cuando se verifique el pago respectivo.

"5. Que se condene a Colpuertos a pagar las costas del presente juicio, al tenor de lo dispuesto por los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil".

Como hechos se narran en síntesis:

1. Que en el mes de junio de 1981 el barco Aegis Harmonic descargó una mercancía importada por Impoger (52 cajas de repuestos para vehículos automotores) en el puerto de Buenaventura.

2. Que el valor de esa mercancía ascendió a US$ 41.729.90 Fob Kobe, Japón, a una tasa de cambio por dólar de $ 56.14.

3. Que esa importación causó los gastos que se detallan en el hecho 3 del libelo (a fl. 6 del cuaderno principal).

4. Que la importación se hizo al amparo de la documentación que se detalla en el hecho 4 (a fl. 6).

5. Que la mercancía debía ser nacionalizada en Pereira y que para el efecto el 5 de octubre de 1981 se le pidió al administrador de la aduana de Buenaventura que autorizara el traslado de las mercancías a la ciudad de Pereira.

6. Que la mercancía no apareció, lo que impidió su traslado.

7. Que Colpuertos niega su responsabilidad, acogiéndose a una errónea interpretación del artículo 1º de la Resolución número 000425 de 27 de agosto de 1979, emanada de su Junta Directiva.

En el capítulo "normas violadas" se citan como infringidos los siguientes artículos: 16 y 20 de la Constitución Nacional; 3º, numeral 1 del Decreto 1174 de 1980; 2236, 2240, 2244 y 2260 del Código Civil; 2º del Decreto 630 de 1942 y el 1º de la Resolución 425 de agosto 29 de 1979, en concordancia con el 23, ordinal 2º del Decreto 972 de 1975, o estatutos de Colpuertos; 6º de la Ley 79 de 1931; 8º del Decreto 2012 de 1973; 1º, 2º, y 3º del Reglamento de Aduanas número 309; 1º del Reglamento 330 y 25 del Decreto 849 de 1979.

De folios 8 a 16 se explica el concepto de la violación en torno a la normatividad que se deja citada. Allí se hace hincapié en la falla del servicio y la concurrencia de los elementos que la tipifican.

El asunto venía tramitándose normalmente hasta la pérdida del expediente en el incendio del Palacio de Justicia ocurrido durante los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

A partir de 20 de marzo de 1986 se tramitó su reconstrucción, la cual se decretó en proveído de 3 de octubre de ese año. En auto de 23 de abril del año pasado se declaró el estado a partir del cual se reinició el procedimiento.

Cumplido el trámite de rigor, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora Fiscal, la demanda no está llamada a prosperar. Así, en su vista de junio 30 de 1987 (a fls. 105 y ss.) solicita que se denieguen las súplicas de la demanda.

De ese concepto, se destaca:

"Estudiado el negocio, este despacho se permite observar lo siguiente:

"Se afirma en la demanda que la mercancía llegó a puerto colombiano en el mes de junio de 1981. De las pruebas que aparecen en el expediente sólo se logra saber que la mercancía llegó, aunque no se precisa la fecha. Así por ejemplo en el documento que aparece al folio 24 se hace alusión a que el vapor que transportó la mercancía llegó en mayo 26 de 1981, lo que haría aún más notoria la inactividad del interesado en los trámites de entrega de la mercancía importada.

"En el documento que aparece al folio 22, el director de la empresa Puertos de Colombia, terminal marítimo de Buenaventura, admite haber recibido la mercancía y dice que fue descargada en junio de 1981. Solamente en septiembre de 1982 se presentaron en la bodega para localizar el cargamento.

"La anterior circunstancia, dice el mismo documento, exonera a la empresa de toda responsabilidad.

"Tenemos pues que aceptando que la mercancía llegó a puerto colombiano en junio de 1981, el interesado poco o nada hizo para retirarla dentro del término de 4 meses que el reglamento general de aduanas establece.

"El hecho anterior no lo discute el actor, quien tácitamente admite que dejó transcurrir y en exceso el término que tenía para reclamar la mercancía. Pero aduce que la Administración carece de facultad para señalar ese término; por otra parte se ha debido dictar una providencia haciendo la declaración de abandono, lo que la Administración no hizo.

"Pero resulta, que como se dice en la misma demanda el Decreto 2012 de 1973 faculta al Director General de Aduanas para determinar por reglamento, el tiempo que pueden permanecer las mercancías almacenadas en las bodegas de la aduana sin que opere el abandono de las mismas.

"Respecto a la forma que se le debe dar a la declaratoria de abandono, este despacho considera que tal requisito se justifica cuando la mercancía, no ha desaparecido y no ha sido reclamada por el dueño; en ese caso, declarado el abandono, el interesado puede aún, cumpliendo con las exigencias pertinentes, lograr que se le entregue la mercancía.

"Caso muy diferente fue lo que ocurrió en el presente caso, en donde el dueño de la mercancía dejó transcurrir más de un año para retirarla y en donde la Administración, por esa circunstancia se exonera de responder por ella.

"Se advierte igualmente, que en el presente caso la mercancía importada fue amparada por una póliza de seguro de la Compañía La Libertad.

"A folios 46 y 47 aparecen fotocopias de parte de unos documentos relacionados con esa póliza, en donde se puede leer que la Compañía respondía por la pérdida total y falta de entrega.

Tenemos pues que si la mercancía estaba amparada por una póliza de seguro, ha debido cancelar el valor asegurado una vez ocurrido el siniestro.

"Se observa igualmente, que al expediente se anexaron unos documentos en idioma extranjero, que como bien lo anota el representante del ente demandado, no pueden ser tenidos como prueba".

Por su lado la parte demandada en su alegato que en copia obra a folios 84 y siguientes, insiste en la denegación de las súplicas de la demanda, con argumentos que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a) Falta de legitimación.

Si la mercancía estaba asegurada por Seguros La Libertad, no se entiende porqué el pago del siniestro no se efectuó. De haberse logrado la aseguradora se habría subrogado y tendría que ser la demandante en lugar de la importadora;

b) Algunos documentos aparecen en idioma extranjero (en inglés) y por tal razón no pueden tenerse en cuenta;

c) En el certificado expedido el 23 de abril de 1983 (sobre recibo y entrega de la mercancía) aparece la constancia que ésta permaneció en las bodegas del terminal por más de un año sin que fuera reclamada, lo que dio lugar a la aplicación del artículo 1º de la Resolución 425 de 27 de agosto de 1979, que en lo pertinente dispone: "...a partir de la fecha del vencimiento del plazo concedido por la legislación aduanera, cesará toda responsabilidad de los terminales marítimos en relación con la pérdida y la avería que puedan sufrir tales mercancías..."

Con base en lo anterior, propone asimismo la excepción de inexistencia de la obligación.

Pese a lo antitécnico de las defensas, la Sala anota:

Es evidente que si la compañía aseguradora hubiera pagado el valor del siniestro a la demandante, por mandato legal (art. 1096 del C. de Co.) aquélla se habría subrogado en los derechos de ésta.

Si bien es cierto que dan cuenta los autos que la mercancía cuya desaparición reclama Impoger vino amparada con los seguros correspondientes por "falta de entrega" (a fl. 46), no es menos cierto que Seguros La Libertad no pagó absolutamente nada por su desaparición. Esto pudo constatarse mediante prueba decretada para mejor proveer. Aunque inicialmente la demandante hizo reclamo, luego le comunicó a la aseguradora que no presentaría reclamación por el siniestro que afectó la póliza de seguros de transporte número 1962 (ver documentos a fls. 113, 116 y 117 del cuaderno número 1).

De allí que al no producirse la subrogación legal, la legitimación siguió en cabeza de la impugnadora. Era ésta la que podía demandar como damnificada directa por la acción oficial y así lo hizo. Hay que entender el no reclamo de Impoger como una renuncia frente a la aseguradora, pero no más, sin efecto frente a terceros (el contrato

es rex inter allios acta) y en razón del contrato de seguros celebrado entre ellas. No es del resorte de esta Sala cuestionar la razón que la interesada tuvo para asumir esa actitud.

La inexistencia de la obligación (excepción de común ocurrencia y de antitécnica formulación dada su generalidad) se hace consistir en que Puertos de Colombia, luego de pasados los términos de que da cuenta la Resolución número 425 de 1979, no tenía porqué responder por la pérdida o las averías de la mercancía depositada en sus bodegas.

La defensa esgrimida, de aparente legalidad, en el fondo, como se ha venido interpretando, no es más que una justificación para no custodiar la mercancía y se ha convertido, en la práctica en pretexto para el saqueo de la misma, sin responsabilidad alguna para la empresa.

Aquí se pregunta la Sala. Si en las bodegas se pierde con tanta facilidad la mercancía depositada en tránsito de nacionalización o de exportación y dentro de los plazos previstos para cumplirla, qué no sucederá después de su vencimiento y cuando por norma reglamentaria se le dice a sirios y troyanos que ya cesó la responsabilidad de la empresa?

Dispone la aludida resolución en lo pertinente:

> "*Artículo primero*. Transcurrido el plazo señalado en el Reglamento General de Aduanas o Disposición Aduanera vigente para que las mercancías puedan permanecer en las bodegas, patios, cobertizos, alares, calzadas, y demás sitios de almacenamiento de los terminales marítimos de Buenaventura, Barranquilla, Cartagena, Santa Marta y Tumaco, sin que el propietario de las mismas o su representante, haya presentado el documento de entrega (Manifiesto) o la solicitud de reexpedición, el Jefe del Departamento de Almacenaje y Control de Servicios informará por escrito al Administrador de la Aduana de los respectivos terminales y al exportador o su representante, de tal hecho. *A partir de la fecha del vencimiento del plazo concedido por la Legislación Aduanera, cesará toda responsabilidad de los terminales marítimos en relación con la pérdida y/o averías que pueden sufrir estas mercancías*" (Subrayas fuera de texto).

Para la Sala la norma transcrita, por la cual se auto-exonera la entidad estatal de toda responsabilidad por la pérdida y/o averías que puedan sufrir las mercancías almacenadas en sus bodegas "a partir de la fecha del vencimiento del plazo concedido en la legislación aduanera" para que su propietario o su representante haya presentado el documento de entrega (Manifiesto) o la solicitud de reexpedición, es francamente ilegal, no sólo porque la aludida entidad carece de competencia para el efecto, sino también porque dicho acto administrativo se expidió, como lo dice en su enunciado, para fijar "el procedimiento para mercancías abandonadas en las instalaciones de

los terminales marítimos" de Barranquilla, Santa Marta, Cartagena, Buenaventura y Tumaco. Y en forma alguna podía contener disposición como la que se subraya en la transcripción precedente.

En efecto:

Esa exoneración de responsabilidad no podía ser establecida unilateralmente sin norma legal que la autorizara, así esta fuera una entidad pública. Sólo la ley, como lo dispone el artículo 62 de la Carta podrá precisar los alcances y efectos de la responsabilidad en general; vale decir, sólo el legislador podrá decir quién responde, en qué forma y porqué motivos. De allí que esa resolución sea inaplicable en ese extremo por ser violatoria del antecitado principio, de conformidad con el artículo 215 *ibídem*.

En parte alguna se faculta al gerente de Colpuertos, ni en la ley ni en los estatutos, par que regule el alcance de la responsabilidad de la entidad; y es de todos sabido, que los funcionarios y organismos públicos no pueden hacer sino aquello que les está expresamente autorizado. La competencia, como se ha dicho reiteradamente, es de derecho estricto.

Tampoco puede servir de pretexto para esa exoneración de responsabilidad la facultad que al gerente le confiere el ordinal 2º del artículo 23 de los estatutos de la empresa, porque éste es de alcance meramente reglamentario o procedimental. Baste leer el enunciado mismo de la resolución cuestionada para corroborar este aserto. Allí se afirma: "Por la cual se fija el procedimiento para mercancías abandonadas en las instalaciones de los terminales..." y el encabezamiento del antecitado ordinal que habla de "adoptar los procedimientos de trabajo necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la empresa".

Sobra afirmar que toda norma que exonere o limite la responsabilidad de alguien es de contenido eminentemente sustantivo y no instrumental.

La responsabilidad de las entidades públicas por la guarda de las mercancías depositadas en sus bodegas con fines de exportación o importación es de tipo legal, extracontractual. Así el artículo 55 de la Ley 79 de 1931, vigente a la sazón, tal como quedó luego de la modificación que le introdujo el artículo 2º del Decreto número 630 de 1942, disponía:

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

La norma transcrita es clara en cuanto a la índole de esa responsabilidad y despeja las dudas suscitadas por algunos fallos de esta

jurisdicción que la acercan a la responsabilidad contractual derivada de un contrato de depósito necesario; en un esfuerzo innecesario de privatización.

El hecho de que para facilitar los trámites de exportación e importación la mercancía deba ingresar forzosamente a una bodega oficial o autorizada, no crea una relación contractual de depósito entre la entidad pública y la persona interesada en la misma, ni tampoco significa que la situación jurídica deba gobernarse por el derecho privado.

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

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

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

Visto lo precedente se hace una síntesis del tratamiento que, a la época de la ocurrencia de los hechos, se le daba a la mercancía almacenada en las bodegas oficiales con fines de exportación o importación hasta la declaratoria de abandono legal; tratamiento que es muy similar al que contempla en el Decreto 2666 de 1984 o nuevo Código de Aduanas.

Se subentiende que se habla de mercancías de permitida exportación o importación, porque en caso contrario el procedimiento a seguir está regido por el estatuto penal aduanero, que regula todo lo relacionado con el delito de contrabando.

Allí se observaba:

a) La mercancía ingresaba a la bodega oficial y allí permanecía durante el lapso determinado por los reglamentos de aduanas para su trámite de nacionalización o exportación. Cumplido ese término sin que dicho trámite se hubiera cumplido la administración debía declarar su abandono. Aunque el ordinal 3º del artículo 60 de la Ley 79 de 1931 no era explícito y parecía dar a entender que el abandono legal se producía por el solo transcurso del tiempo, ésta no podía ser la inteligencia de la norma, no sólo al interpretarla en armonía con otros textos de la misma ley (arts. 82 y ss.) sino con la legislación posterior, en especial con los Decretos 2012 de 1973 (arts. 8º y 10) y 849 de 1979 (art. 25).

Los artículos 82 y siguientes regulaban el procedimiento de remate, en forma tal que no se concebía su desarrollo sin un acto oficial (el de abandono) que señalara el derrotero a seguir en el caso concreto. Y los decretos antecitados, porque en estos sí se habla expresamente de la declaración oficial de abandono (art. 8º, numerales 3 y 10, parágrafo 1º, Decreto 2012 y 25 del Decreto 849);

b) Hecha la declaratoria de abandono, y en firme la resolución correspondiente, la mercancía se vendía en pública subasta. Con el precio del remate se pagaba la administración sus derechos y devolvía el excedente al interesado;

c) Dictado el acto administrativo de abandono, la mercancía podía ser rescatada por el interesado antes de su ejecutoria y la solicitud de rescate debía ir acompañada del comprobante de depósito de los derechos, multas, bodegaje, y demás recargos a que hubiere lugar (art. 83, Ley 79 de 1931).

Con estos antecedentes, cabe anotar:

Durante la vigencia del artículo 55 de la Ley 79 de 1931 (art. 2º, Decreto 630 de 1942) esa responsabilidad era objetiva. Bastábale al interesado demostrar la pérdida de la mercancía o su deterioro, para tener derecho a la indemnización correspondiente. Y la administración sólo se podía exonerar alegando fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección, para la seguridad del contenido.

Pero esa clase de responsabilidad no podía entenderse durante todo el tiempo que permaneciera la mercancía en la bodega oficial, sino sólo dentro del término, fijado por los reglamentos de aduanas, para llevar a cabo los trámites de nacionalización o exportación. Se le imponía así al exportador o importador una serie de obligaciones en favor del Estado, las que debía cumplir dentro del lapso señalado en los aludidos reglamentos. Como contrapartida el Estado tenía que custodiar la mercancía con una más drástica o mayor responsabilidad, en la cual no le bastaba la diligencia y cuidado para exonerarse de la misma. Pero en forma alguna quería significar lo anterior que vencido el término, cesaba la responsabilidad de la administración.

Si esa hubiera sido la voluntad del legislador, así lo habría dispuesto. En la práctica, sólo significaba una mutación en el tipo de responsabilidad aplicable. En tal sentido esa responsabilidad objetiva

dejaba de serlo para convertirse en responsabilidad por falla del servicio, en la que jugaba y juega siempre papel la falta administrativa, porque el servicio funcionó mal, no funcionó o lo hizo a destiempo.

Tenía su justificación el aludido cambio, porque en el primer período o sea durante el lapso señalado por los reglamentos para el cumplimiento de los trámites de nacionalización o exportación, la mercancía permanecía por mandato legal en almacenaje forzoso u obligatorio; mientras que en el segundo período, éste pasaba de ser forzoso o por ministerio de la ley a impuesto por el interesado. En otros términos, dicho almacenaje continuaba prácticamente por voluntad de este último, el que al no cumplir los trámites legales prolongaba innecesariamente la permanencia de las mercancías en las bodegas oficiales y obstaculizaba el ingreso de otras que debían cumplir los mismos trámites.

Ese cambio en la responsabilidad se infería también del texto del artículo 55 de la Ley 79 de 1931, el que recalcaba que esa responsabilidad tenía esos alcances mientras se cumpliera el lapso señalado para la nacionalización o exportación, lo que, a *contrario sensu*, permitía concluir que pasado ese término la responsabilidad quedaba gobernada por las reglas generales.

Ese cambio significaba así mismo que las causales de exoneración limitativas indicadas en el mencionado artículo no operaban frente a la falla del servicio, en la que opera también, fuera de la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa de la víctima o el hecho de tercero.

Se entiende todo lo anterior con relación a la legislación vigente en la época de los hechos y habida consideración de que el aludido artículo 55 fue expresamente derogado por el Decreto 2666 de 1984 (art. 366).

El caso concreto:

Muestra el acervo probatorio:

a) La mercancía, importada por Impoger, arribó a Buenaventura procedente del Japón en junio de 1981 e ingresó a las bodegas de Puertos de Colombia;

b) El 5 de octubre de ese año se pidió autorización por conducto de Roldán & Cía. (agente de aduana) para el traslado de esa mercancía a la aduana interior de Pereira, para efectos de su nacionalización en dicha ciudad (a fl. 24);

c) Las autoridades de Buenaventura concedieron esa autorización al día siguiente, tal como se desprende del acto de 6 de octubre del mismo año, con la única condición de que esa entrega se haría luego de la comprobación del pago de los fletes y del muellaje (al fl. 25);

d) Pese a la autorización dada y como se desprende de la certificación que obra a folio 22, "solamente en septiembre 24 de 1982 se

presentaron en la bodega para localizar el cargamento y posterior retiro de los recintos portuarios, habiendo transcurrido un año después de haber presentado el memorial";

e) En comunicación de 1º de octubre de 1982, el Ingeniero Julio González Jefe del Departamento Crec de Puertos de Colombia-Buenaventura, informa, en respuesta a la petición número 4690 de septiembre 28 de ese año hecha por Roldán & Cía., que "la mercancía de la referencia figura como ilocalizada; razón última por la cual el jefe del Departamento de Almacenaje solicitó investigación laboral" (a fl. 33).

Estos hechos permiten cuestionar la conducta de las partes aquí involucradas.

En primer lugar, por qué Puertos de Colombia, pasados los términos de ley (4 meses según el reglamento 330), no declaró el abandono de la mercancía almacenada en sus bodegas, ante el no retiro de la misma para su traslado a Pereira?

Por qué esperó cerca de un año, contado a partir de la autorización de traslado, para declarar su ilocalización y denunciar su pérdida?

En segundo término, por qué Impoger pidió el traslado de la mercancía a Pereira en octubre de 1981 y demoró cerca de un año (septiembre 24 de 1982) para pretender su retiro de las bodegas de Puertos de Colombia?

La respuesta a estos interrogantes permite concluir que la entidad pública no cumplió con los deberes que le imponía la correcta prestación del servicio, ya que debiendo declarar el abandono de la mercancía no lo hizo y permitió su pérdida por falta de vigilancia adecuada; extremos estos que conforman la falla del servicio. Pero dejan ver esos mismos interrogantes que Impoger fue negligente. Obsérvese que cuando ya casi se le vencía el término para su nacionalización (4 meses) pidió el traslado a Pereira para esos fines y no se presentó a retirar la mercancía sino casi un año después.

La falla del servicio se pone así de presente como también la culpa de la víctima, con efectos compensatorios. Para la Sala la entidad pública debió declarar el abandono legal y no lo hizo; debió custodiar la mercancía que ella reconoció haber recibido en junio de 1981 (al fl. 22) y la dejó perder en sus bodegas.

La culpa de la víctima es así mismo, relevante, ya que debió retirar la mercancía en el mes de octubre de 1981 y no lo hizo. No se alega en el proceso ninguna razón para esta conducta ni se prueba ningún hecho justificativo. Es de suponer que el traslado oportuno de la mercancía habría evitado su pérdida.

No demostró la demandante que cuando pidió el traslado a Pereira ya la mercancía había desaparecido de la bodega oficial. Esta prueba habría cambiado el enfoque del asunto y comprometido en toda la extensión a la entidad pública.

La condena, en consecuencia, se hará sólo por la mitad. La compensación de culpas está aceptada por la jurisprudencia de esta Sala, con fundamento en el artículo 2357 del Código Civil.

Los perjuicios.

La importación de la mercancía se hizo con todas las de la ley. Obran en el expediente los documentos que respaldan este hecho, así:

El conocimiento de embarque (al fl. 26).

La cuenta de fletes cancelada a la Flota Mercante Grancolombiana (al fl. 27).

La factura comercial número 695-67-667/01 de abril 13 de 1981 de La Taixo Shokal Co. Ltda. (a fls. 28 y ss.).

La factura consular número 1661 de abril 14 de 1981 (a fls. 34 y ss.).

El certificado de origen de la mercancía, en abril 13 de 1981 (a fl. 36).

Los registros de importación números 363001074, 363001870, 363001872, 36300187/1 de 1980 y 542 de 1981 (a fls. 37 y ss.).

El valor de la mercancía ascendió a US$ 41.729.90, tal como se infiere de la factura comercial (a fl. 33), a una tasa de cambio de $ 56.14 por dólar.

Hecha la conversión y de conformidad con el dictamen pericial que obra a folios 52 y siguientes, el valor en pesos colombianos fue de $ 2.342.716.59 (al fl. 55).

Los gastos efectuados por Impoger, según ese mismo dictamen, ascienden a $ 381.776.97 (al fl. 55); suma esta que adicionada a la anterior da $ 2.724.493.56; o sea el daño emergente que sufrió la importadora a la fecha de la pérdida de la mercancía, la que para el caso se señala en septiembre 24 de 1982.

Recuérdese que en esta fecha se certificó su ilocalización y no existe otra anterior que sirva de referencia cierta para la estimación del perjuicio.

Esta cantidad, que se estima como valor histórico, deberá actualizarse a la fecha de la ejecutoria de esta sentencia siguiendo la pauta que para el efecto ha señalado el nuevo Código Administrativo en su artículo 178. En tal sentido, se deberán tener en cuenta los índices de precios al consumidor que certifique el Dane con relación a septiembre 24 de 1982 y a la de ejecutoria mencionada, con aplicación de la fórmula $Vp = vh \frac{ind.\ f}{ind.\ i}$; de donde Vp será el valor presente o actualizado; vh, el valor que se actualiza o sea el histórico; ind. f, el índice final, correspondiente al mes anterior a la fecha de dicha ejecutoria; e ind. i, el índice inicial vigente a la fecha de la ocurrencia del hecho perjudicial.

Como este mecanismo corrige el efecto devaluativo de la moneda, el valor histórico devengará un interés puro o efectivo del 6% anual durante ese mismo período. No se fija el comercial porque lleva en su seno la corrección monetaria y aquél está despojado de todo alcance o sentido correctivo.

La cantidad total (el valor actualizado más los intereses del valor histórico) se disminuirá en un 50%, porque en este porcentaje se estima la compensación por la culpa de la víctima.

Dados los términos de este fallo, la condena se entenderá en concreto, previa la demostración para su cobro de los índices correspondientes.

Por lo expuesto y en desacuerdo con la Fiscalía segunda de la Corporación, 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. Estímanse no probadas las excepciones propuestas.

2. Declárase a la Empresa Puertos de Colombia responsable por la pérdida de la mercancía importada por "Impoger Ltda." determinada en la parte motiva de este proveído y por las razones allí expuestas.

3. En consecuencia, condénasele a pagar a la mencionada sociedad, por concepto de perjuicios, el 50% (cincuenta) de la cantidad que resulte liquidada siguiendo las pautas indicadas en la motivación. Se entiende condena en concreto porque la cantidad a actualizar tiene un valor histórico de $ 2.724.493.56 (dos millones setencientos veinticuatro mil cuatrocientos noventa y tres pesos con cincuenta y seis centavos) y devengará intereses al 6% anual desde el 24 de septiembre de 1982 hasta la ejecutoria de este fallo.

4. La presente condena deberá cumplirse dentro de los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y devengará intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a dicha ejecutoria y moratorios luego.

5. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 3 de junio de 1988.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

TITULO V

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PUBLICA.—

Procedibilidad legal de DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO. VENCIDO EL TERMINO DE EJECUCION DE ESTE: Circunstancias que se pueden dar.

A) Ante el incumplimiento de mayor entidad la Administración podrá darlo por terminado anticipadamente con exigencia de multas vigentes y cláusula penal pecuniaria y orden de liquidación de éste;

B) Ante el incumplimiento del contrato y silencio de la Administración durante la vigencia del contrato: La Administración puede declarar su incumplimiento después del vencimiento del término del contrato, sin que se haya ejecutado la totalidad de la obligación, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Ratificación a la jurisprudencia sostenida en sentencia como la de 21 de febrero de 1986. Sección Tercera. Ponente: Doctor CARLOS BETANCUR JARAMILLO, y la de 24 de septiembre de 1987. Sección Tercera. Ponente: Doctor JULIO CESAR URIBE ACOSTA. Proceso número 3129.

Fundamento legal, artículo 72, inciso 1º del Decreto-ley 222 de 1983.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintinueve de enero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 3615. Contratos. Actor: Darío Vargas Sanz.

En escrito de mayo 5 de 1982 el Ingeniero Darío Vargas Sanz demanda al Fondo Nacional de Caminos Vecinales para que se declare la nulidad de la Resolución número 2428 de 26 de octubre de 1981 por medio de la cual *se declaró el incumplimiento del contrato* de obra número 80-0-046 celebrado con la misma entidad y se hagan las siguientes declaraciones:

"2. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a esa entidad a pagar a mi poderdante las sumas debidas por razón del referido contrato.

"3. Que se declare que el Fondo Nacional de Caminos Vecinales no tiene facultad legal ni contractual para hacer efectiva la cláusula penal y las pólizas CU-103 número 23950 y CU-103 número 23549 a que aluden los artículos 2º y 4º del acto impugnado.

"4. Que se condene al Fondo Nacional de Caminos Vecinales, a pagar a mi poderdante los perjuicios materiales y morales que resulten probados dentro del proceso o el incidente que se abra para el efecto causado por él, como consecuencia de lo resuelto y ordenado en el acto demandado.

"5. Que condene al Fondo Nacional de Caminos Vecinales a pagar a mi poderdante los intereses materiales por concepto tanto de cuentas parciales debidamente formalizadas como de cuentas de tramitación y liquidación del contrato número 80-0-046 para lo cual se estará a lo dispuesto en el artículo 195 del Código Judicial.

"6. Que al momento de hacer las condenas a que se refieren los numerales 2º y 3º de este *petítum* el honorable Consejo de Estado actualice el valor del daño emergente a la fecha de la sentencia".

Antecedentes:

En el libelo, se narran según síntesis hecha por la Fiscalía, los siguientes hechos:

"El Fondo Nacional de Caminos Vecinales, del Ministerio de Obras Públicas celebró con el Ingeniero Darío Vargas Sanz el *contrato de obras públicas* número 80-0-046 de agosto 14 de 1980 para la construcción del camino Unguía-Santa María-El Gilgal Balboa, en el Departamento del Chocó.

"En septiembre 18 de 1980 le fue entregado al contratista el anticipo equivalente al 20% del valor del contrato. Las obras se iniciaron en noviembre 4 de ese mismo año.

"En la demanda se dice, que la interventoría no suministró los diseños y detalles para realizar las obras de drenaje. También se destaca la poca experiencia del interventor en las labores contratadas.

"Se afirma, que Caminos Vecinales no elaboró unas cuentas de cobro dentro del término estipulado para hacerlo, lo que acarreó un retardo en el pago de las mismas al contratista, desmejorándose así su situación financiera, lo que acarreó dificultades económicas para continuar trabajando normalmente en la obra.

"Hubo también problemas con el abastecimiento de materiales del río Unguía por la destrucción de un puente.

"Por orden de la interventoría, el contratista tuvo que realizar unas obras que no estaban contempladas en el contrato, lo que implicó modificaciones al programa de trabajo, en contra de lo estipulado en la cláusula 13 del contrato.

"En agosto 26 de 1981 el contratista solicitó la ampliación del plazo por seis (6) meses, aduciendo una serie de dificultades. La Administración no accedió a la anterior solicitud y citó al contratista para el recibo final de la obra.

"Posteriormente, en octubre 24 de 1981 el Fondo Nacional de Caminos Vecinales dictó la Resolución 2428 declarando el incumplimiento contractual, imponiendo una multa y ordenando la liquidación del contrato".

Esa Resolución fue confirmada por la distinguida con el número 2893 de diciembre 11 del mismo año..

Mediante Oficio de octubre 28 de ese año de 1981 (RCH-ST-314) se requiere al contratista para proceder a la liquidación y recibo formal de la obra; pero dicho proyecto o acto fue objetado en escrito de 18 de noviembre.

En el capítulo "fundamentos de derecho" se anota como *causa petendi:*

"a) Estimamos como infringido el artículo 4º de la Ley 36 de 1966, por parte del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, porque según lo consignado en los hechos de esta demanda se modificó el programa de trabajo e inversiones del contrato que impidió al contratista la ejecución normal y completa del mismo dentro de lo convenido inicialmente. Frente a estas circunstancias era menester celebrar un contrato adicional para evitarle graves perjuicios al contratista;

"b) Se violó por la citada entidad el artículo 1609 del Código Civil, porque según esta norma que tiene aplicación dentro del contrato en cuestión, éste se celebró fundamentalmente para ser cumplido por ambas partes. Pero por culpa de la Administración, como se relató en los anteriores hechos, el contratista interrumpió sus tareas en la obra y, por lo tanto, no podía exigírsele la obligación de cumplir con una carga superior a la normal por el consiguiente rompimiento del principio de *igualdad frente a las cargas públicas;*

"c) Así mismo se violó el artículo 2600, numeral 2º del Código Civil, porque por un hecho imputable a la Administración se presentaron en la obra circunstancias de fuerza mayor que imposibilitaron su normal ejecución debido a la renuencia del ingeniero interventor para colaborar en el desarrollo de la misma, primero por no reunir las calidades de que trata el Decreto 150 de 1976 y segundo por no suministrar los diseños y especificaciones necesarias para el cumplimiento del contrato. Por otra parte, la interventoría no elaboró oportunamente las actas de recibo de obra y no se pagaron al contratista las sumas debidas, colocándose a éste en difíciles condiciones de cumplir por culpa de la Administración;

"d) Finalmente, estimamos que Caminos Vecinales infringió lo estipulado en las cláusulas décimatercera, décimacuarta del contrato, lo que exonera también al contratista de responsabilidad a la luz de lo establecido en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890".

Cumplido el trámite de rigor, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora Fiscal la demanda no está llamada a prosperar. Así en su vista de 13 de octubre del presente año (a fls. 100 y ss. del cuaderno número 1), observa:

"Los problemas que se mencionan en los hechos de la demanda son realmente insucesos de común ocurrencia en esta clase de contratos y no aparece ninguno que por su importancia y magnitud pueda justificar el incumplimiento del contratista.

"Por otra parte, los hechos que el actor califica de incumplimiento del ente demandado, como fue ordenar la realización de algunas obras que no estaban en el contrato, además de haber sido un hecho aceptado por el contratista, en esta clase de contratos es corriente que se presenten obras adicionales que hay necesidad de realizar. Así pues que ese hecho no es por sí solo algo excepcional.

"El actor alude también al retardo de la Administración en la elaboración y pago de unas cuentas de cobro. Resulta, que en el contrato se estipuló en la cláusula 14 que las cuentas se elaborarían por el contratista y el interventor. Por otra parte el mencionado retardo no quedó establecido.

"Lo que sí se observa, y en el expediente abunda la prueba, es que el contratista desde un principio comenzó incumpliendo con sus obligaciones y presentó un marcado retardo en la ejecución de los trabajos, así por ejemplo a folios 79 y siguientes del cuaderno 1 aparecen varias comunicaciones que informan sobre el contínuo incumplimiento del contratista. Es de suma importancia destacar el acta evaluativa del avance de las obras que aparece anexada al folio 80 del cuaderno 1 en donde se consignó: '...3º Que el contratista acepta la responsabilidad del atraso en la ejecución de las obras'.

"Y más adelante se lee: '...El contratista se compromete a incrementar las labores de construcción de las obras de drenaje, afirmado, así como la de los puentes sobre los ríos Tigre y Tanelas'.

"Al folio 74 del cuaderno 3 aparece una comunicación suscrita por el interventor de la obra en donde se aprecian algunos de los problemas surgidos con el contrato y se puntualizan una serie de incumplimientos del contratista.

"Antes de la decisión final de la Administración, ya se le había impuesto una multa al contratista, como puede verse en la Resolución 1627 de julio 10 de 1981 visible al folio 14, cuaderno 2.

"Tenemos pues que las razones que se dieron en el acto administrativo que declaró el incumplimiento contractual están respaldadas con pruebas que se allegaron al expediente y que no fueron desvirtuadas por el actor".

Por su lado, el Fondo insiste en que se deben denegar las súplicas de la demanda. Estima que el actor no pudo desvirtuar los fundamentos expuestos por el aludido Fondo en el acto impugnado. Y que además, su incumplimiento apareció demostrado en forma suficiente dentro del expediente. Arguye, así mismo, que las infracciones alegadas, en especial las de los artículos 1609 y 2060, numeral 2 del Código Civil, no fueron evidenciadas.

Se observa sí, que la parte actora no presentó alegación alguna, quedando la controversia con el planteamiento inicial hecho en la demanda.

Vistas las posiciones de las partes, la presente motivación desarrollará los siguientes puntos: a) La demanda formulada; b) El contrato y su vencimiento; c) Los poderes exorbitantes de la Administración; d) La conducta del contratista; c) La conclusión.

a) La demanda formulada.

La controversia es de origen contractual. El acto impugnado así lo da a entender, como lo dan a entender también las pretensiones de restablecimiento buscadas por la parte demandante. Las controversias que giran en torno a los actos contractuales propiamente dichos, distintos de los separables, están comprendidas en las acciones enunciadas en el inciso 1º del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. La no separabilidad de actos como el aquí impugnado es asunto fuera de discusión.

Para confirmar lo precedente basta tener en cuenta que mediante la Resolución 2428 de 28 de octubre de 1981 el Fondo Nacional de Caminos declaró el incumplimiento del contrato número 80-0-046 celebrado con el doctor Darío Vargas Sanz, *ordenó así mismo hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria a través de la póliza de cumplimiento* CV-102 número 23950 de la Compañía de Seguros del Estado, y *dispuso la liquidación por vencimiento del plazo.* Es decir, se tomaron por la administración unas decisiones que no pueden concebirse sin el contrato y que sólo tienen vida en razón del mismo.

Esa Resolución 2428 fue objeto del recurso de reposición, el que fue resuelto el 11 de diciembre de ese mismo año, por medio de la número 2893.

b) El contrato y su vencimiento.

Muestra el contrato número 80-0-046 que la obra convenida debía ejecutarse en 12 meses "siguientes a la fecha de entrega del anticipo, de acuerdo con el plan de trabajo aprobado por Caminos Vecinales".

Tal como lo afirma la parte actora ese pago se produjo el 18 de septiembre de 1980, pero la ejecución de las obras se inició a partir de 4 de noviembre siguiente, tal como lo da a entender el acta de iniciación de obras (hecho 7º de la demanda).

Con todo, el mismo contratista no alega esta última circunstancia, sino que acepta en el memorial de reposición contra la Resolución

número 2428 (a fls. 35 y ss.) que el contrato "venció el 18 de septiembre de 1981 sin haberse ejecutado la obra pactada por incumplimiento de las obligaciones imputables al Fondo de Caminos Vecinales..."

Lo anterior permite concluir que cuando la Administración dictó el acto impugnado, ya el contrato había vencido por expiración del plazo convenido. Esta circunstancia de orden temporal siembra la inquietud de si la Administración podía hacerlo, dado tal supuesto. En el aparte siguiente se estudiará este aspecto.

c) Los poderes exorbitantes.

Ha dicho la jurisprudencia que los poderes exorbitantes que tiene la entidad pública contratante sólo pueden ejercerse dentro de la vigencia del contrato. Así podrá terminarlo unilateralmente, declararlo caducado por incumplimiento o por las demás causales permitidas en la ley, modificarlo o interpretarlo unilateralmente, imponer multas o sanciones o liquidarlo *motu proprio*, etc., etc.

Al respecto, en asunto similar, la Sala sostuvo:

"Afirma la demanda que la Administración no podía dictar el acto de caducidad después del vencimiento del término contractual, como tampoco expedir una resolución de incumplimiento.

"El planteamiento hecho por la parte actora ciertamente corresponde al pensamiento reiterado de la Sala. La terminación unilateral del contrato corresponde al poder exorbitante de la entidad pública contratante; poder que no puede ejercer sino durante la vigencia del convenio, porque por ese medio se le pone fin anticipadamente, con sujeción a unas causales predeterminadas. Corresponde la caducidad a una terminación anormal por voluntad del ente público, titular de ese poder, quien puede ejercerlo 'en orden al exacto cumplimiento del contrato'.

"Normalmente los poderes exorbitantes de la entidad miran a la correcta ejecución del contrato. Por eso puede imponer multas o sanciones para presionar e impulsar esa ejecución. Puede así mismo por razones de conveniencia pública y buena administración modificar el contrato en ciertos aspectos; o interpretarlo. En este orden de ideas se observa que si las medidas coercitivas provisionales no dan el resultado apetecido y no logran el fin buscado, podrá terminarlo unilateralmente, en especial cuando el incumplimiento de las obligaciones del contratista sea de tal magnitud que haga imposible la ejecución del contrato o cause perjuicios a la entidad pública.

"Si se observan las causales de caducidad que contempla el estatuto contractual (art. 62 del Decreto 222 de 1983) similares a las contenidas en el Decreto 150 de 1976 (art. 49), *se infiere que todas ellas deben producirse durante la ejecución del contrato y precisamente para darlo por finalizado en forma anticipada.* Así, si muere el contratista (en principio se celebra *intuitu personae*) y no se ha previsto que puedan continuarlo sus sucesores, o sufre durante su ejecución incapacidad física permanente, o es declarado en interdicción judicial, o se disuelve la persona

jurídica contratista o cae en incapacidad financiera. Como se observa, la justificación de las causales es obvia, bien porque la contratista no pueda continuar la ejecución (muerte, incapacidad física o interdicción judicial) o no ofrece seguridades a la administración para su ejecución, como sería la quiebra del contratista, su incapacidad financiera o la disolución misma de la sociedad contratista.

"Frente a la causal de incumplimiento, por ejemplo, es aún más clara la operancia anticipada en el antecitado Decreto 150, porque allí ese incumplimiento, a juicio de la entidad, debía hacer 'inconveniente la continuación del contrato'.

"Lo anterior pone de relieve que la caducidad, en los contratos de tracto sucesivo no puede declararse después de su vencimiento. Vale decir, que con dicho vencimiento cesa el poder exorbitante de terminación unilateral.

"Los planteamientos generales son aplicables al contrato de obra pública. En estos el incumplimiento que haga imposible su ejecución, deberá calificarse tan pronto se patentice, no sólo para facilitar a la Administración la toma de medidas de urgencia tendientes a evitar los perjuicios que pueda sufrir la colectividad con esa no ejecución, como sería la ejecución directa o por un tercero, sino para concretar la responsabilidad que en ese incumplimiento le toque al contratista. Así, podrá hacer exigible las garantías y la cláusula penal pecuniaria, una vez esté ejecutoriada la medida de terminación. Pero si la Administración por x o y razones, deja vencer el contrato, perderá el poder exorbitante que tiene de definir o concretar ese incumplimiento del contratista y deberá someterse, si quiere sacar ventajas del mismo, al Juez del contrato.

"Los poderes exorbitantes fueron dados por la ley para lograr el cumplimiento del contrato o para facilitar su ejecución por la Administración o un tercero y no para convertirla en Juez del contratita más allá de sus límites temporales de competencia.

"Esos poderes exorbitantes son así de interpretación restrictiva por corresponder a reglas de excepción.

"Al terminar el contrato de obra, bien normal o anormalmente, el único paso que queda es el de su liquidación, etapa en la que se observa cierta exorbitancia, ya que la Administración podrá liquidar unilateralmente si no existiere acuerdo entre las partes para el efecto.

"Si la Administración deja vencer el contrato sin hacer uso de su poder exorbitante, ya no podrá hacerlo hacia el futuro y si quiere sacar avante pretensiones indemnizatorias derivadas del incumplimiento del contratista tendrá que acudir al Juez del contrato. Este, al constatar ese incumplimiento, le dará exigibilidad a las garantías y a la cláusula penal pecuniaria" (Sentencia

febrero 21 de 1986, Sección Tercera, Actor: Sociedad Ingeniería Explotaciones y Pavimentos Ltda. Ponente: Carlos Betancur Jaramillo).

Así mismo en sentencia de septiembre 24 de 1987, con ponencia del señor Consejero Julio César Uribe Acosta (Proceso 3129, Compañía Constructora de Occidente Ltda.) esta Sala sostuvo:

> "*Primera.* Está debidamente probado que la última prórroga del contrato venció el día treinta (30) de mayo de 1980. Con esto se quiere significar que para el momento, en el tiempo físico, en que el ente demandado impuso la multa (julio 18 de 1980), el contrato estaba terminado, lo que explica que la Administración había perdido ya la oportunidad para imponer tales sanciones. En esta materia rige la misma filosofía que predica que la declaratoria de caducidad debe hacerse antes de expirar el plazo y la que enseña que no puede solicitarse la terminación de un contrato después de su vencimiento. Los poderes exorbitantes que tiene la Administración tienen que ponerse en marcha en el momento contractual y legal oportuno, y no cuando el administrador lo considere conveniente, a su sola voluntad. Esta materia es particularmente reglada y se orienta a darle certeza y seguridad a las relaciones jurídicas, por lo cual no le es permitido al sentenciador hacer esfuerzos de calistenía jurídica para darle entrada a una orientación de desorden".

Para la Sala, la doctrina expuesta merece ratificación parcial, pero con algunas precisiones en torno a la declaratoria de incumplimiento, la que, en ciertas circunstancias, sí podrá hacerse por la Administración contratante después del vencimiento del término del contrato.

Si se observa el régimen contractual vigente, similar en este campo al que organizaba el Decreto 150 de 1976, puede afirmarse, frente al incumplimiento del contratista, en síntesis lo siguiente:

Durante la vigencia del contrato el incumplimiento parcial, que no haga imposible su ejecución, justificará la multa como medida coercitiva provisional para constreñir su cumplimiento. Pero si ese incumplimiento es de mayor entidad la Administración podrá darlo por terminado en forma anticipada o anormal y podrá exigir las multas vigentes y la cláusula penal pecuniaria, además de ordenar la liquidación del contrato.

Hasta aquí ese incumplimiento o es la causa de la multa o el motivo para la caducidad. En otros términos, la declaración de incumplimiento es el fundamento o apoyo de una medida diferente, pero consecuencial, vinculada íntimamente con la vigencia del contrato.

Pero qué sucede cuando el contratista incumple y la administración guarda silencio durante la vigencia del mismo?

Con la tesis anterior, nada podía hacer; y tenía que someterse la Administración que cumplió o se allanó a cumplir a la decisión del Juez del contrato.

Pues bien. Aquí se rectifica la tesis con el siguiente alcance: En los contratos de obra pública, de suministro o prestación de servicios, por ejemplo, en los cuales la nota de tracto sucesivo se ve clara, la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual sin que éste haya ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

El fundamento de esta facultad se encuentra en el mandato contenido en el inciso 1º del artículo 72 del Decreto 222 de 1983, idéntico a la previsión contemplada en el mismo inciso del artículo 61 del Decreto 150 de 1976.

Dispone aquella norma:

> "En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento".

Pues bien. La doctrina venía tomando este texto en forma recortada. Aceptaba que con la declaratoria de caducidad pudieran hacerse efectivas dicha cláusula y las multas, pero no aceptaba que esas medidas pudieran hacerse efectivas cuando la Administración no hiciera el pronunciamiento de caducidad durante el plazo contractual o lo produjera después de su vencimiento y menos que pudiera hacer, vencido el contrato, una declaración de incumplimiento para tales efectos.

Con esta interpretación se estaba recortando evidentemente el poder de la Administración contratante; porque si bien ésta no puede caducar lo ya ha terminado, nada impide que se pronuncie sobre el incumplimiento del contratista, cuando precisamente el vencimiento del plazo pone en evidencia que ya el contrato no se puede ejecutar en su integridad. En otros términos, cuando el vencimiento del plazo, *per se,* muestra que hubo un incumplimiento en determinado porcentaje.

Y todo se debió a una mala interpretación de la ley y como si ésta sólo permitiera la declaración de incumplimiento para efectos de multas, o de caducidad. Ese artículo 72 va más allá y permite ese pronunciamiento con otro fin diferente: El poder hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. En otros términos, ese artículo 72 permite que se haga efectiva la cláusula penal no sólo en el evento de la caducidad sino también en el caso de incumplimiento; incumplimiento que debe ser expresamente declarado por la Administración.

Basta releer el texto transcrito para observar esas dos vías para hacer efectiva dicha cláusula penal mediante decisión administrativa. Una, por la vía de la caducidad; y otra, por la del incumplimiento. Estas dos oportunidades no son más que la conclusión de la interpretación racional del extremo subrayado "en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento". Porque, además, aquí la "o" es disyuntiva y tiene que serlo porque la declaración de caducidad no puede confundirse con la de incumplimiento porque en ésta existe

sólo un motivo para su declaración (el incumplimiento) mientras que en la de caducidad se pueden dar, además de ese motivo, otros diferentes.

Pero este poder de declarar el incumplimiento no podrá ejercerse en forma ilimitada en el tiempo porque no podrá declararse después de vencido el plazo que la Administración tiene para liquidar tales contratos. Es apenas obvio que no pueda cumplirse después de esa liquidación, háyase hecho en forma unilateral o de común acuerdo entre los contratantes. Si lo primero y la Administración guardó silencio de ese incumplimiento en su acto, no podrá revocarlo sin consentimiento del contratista ya que creó una situación individual o concreta a su favor. Y si lo segundo (liquidación de común acuerdo) el acto será intocable unilateralmente por conformar un acuerdo de voluntades logrado entre personas capaces de disponer.

En suma, la Administración podrá declarar el incumplimiento después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste.

Aquí surge un escollo, aparentemente creado por un vacío legal. Qué plazo tiene la Administración para liquidar el contrato?

Aunque la ley no lo diga no quiere significar esto que la Administración pueda hacerlo a su arbitrio, en cualquier tiempo. No, en esto la jurisprudencia ya ha tomado también partido. Se ha considerado como término plausible el de cuatro meses; dos, a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la documentación adecuada para la liquidación y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo. Si se vence este último la Administración no podrá esperar más y deberá proceder a la liquidación unilateral, mediante resolución administrativa debidamente motivada.

d) La conducta del contratista.

El Fondo Nacional estimó que el contratista había incumplido el contrato. Por esa razón expidió la Resolución de incumplimiento número 2428 de 26 de octubre de 1981, confirmada por la 2893 de diciembre 11 del mismo año.

En ese acto administrativo se expusieron como razones justificativas de la medida, las siguientes: a) Un notorio retraso en la ejecución del contrato, el que fue aceptado por el contratista en acta de 25 de junio de 1981; b) La renuencia a cumplir luego de lo convenido en la mencionada acta y la imposición de la multa de $ 50.000.00 mediante Resolución número 1627 de julio 10 de 1981; c) El vencimiento del plazo de ejecución; d) La falta de equipo necesario para la ejecución de la obra y la deficiente permanencia del contratista y del ingeniero residente en el lugar de los trabajos.

La motivación expuesta por el Fondo que se deja enunciada debió desvirtuarse por la parte actora, si quería sacar avante sus pretensiones.

Pero no lo logró. En esto coincide la Sala con la apreciación de la señora Fiscal, la que destaca que desde un principio se observó el incumplimiento del contratista.

Tocábale, pues, a la parte actora, la carga de la prueba, en otros términos, debió desvirtuar las afirmaciones de la Administración (las que estaban amparadas con una presunción simple de veracidad), pero no mediante sus propias aseveraciones sino con apoyo en pruebas debidamente practicadas. Pero no lo logró y la decisión tendrá que ser adversa a sus aspiraciones, con aplicación del aludido principio de la carga de la prueba.

En torno a los motivos enunciados por la Administración, se observa: Efectivamente se puso en evidencia un notorio atraso en la ejecución de la obra. El acto de liquidación lo concretó en forma elocuente. Del valor total del contrato ($ 31.959.141.60) se ejecutaron obras por $ 11.034.195.11, lo que objetivamente muestra que sólo se cumplió en un 34.48%.

El mismo contratista aceptó el incumplimiento en acta de acuerdo de 25 de junio de 1981, en texto suscrito por él y que reza: "El contratista aceptó la responsabilidad del atraso en la ejecución de las obras" (a fl. 80 del cuaderno número 1).

En esa misma acta el Fondo afirmó el notorio atraso de las obras y convino con el contratista una reprogramación de las obras para darle cumplimiento al contrato en el plazo convenido y que vencía el 18 de septiembre de ese año.

Pese a que en esa misma reunión el contratista se comprometió a incrementar las labores de construcción, nada cumplió. Tan cierto es esto que con posterioridad a la suscripción del acta de junio 25, se le sancionó con multa de $ 50.000.00, tal como lo dan a entender las Resoluciones números 1627 y 1967, en su orden de 10 de julio y 28 de agosto de 1981. En ambas decisiones se insiste en el atraso de la obra, por fuera de la programación convenida. Estos actos están ejecutoriados y no fueron cuestionados por el contratista.

El vencimiento del plazo.

No existe duda alguna que cuando venció el plazo de ejecución la obra no se había construido en su totalidad. Según se expresó atrás, sólo se había cumplido aproximadamente en una tercera parte.

Muestra el contrato que el plazo de ejecución era de 12 meses, contados a partir de la entrega del anticipo (ver cláusula 9ª del contrato). La entrega de dicho anticipo se cumplió el 18 de septiembre de 1980, tal como lo acepta el mismo contratista en el hecho 7º del libelo.

De tal manera que según las voces del contrato el plazo de ejecución se inició ese 18 de septiembre y feneció el 18 de septiembre de 1981. En este extremo como mínimo debió alegar la fecha de iniciación de obras el 6 de noviembre de 1980, para ganarse unos días, pero guardó silencio al respecto.

Todo da a entender que cuando el contratista recibió el anticipo, aún no estaba en condiciones de iniciar la ejecución. Tampoco solicitó prórroga dentro del acta de acuerdo de 25 de junio de 1981 y cuando se conoció el atraso en la ejecución.

En otros términos, la situación de incumplimiento general fue la que movió a la Administración a no conceder la prórroga de 6 meses pedida por el contratista el 26 de agosto de 1981. Las razones expuestas para la prórroga no eran sobrevinientes, sino que correspondían a situaciones planteadas desde un principio y que motivaron precisamente el acta de acuerdo.

Se refuerza la situación de incumplimiento con una serie de documentos suscritos por el interventor de la obra, y por la División de Supervisión del Fondo y por el jefe de auditoría operacional en los que se insiste en el poco interés demostrado por el contratista para continuar la obra, en los problemas laborales que afrontaba, en la falta de equipo adecuado, en la ausencia de ingeniero residente, etc., etc. (Ver oficios a fls. 79, 82, 83 y 84).

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:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 28 de enero de 1988.

Carlos Betancur Jaramillo, Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION.— Criterios diferenciadores entre "administrativos" y "privados".

DEMANDA DE RECONVENCION EN PROCESOS ORDINARIOS QUE SE ADELANTAN ANTE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., nueve de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Proyectó Magistrado auxiliar: *Doctor Ramiro Borja Avila.*

Referencia: Expediente número 4913 (180). Actor: Seguros del Estado. Demandado: Empresas Públicas de Medellín.

La entidad denominada "Empresas Públicas de Medellín", obrando por conducto de apoderado judicial, interpuso el recurso de apelación contra el auto del Tribunal Administrativo de Antioquia por medio del cual se revocó el auto admisorio de la demanda de reconvención que esta entidad propuso contra la sociedad demandante. Se procede a resolver la impugnación.

I. La providencia apelada:

El *a quo* revocó la admisión de la reconvención porque consideró que el conocimiento de esa controversia corresponde a la jurisdicción civil porque gira alrededor de un contrato de derecho privado como lo es el contrato de seguro celebrado para garantizar el cumplimiento del contrato de obra pública. Al efecto, el Tribunal argumentó así:

> "En la discusión de si se trata de un contrato de derecho privado o administrativo, el Tribunal no tiene inconveniente en tomar partido alineándose con el recurrente (contrademandado) cuando sin escatimos coloca el contrato de seguro de cumplimiento de un contrato de obra pública, en el estadio de derecho privado, todo porque aun cuando se trata de un contrato de garantía cuyos efectos quedan vinculados a un contrato administrativo, su régimen legal está dispuesto en el Código de Comercio y el debate que en torno a él puede suscitarse debe ventilarse ante la jurisdicción ordinaria". Y agregó:

"Calificar el contrato de seguro de cumplimiento de obra pública otorgado por una compañía de seguros, como administrativo con base en el artículo 70 del Decreto 222 de 1983, es desconocer la autonomía de los contratos y hacer una exegética interpretación de ese precepto que involucró en su texto la alocución '...los respectivos contratos...' cuando lo que quiso significar es que los efectos del contrato de garantía forma (sic) parte integrante de aquél que se garantiza".

"Es esta —dice el Tribunal— la interpretación más racional y lógica del texto en comento, pues considerar que el contrato de seguro queda involucrado en el de obra pública, por ejemplo, sería aceptar la fusión de dos contratos autónomos, independientes, de fisonomía propia, para lo que la Ley 19 de 1982 no autorizó al Ejecutivo" (fls. 69 y 70, cuaderno 1).

II. La impugnación:

El apoderado de la entidad reconviniente considera que el contrato de seguro es administrativo porque "está sometido a un régimen especial, como que debe someterse a la aprobación de la Contraloría General de la República, esto en otros términos indica que él está regido por normas de derecho público, en su celebración, en su ejecución, etc. Este criterio ha sido usado para calificar un contrato como de derecho privado o como administrativo, y si lo aplicamos se concluye en la forma como lo estoy haciendo".

Dijo también el recurrente que el criterio más usado para determinar si un contrato es administrativo o de derecho privado es la existencia en él de cláusulas exorbitantes y que dentro del contrato que sirve de base a la controversia ellas existen, como en los casos de las cláusulas quinta, octava, cuarta, sexta y décima. "Se trata de un contrato administrativo atípico, pero contrato administrativo de todas formas", concluyó el apelante (fls. 76 a 78, cuaderno 1).

III. La réplica de la sociedad actora reconvenida:

El apoderado de Seguros del Estado S. A., pide que se confirme la providencia impugnada porque también estima que el contrato alrededor del cual gira la controversia es de derecho privado, por las razones expresadas por el Tribunal. Pero la improsperidad del recurso la fundamenta igualmente en las razones que expresó cuando recurrió del auto que admitió la reconvención, el cual fue posteriormente revocado mediante la providencia que ahora se revisa.

Las razones a las que alude el opositor se refieren, en primer término, a la apreciación de que la demanda incoada es ordinaria y en ella no es posible reconvenir, en lo contencioso administrativo.

Por otra parte, argumentó el mismo apoderado que las controversias contractuales tienen un procedimiento especial y por lo tanto ellas no pueden ser objeto de reconvención de demandas que deben tramitarse como procesos ordinarios.

IV. Consideraciones de la Sala:

A) Como quiera que el punto central de la controversia planteada por el impugnante en la segunda instancia y que sirvió de razón al Tribunal para rechazar la reconvención, gira en torno a la naturaleza jurídica del contrato de seguro que garantiza el cumplimiento de uno administrativo, en cuanto a su condición de ser de derecho privado o de derecho público, la Sala procede a dirimir el punto en cuestión;

B) La clasificación de los contratos entre los de derecho privado y los de derecho público o administrativos es un tema que aún no ha decantado suficientemente la jurisprudencia ni la doctrina. Por ejemplo, esta Corporación ha emitido diversos conceptos sobre el particular, uno de los cuales señaló diez criterios diferenciadores, los cuales le permitieron a la Sala de Consulta y Servicio Civil concluir que "un contrato es administrativo cuando, autorizado por la ley, es celebrado por un organismo de la administración para realización de sus fines, sujetándolo total o parcialmente a reglas especiales de derecho público, porque así lo dispone o autoriza la ley, estipulando cláusulas que son de forzosa aceptación para el particular contratista". Los fundamentos de esa deducción los presentó así la Sala de Consulta y Servicio Civil:

"En Colombia, se podría entender que el carácter administrativo de un contrato celebrado por organismos estatales, resultaría de la concurrencia de algunas de estas condiciones:

"a) Su origen o iniciativa, que debe ser una autorización legal, general o específica, háyase dado ella antes de su celebración o en forma posterior, a manera de aprobación o ratificación, condición ésta que no es particular del contrato administrativo propiamente dicho aunque sí de todos los contratos de la administración, y que no es otra cosa que aplicación del principio de legalidad que rige todas las actuaciones administrativas y de la cual depende su validez;

"b) La naturaleza de las partes contratantes o de una de ellas, esto es, el de que en todo contrato administrativo una al menos de las partes es un organismo estatal; en el primer caso, el contrato, en principio, será administrativo, sin excluir la posibilidad de que pueda ser de derecho privado; en el segundo, esa circunstancia no es determinante, puesto que es posible que el contrato sea de derecho privado;

"c) Por los requisitos formales necesarios para su perfeccionamiento, cuestión adjetiva que puede simplemente hacer compleja la formación del contrato o solemnizarlo, distinción externa que sólo adicionalmente puede ayudar a la distinción de los contratos administrativos;

"d) La inclusión concurrente de estipulaciones o cláusulas que podemos llamar forzosas en tanto es exigida por la ley, lo que indica que el régimen legal del contrato es de derecho público total o parcialmente, como las referentes a garantías, condicionamiento de los pagos a la existencia y disponibilidad de apropiaciones presupuestales suficientes, reserva presupuestal,

multas, renuncia a reclamación diplomática, cláusula penal pecuniaria, caducidad administrativa, término máximo de duración, campos en los cuales no existe libertad de contratación;

"e) La estipulación que incorpora expresamente al contrato como cláusulas del mismo prescripciones legales o todo un estatuto que rige incondicionalmente el contrato, sin que las estipulaciones especiales del convenio puedan modificarlas, resultando todo su contenido de derecho público, como en los contratos de concesión de derechos de exploración y explotación de petróleos;

"f) La contratación mediante licitación, es decir, con base en la oferta hecha por la administración en un pliego de cargos que contiene una serie de condiciones inmodificables, que son las futuras estipulaciones contractuales, haciendo de este sistema una especie de contrato de adhesión en cuyas cláusulas consciente el particular contratista en forma simple y pura, sin que quepan restricciones o modificaciones por parte de éste;

"g) La utilización por parte de la administración de privilegios de poder público, rompiendo la igualdad formal de las partes contratantes con el empleo de estipulaciones no usuales ni admisibles en los contratos privados por razón del interés público envuelto en el contrato, como cuando se conviene la caducidad administrativa, la vigilancia de la ejecución del contrato, la reversión de los elementos afectados a su cumplimiento, sin indemnización y en favor del Estado, el cambio de especificaciones, el reajuste de precios, o cualquiera de las llamadas cláusulas exorbitantes;

"h) La calificación que la propia ley dé al contrato como administrativo, en forma directa o indirecta, como cuando exige la incorporación de la cláusula de caducidad administrativa en los de obras, servicios y explotación de bienes del Estado, o al asignar como jurisdicción para sus controversias los tribunales contencioso-administrativos, casos en que se trata de contratos administrativos por definición legal;

"i) El objeto del contrato, como en los casos citados en la letra anterior;

"j) La vinculación del contrato a un fin de interés público, o sea, a un servicio público, circunstancia no relievante, puesto que, siempre, todos los contratos de la administración, aún los de derecho privado, tienen en definitiva una finalidad de esta naturaleza, ya que la administración no puede tener objetivos extraños a los servicios estatales, por lo cual este criterio se ha precisado diciendo que esa vinculación ha de ser a un fin inmediato de servicio público" (Concepto de 4 de abril de 1974, *"Anales del Consejo de Estado"*, T. LXXXVI, págs. 22 y ss.);

C) Para elucidar el tema de la ubicación de los contratos en el campo del derecho privado o en el del derecho público, conviene recordar que esa diferenciación no ha sido el resultado de un capricho ni de un ejercicio meramente académico. Tal clasificación es el

resultado de la necesidad, recogida por el legislador, de dar a los contratos que la administración celebra, un tratamiento legal diferente en algunos aspectos al que le da a los que celebran los particulares, cuando la regulación establecida para la contratación entre estos últimos resulta inconveniente o insuficiente para atender los supremos intereses del Estado, que se identifican con los de la comunidad en general.

Dicho de otro modo: Cuando el legislador comprendió que el derecho común, diseñado desde el antiguo derecho romano con el criterio de regular los negocios entre particulares, en todos los casos no se acomodaba suficientemente a las necesidades de contratación de los entes públicos, decidió someter ciertos contratos a normas especiales con el objeto de satisfacer esas necesidades. Así nació el concepto diferenciador entre el contrato de derecho privado y el contrato administrativo, regido este último por algunas normas especiales de derecho público, en la medida en que esas regulaciones especiales eran necesarias para atender aspectos de interés general y, por lo tanto, esas normas especiales no podían ser desconocidas por los particulares en una relación contractual con el Estado, ni mucho menos por los encargados de administrar la cosa pública.

Esa evolución explica que los contratos que celebra la administración estén, al menos en principio, regulados por aquellas normas del derecho común elaboradas para regular la contratación entre particulares, porque así lo han sido tradicionalmente, y además pero de manera especial, por las normas de contratación administrativa que creó el legislador específicamente para ese tipo de contratos, con el fin de sustraerlos total o parcialmente a la aplicación de ese régimen ordinario.

Esa misma evolución explica la aparición de figuras tan propias de la contratación pública, como la terminación anticipada y unilateral del contrato o la *caducidad* administrativa, nacida en principio como sanción de la administración al contratista incumplido, carácter que aún conserva, pero ahora extendida además a otras situaciones que no constituyen reproche para el contratista particular; como *la facultad de dirección y control* de la administración sobre la ejecución del contrato; como el poder de *modificación unilateral*, o *"jus variandi"*, del objeto del contrato; como el *poder sancionador de la administración*, para apremiar al contratista; como el poder de liquidar y cobrar directamente al contratista, sin acudir a los Jueces, los perjuicios derivados de su incumplimiento; etcétera. A estas facultades se les denomina "cláusulas exorbitantes".

Y, como compensación, también aparecieron otras figuras destinadas a defender al contratista particular de los posibles abusos de la administración, como el principio de la *ecuación financiera*, según el cual al contratista se le debe reconocer el valor real de su prestación, incluida una justa utilidad, cuando hechos sobrevinientes, no imputables a él, varíen en su contra el costo de ejecución del contrato. Este principio es desarrollo del concepto según el cual en la contratación pública el contratista particular es un "colaborador" de la administración y no su "contraparte", como suele ocurrir en los contratos de contraprestación entre particulares;

D) Por las anteriores razones se comprende que los contratos administrativos celebrados por la administración puedan estar también en algunos aspectos regulados por el Código Civil o por el Código de Comercio, o por cualquiera otro según su naturaleza, respetando desde luego las disposiciones especiales que se hayan dictado para cada tipo de negocio, y sin que por tal cricunstancia se afecte el carácter de contrato administrativo. Se podría decir que hay contratos administrativos civiles, si están regulados de modo general por el Código Civil y de modo especial por las normas de derecho público que se hayan dictado para ese tipo de contratos; contratos administrativos comerciales si están regulados por el Código de Comercio y además por las disposiciones especiales expedidas sobre ese particular. Esto es así, porque las normas especiales dictadas para los contratos administrativos unas veces los sustraen totalmente de las regulaciones del derecho común y, otras veces, tan sólo los afectan parcialmente.

En conclusión: Los contratos que celebra la administración unas veces son exclusivamente de derecho privado, porque el legislador no ha querido variar su régimen legal y autoriza que la administración concurra al contrato como cualquier particular; pero otras veces son de derecho público porque el legislador ha querido que el ente público concurra al contrato de un modo diferente a como concurriría cualquier particular;

E) Pero en el derecho colombiano, a partir del Decreto 222 de 1983, se adoptó como sistema de clasificación de los contratos, el del *criterio legal,* según el cual sólo son administrativos los que la ley califique expresamente de tales; los demás "son contratos de derecho privado de la administración" (art. 16 del Decreto 222 de 1983).

En cuanto concierne al contrato de seguro que garantiza el cumplimiento de uno administrativo, para esta Sala también es administrativo, aunque no aparezca en la enumeración del artículo 16 precitado, porque así lo dijo la ley, según se deduce de las siguientes razones:

1. Porque expresamente el artículo 70 del mencionado estatuto contractual, dispuso que los contratos de garantía forman parte integrante de aquél que garantizan, lo que significa que el contrato administrativo y el de seguro otorgado para garantizar su cumplimiento forman un mismo cuerpo jurídico, inescindible como tal porque se violaría la norma que se acaba de mencionar, y el principio de lógica conforme al cual "la causa de la causa es causa de lo causado". De donde fluye que de un mismo todo jurídico sólo se puede predicar una sola naturaleza administrativa, como lo ordenó la ley y resulta inadmisible, por tanto, la interpretación contraria, es decir la que pretende que sea factible afirmar que el contrato administrativo y el de seguro que por mandato del legislador se le ha incorporado, tienen dos naturalezas legales diferentes que podrían resultar eventualmente contradictorias.

2. Porque los contratos de seguro deben mirarse con la misma postura conceptual con la que se ha diseñado el régimen especial de los contratos administrativos que garantizan, ya que su integración legal tiene como finalidad la de servir a unos mismos intereses generales.

3. Porque el estatuto de los contratos administrativos también reguló a los contratos de seguro que los garantizan, en cuanto el legislador consideró necesario, para darles un carácter especial, no de derecho privado, sino público, según se deduce del examen contextual de los artículos 37, 48, 60, 67, 68, 69 y 70 del Decreto 222 de 1983, normas de obligatorio cumplimiento para la administración y para los particulares, quienes no pueden negociar sobre tales aspectos para eludir lo dispuesto en tales mandatos.

4. Porque los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, tan definitorios de la contratación pública, gravitan permanentemente alrededor de los mencionados contratos de seguro, en razón de la incorporación ordenada en el precitado artículo 70 y además por lo ordenado en el artículo 60 de la misma reglamentación legal.

5. Porque la interpretación sistemática del Decreto 222 de 1983, lleva a la conclusión de que la única naturaleza que se conforma con la estructura legal de los citados contratos de seguro, es la de que son administrativos. En efecto:

a) En esos contratos de seguro no existe, en rigor jurídico, el fenómeno de la objeción del asegurador contra la reclamación del asegurado, pues prima sobre aquél la regulación legal conocida como la vía gubernativa, institución eminentemente administrativa, como que se trata de una "decisión previa", revestida de los privilegios de la ejecutoriedad y de la ejecución oficiosa;

b) Frente a los riesgos del contrato administrativo, amparados por el de seguro que se le incorpora, el siniestro *se configura legalmente mediante un acto administrativo* que declare su ocurrencia; el solo aspecto fáctico no es suficiente para su estructuración;

c) El riesgo asegurable lo fija unilateralmente la administración y no es el que voluntariamente quiera amparar el tomador (arts. 48 y 67 del Decreto 222 de 1983);

d) El plazo del amparo no depende de la libre voluntad del tomador (arts. 48 y 69 del Decreto 222 de 1983);

e) Se contrata por una cuantía que la administración impone unilateralmente, sobre la que el contratista tampoco puede negociar (arts. 48 y 69 *ibídem*);

f) Diversas cláusulas de la póliza son impuestas por la administración, sin que el tomador tenga opción de variarlas, ni discutirlas (arts. 48 y 70, inciso final del Decreto 222 de 1983);

g) El tomador celebra el contrato de seguro obligatorio, pues el contratista no tiene la opción de negociar con la administración si lo celebra o no (arts. 48, 60, 67 y 68 del Decreto 222 de 1983);

h) Ante el silencio de la administración y del contratista, por mandato legal se consideran incorporadas al contrato principal las cláusulas que obligan al contratista a constituir las garantías respectivas (art. 68 del Decreto 222 de 1983);

i) La finalidad de la celebración del contrato de seguro es garantizar las prestaciones del contratista, que emanan de un contrato administrativo, por lo que uno y otro apuntan a un mismo propósito administrativo.

En consecuencia, el contrato de seguro otorgado para garantizar un contrato administrativo, tiene el mismo carácter jurídico de éste, de donde se deduce que las controversias que se originen en él son de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por lo demás, esta Corporación se ha pronunciado sobre el particular en sentencias que, si bien fueron proferidas antes de la vigencia del Decreto 222 de 1983, en nada se alteran sus reflexiones frente a las nuevas disposiciones. Se ha dicho:

"El contrato de seguros que se controvierte en este proceso, aunque aparentemente celebrado entre dos particulares, Colseguros S. A. y Vías, Canales y Puertos Ltda., por acceder a un contrato administrativo de construcción de obras *(accesorius sequitur principale)* y constituir precisamente el afianzamiento o aseguramiento del cumplimiento de dicho contrato principal, constituye a la Administración INCORA, en beneficiario de dicho contrato de seguros, somete su vigencia y eficacia a su aceptación, la que, por lo demás, condiciona la vigencia del contrato principal y convierte por otra parte, a Colseguros, por la naturaleza del riesgo asegurado, en parte del contrato principal, como solidaria con el contratista en cuanto a la obligación de cumplimiento.

"Así, pues, el asegurador no sólo no es extraño al contrato principal, sino que es parte obligada en el mismo, conjunta y solidariamente con la firma contratista, y la Administración, INCORA, en este caso, no es extraña al contrato accesorio de seguros, del cual es beneficiario y cuya aceptación condiciona la vigencia del seguro e impone, inclusive, la forma y contenido de dicho contrato, como que la póliza respectiva tiene que sujetarse al modelo señalado por la Contraloría General de la República.

"Así, pues, el contrato accesorio, goza de la naturaleza del contrato principal y aunque, por su naturaleza de derecho privado, por sus fines, los riesgos asegurados y la forma y contenido reglados por el Estado *devienen en contrato administrativo de seguros* y, por lo mismo, cualquier controversia relativa a dicho contrato, en que sea parte la Administración, compete a la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de que la jurisdicción ordinaria conozca de los litigios que se presenten, originados en el mismo convenio, pero exclusivamente entre asegurados y contratista" (Sentencia Sección Tercera de 23 de noviembre de 1977. Juicios acumulados números 1427 y 1428. Actores: Sociedad Comercial Vías, Canales y Puertos Ltda. y Sociedad Aseguradora Colseguros S. A. *Anales* Segundo Semestre 1977, pág. 547).

Y en el fallo de 15 de marzo de 1979. Expedientes acumulados números 1731, 1733 y 1986. Actores: Pavimentaciones Asfálticas y Aseguradora Colseguros S. A. Tomo Copiador número 29, páginas 1 a 39:

"La demanda habla de que el contrato de seguros está impugnado, por nulidad ante los Jueces civiles, sin que se explique como puede discutirse ante la justicia ordinaria la validez de un contrato administrativo de seguros, celebrado por procedimientos de Derecho Público, con modelo señalado por acto administrativo, con cláusulas unilateralmente impuestas y como accesorio de un contrato administrativo de obra";

F) El otro aspecto que debe ser dilucidado para resolver la apelación, es el atinente a si en los procesos ordinarios que se adelantan ante la jurisdicción contencioso-administrativa, es procedente tramitar la demanda de reconvención.

1. Lo primero que se observa es que el Decreto 01 de 1984, en su artículo 217, al señalar el trámite de los procesos relativos a contratos y de los de reparación directa y cumplimiento, autorizó al demandado y al Ministerio Público a presentar demanda de reconvención. En ninguno otro autorizó en forma expresa tal posibilidad.

2. La Ley 167 de 1941 tampoco consagró expresamente esa posibilidad de reconvenir, en ningún tipo de procesos.

3. Pero el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, *ordena* que en los aspectos no contemplados en este Código, se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuación que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

4. El legislador ha procurado propiciar la economía procesal y para ese efecto ha autorizado, en forma expresa en algunos casos, la procedencia de figuras tales como la acumulación de procesos y la reconvención, las cuales miran a unos mismos propósitos, hasta el punto de que el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil dispone que en el proceso ordinario la reconvención será admisible cuando, de formularse en proceso separado, procedería la acumulación.

5. En atención a ese querer del legislador y ante la evidencia de que el trámite de la reconvención en los procesos ordinarios que se tramitan ante la jurisdicción contencioso-administrativa en nada pugna con su naturaleza, la Sala estima que es perfectamente viable reconvenir en este tipo de asuntos, siempre y cuando se observen los requisitos y demás prescripciones consagradas en el Código de Procedimiento Civil;

G) Como la reconvención es admisible cuando de formularse en proceso separado procedería la acumulación, conviene recordar lo que al respecto dijo esta Sala en oportunidad anterior:

"B. Un análisis contextual de los artículos 166, 266 y 267 del Código Contencioso Administrativo y 82, 149 a 151 del Código de Procedimiento Civil, permite colegir que los requisitos formales de la acumulación de procesos son los siguientes:

"1. Que haya petición de quien sea parte en cualquiera de los procesos objeto de acumulación. No procede la acumulación de oficio.

"2. Que las pretensiones formuladas en los distintos procesos sean acumulables en una misma demanda. Esto es posible en los siguientes eventos:

"a) Que todas las pretensiones puedan decidirse por igual procedimiento;

"b) Que el Juez, único o colegiado, sea competente para decidir sobre todas las pretensiones propuestas;

"c) Que las diversas pretensiones no sean excluyentes unas de otras, salvo que se propongan las unas como principales y las otras como subsidiarias de aquellas;

"d) Que en el evento de que haya diversos demandantes, o distintos demandados, pero en todo caso una parte común, exista:

"1º Identidad de *causa petendi,* o

"2º Identidad de objeto procesal, o

"3º Relación de dependencia entre las diversas pretensiones.

"4º Necesidad de servirse de las mismas pruebas.

"3. Que se trate de procesos de igual naturaleza, especial u ordinaria.

"4. Que los procesos cuya acumulación se pretende se hallen en la misma instancia. No es viable acumular procesos de única instancia a otro, u otros, de dos instancias, porque el trámite es diferente, aunque sean procesos de igual naturaleza.

"5. Que, si el demandado es el mismo en todos los procesos, las excepciones de mérito propuestas en ellos se funden en los mismos hechos, cualquiera que sea la denominación jurídica con la que hayan sido formuladas en cada caso.

"C. La acumulación de procesos no es un fenómeno meramente mecánico. En el fondo de la institución juega un aspecto fundamental, substancial, cual es el de preservar intereses superiores de la comunidad, tales como:

"1. *La certeza jurídica,* afirmada por decisiones judiciales coherentes en casos semejantes, llamada por algunos tratadistas 'la integridad del orden jurídico' y cuya finalidad es evitar soluciones contradictorias en casos análogos.

"2. La guarda de la *economía procesal,* entendida en sentido funcional, temporal y patrimonial, para obviar tramitaciones, simplificar el procedimiento y reducir gastos procesales. Este principio exige que la acumulación se produzca en la etapa inicial de todos los procesos, porque si se dispone cuando unos estén comenzando y los otros terminando, se produce el efecto contrario: Se suspenden los más adelantados, se ampliaran en el tiempo las diversas etapas del debate, de la sustensión, también se dilatan los plazos, la práctica de pruebas, etc.

"Algunos autores también señalan estos otros principios:

"1. *La eficacia del proceso* en cuanto a su posibilidad real de cumplimiento. Como cuando una pretensión reivindicatoria, de un bien indivisible, contra varios poseedores, se promueve separadamente contra cada uno de estos. En tal eventualidad la sentencia que ordene la reivindicación en cada caso particular resulta ineficaz en la práctica, pues el dueño sólo podría recuperar el bien cuando hayan prosperado sus pretensiones en todos los procesos. En este caso la acumulación se impone, para procurar que la reivindicación contra todos los coposeedores sea eficaz en la práctica.

"2. La *pacificación social* que procura 'evitar la diversificación de procesos con sus consiguientes tensiones y resentimientos' pues una larga serie de litigios, entre las mismas partes, planteados unos tras otros, atenta contra el interés general de la comunidad de que la administración de justicia sirva como un instrumento de pacificación social. Para evitar ese permanente traumatismo social, es que la ley autoriza la acumulación, en orden a procurar que en una sola sentencia se decidan todos los conflictos existentes en una (sic) momento dado, entre unas mismas partes;

"D. De lo anteriormente expresado resulta que 'el fundamento de la acumulación no es único, ni los varios fundamentos siempre se complementan. En general, cada tipo de acumulación procesal se base predominantemente en uno, a menudo se complementan y en algunos casos se excluyen' tales principios.

"Esto determina que —satisfechos los requisitos formales de una solicitud de acumulación— el Juez debe examinar, en cada caso concreto, las consecuencias que su decisión favorable pueda tener sobre aquellos principios fundamentales que justifican la acumulación. Así podrá determinar si debe decretarla o negarla. Esa es la medida de su discrecionalidad, toda vez que la acumulación está jurídicamente permitida, mas no jurídicamente ordenada" (Auto de agosto 15 de 1985, Expediente número 3029. Actor: Ventura Ramos y otros, fls. 97 a 100, Tomo 61).

H) De otra parte aunque el actor principal presentó la demanda indicando una vía procesal inadecuada, la del proceso ordinario y así lo aceptó inicialmente el *a quo*, este error se halla corregido en el auto de 24 de julio de 1985 (fl. 45, cuaderno 2) al ordenarse allí que tanto la demanda principal como la de reconvención deben ventilarse como proceso especial (arts. 217 y ss. del C. C. A.), pues las controversias que se originen como consecuencia de la ejecución del contrato principal como los de garantía que se le incorporan, son todas de estirpe contractual;

I) De lo anteriormente expresado se colige que el auto impugnado, mediante el cual se revocó el auto admisorio de la demanda de

reconvención, debe ser ahora revocado para dejar en firme la decisión que le dio vía libre a la demanda de mutua petición, obrante en el folio 45 del cuaderno número 2;

J) Se condenará en costas a la parte actora que pierde el recurso.

En consecuencia *se resuelve:*

Revócase la providencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 12 de marzo de 1985 (fls. 60 a 72, cuaderno 1) y, en su lugar, *admítese* la demanda de reconvención presentada por las Empresas Públicas de Medellín contra Seguros del Estado S. A.

En consecuencia *se dispone:*

A. Notifíquese este auto a la sociedad reconvenida y al agente del Ministerio Público;

B. Realizadas las notificaciones anteriores *fíjese* el negocio en lista para los efectos legales de rigor (art. 217 del C. C. A.).

Las anteriores previsiones serán cumplidas por el Tribunal *a quo.*

Condénase a pagar las costas del recurso a Seguros del Estado S. A. Tásense.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha tres de marzo de 1988.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ACTO DE ADJUDICACION.—

Por definición expresa de la ley, es un acto separable del contrato. Es pasible de las secciones de nulidad y del restablecimiento del derecho, igualmente de la suspensión provisional.

PROPUESTAS. Establecido que todas las ofertas reunían requisitos previstos y se encontraban en igualdad de condiciones de plazo, calidad, cumplimiento, solvencia económica, capacidad técnica, etc., se imponía la adjudicación a la propuesta que ofrecía el mejor precio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintidós de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente número 5262. Actor: Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica —CORELCA—.

Contra el auto de 7 de marzo pasado, por el cual el Consejero sustanciador rechazó de plano la admisión de la demanda, interpuso la parte demandante recurso de súplica.

I. La providencia recurrida:

Dice así:

"A) La acción de nulidad o contencioso objetivo, de la cual puede ser titular cualquier persona, sólo tiene por finalidad hacer desaparecer del mundo jurídico un acto administrativo que se considera violatorio de una norma superior, es decir, que a través de ella no es viable buscar la protección de los derechos subjetivos".

"En el *sub lite* se observa que el actor pretende derivar un beneficio de la anulación del acto, lo que lleva a concluir que no es de recibo el contencioso de anulación, sino el subjetivo. Esta ha sido la tradición jurisprudencial de la Corporación, como puede verse en providencia de 23 de junio de 1986 que en lo pertinente reza":

" 'Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas asignan a la acción. Es presumible esta similitud de causas y objetivos cuando se acciona por la vía del contencioso de anulación contra actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación continua y permanente a toda la comunidad y lesiona los derechos de

todos en el presente y en el futuro. Distinta es la situación cuando el recurso se dirige contra actos particulares. En este evento, el quebrantamiento de la legalidad no tiene el carácter de continuidad y permanencia, sino que es ocasional y episódico, y sólo afecta directa e indirectamente a determinada persona' ".

" 'Cuando se utiliza el contencioso de anulación contra actos particulares, la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: Si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses de que habla la ley' (Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Juan Benavidez Patrón)";

"B) En el caso en comento —se reitera— *la demanda pretende que, so pretexto de declarar la nulidad del literal c)* del artículo 1º de la Resolución número 00622 de 30 de enero de 1987, expedida por el Director General de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica —CORELCA— que *hizo la adjudicación de la licitación pública internacional C-330-86* (grupo número 5), a la firma Merlano Asociados y Cía. Ltda., *se restablezca el derecho,* lo cual, como en antes se precisó, no es posible".

"La realidad fáctica y jurídica que se recoge en la demanda deja ver claramente que en el fondo de la *litis* hay una controversia de naturaleza contractual, camuflada con la acción de simple nulidad. Ello explica que no sea posible admitir la demanda, pues ella, de entrada, aparece como inepta";

"C) A partir de la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), las acciones relativas a contratos tienen caducidad particular de dos años, y un procedimiento también especial, que no coincide con el ordinario. Sin necesidad de hacer mayores divagaciones sobre las diferencias que individualizan la acción de simple nulidad, frente a las relativas a contratos. Si fuera de recibo plantear controversias contractuales, a través de la acción consagrada en el artículo 84, tendríamos que la caducidad contractual se tornaría nugatoria";

"D) Finalmente, debe recordarse que la resolución de adjudicación, una vez notificada y comunicada, crea una situación jurídica concreta que sólo beneficia o afecta a las partes. Sobre los efectos de la adjudicación, esta Corporación ha destacado que":

" 'Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que, desde que ella se comunica, surge entre adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones, y de la que «él contrata» no viene a ser sino la forma instrumental o el acto formal. La adjudicación comunicada traba la relación jurídica, siendo por esto por lo que se dice de ella que desde ese momento se hace ejecutoria' (Sentencia enero 16 de 1975. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Gabriel Rojas Arbeláez. Expediente número 1503)".

"Igualmente, en sentencia de agosto 10 de 1982, Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, expediente número 3043, Actor: Sociedad Mora y Mora y Cía Ltda., se precisa":

" 'El acto que adjudica un contrato de la administración no es, en su esencia, unilateral. Es algo más. Puede afirmarse que él es el convenio mismo o el ajuste de voluntades producido entre la administración contratante y el contratista que presentó la mejor propuesta' ".

"En otros términos, ese acto de adjudicación es culminación de la operación administrativa de selección del contratista y crea una serie de derechos y obligaciones entre la administración y el favorecido, hasta el punto que la etapa subsiguiente no es más que la de instrumentación de ese convenio con sujeción estricta a las bases que se tomaron en cuenta para la adjudicación".

" *'Y el carácter bilateral que muestra el acto mencionado impide que su régimen sea el mismo establecido para los estrictamente unilaterales, que son los únicos que pueden impugnarse mediante las acciones de nulidad o plena jurisdicción reguladas en el Código Administrativo'* (Subraya la Sala)";

"E) La decisión que se toma releva a la Sala de hacer pronunciamiento sobre la suspensión provisional deprecada".

"Todo lo anterior permite concluir que el acto de adjudicación no puede ser atacado por las partes vinculadas en la relación jurídica, a través de la acción de nulidad".

II. El recurso:

El suplicante sustenta su impugnación así:

"1ª *El interés de la parte demandante*".

"La Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, como entidad pública que es, ha entendido que al solicitar la nulidad de un acto expedido por ella misma, actúa fundamentalmente movida por el interés general, al buscar evitar que tenga eficacia un acto administrativo contrario a nuestro ordenamiento jurídico, por ser violatorio de las normas superiores indicadas en la demanda, de acuerdo con el concepto de violación allí mismo expresado. Por esta motivación, las peticiones de la demanda se limitan a la solicitud de declaratoria de nulidad de la decisión acusada, sin referirse de ningún modo a posibles restablecimientos de derechos y, en consecuencia, la acción planteada fue la de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo".

"No obstante lo anterior, el auto recurrido afirma que 'el actor pretende derivar un beneficio de la anulación del acto' y que 'la demanda pretende que se restablezca el derecho', por lo cual concluye que la vía legal no puede ser el contencioso de anulación sino el subjetivo".

"Frente a esta contradicción entre el interés planteado en la demanda y el interés deducido por el honorable Consejero ponente, la

parte demandante considera necesario que se pronuncien los demás miembros de la Sala en aras de la seguridad jurídica, pues es evidente que la entidad pública que represento está en disposición de adoptar el camino jurídico que finalmente indique el honorable Consejo de Estado".

"2ª *La naturaleza de la acción para controvertir el acto de adjudicación de una licitación*".

"El auto recurrido expresa que el fondo de la *litis* es de naturaleza contractual, camuflada con la acción de nulidad, por lo cual se presenta el fenómeno de inepta demanda".

"Igualmente se refiere a la caducidad de las acciones relativas a contratos para indicar que si fuera de recibo plantear controversias contractuales a través de la acción del artículo 84, la caducidad se tornaría nugatoria".

"Es decir, que de acuerdo con el auto recurrido, la acción procedente es la contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y no la acción de nulidad".

"Sin embargo, independientemente de que se llegue a la conclusión de que la acción de nulidad no es procedente en este caso, por el hecho de que la simple nulidad del acto acusado implique automáticamente el restablecimiento de derechos de la administración demandante, nos parece que el sentido de la decisión adoptada es controvertible frente a nuestro actual régimen contencioso y, por consiguiente, debe ser objeto de un análisis más detallado que permita dilucidar la posición jurisprudencial en beneficio de la seguridad jurídica y de una efectiva y clara administración de justicia".

"En efecto, para sostener que la acción procedente para buscar la nulidad del acto de adjudicación de una licitación es la contractual, el honorable Consejero ponente aduce como fundamento una sentencia de agosto 10 de 1982, mediante la cual, entre otras afirmaciones, el honorable Consejo de Estado dice lo siguiente: 'Y el carácter bilateral que muestra el acto mencionado impide que su régimen sea el mismo establecido para los estrictamente unilaterales, que son los únicos que pueden impugnarse mediante las acciones de nulidad o plena jurisdicción reguladas en el Código Administrativo' ".

"Sin embargo, debe notarse que la idea transcrita es anterior al actual Código Contencioso Administrativo y contraria a algunas normas del nuevo estatuto".

"Así, el inciso tercero del artículo 87 del Código, que consagra las acciones relativas a contratos, advierte que 'los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código', es decir, a través de las acciones de nulidad, de restablecimiento del derecho, de reparación directa y cumplimiento (en relación con actos para cuya prueba haya grave dificultad) o de definición de competencias administrativas".

"Por su parte, el artículo 136 del mismo Código, al definir lo referente a la caducidad de las acciones, expresa que 'los actos sepa-

rables *distintos del de adjudicación de una licitación* sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato' (subrayado mío)".

"Sin necesidad de mayores esfuerzos interpretativos, del texto comparado de las dos normas citadas aparece claramente lo siguiente":

"a) Que el acto de adjudicación de una licitación es un acto separable por voluntad expresa de la ley. Es decir, que a pesar de que puedan existir diversas concepciones jurisprudenciales o doctrinales en relación con el concepto de 'acto separable'. como en efecto existen, debido a la ausencia de una definición legal, esas controversias no pueden legalmente cobijar al acto de adjudicación de una licitación, ya que éste sí fue expresamente calificado por la ley como separable";

"b) Que, en consecuencia, el acto de adjudicación de una licitación no es controlable a través de las acciones relativas a contratos, como lo expresa la decisión recurrida, sino a través de las otras acciones previstas en el Código, como son la nulidad, la de restablecimiento del derecho, la de reparación directa y cumplimiento o la de definición de competencias administrativas".

"No sobra hacer notar que la definición sobre los anteriores aspectos no sólo tiene importancia fundamental en relación con la decisión controvertida dentro del presente proceso, sino que ella incide en el trámite de muchos otros que puedan encontrarse en curso, por lo cual, la decisión que adopte la Sala y las consideraciones en que se fundamente, serán de alto beneficio para la seguridad jurídica, con las consecuencias positivas que dicha seguridad refleja sobre la correcta administración de justicia" (fls. 22 a 25, cuaderno 1).

III. Consideraciones de la Sala:

1. La providencia recurrida se fundamenta en jurisprudencias anteriores al nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 001 de 1984), sin percatarse de que a la luz de la nueva normatividad jurídica la solución es distinta.

2. Conforme al artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, inciso 8º, *"los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato"*, lo que hace que por definición expresa de la ley, el acto de adjudicación sea un *"acto separable del contrato"*.

Y conforme al inciso final del artículo 87 del mismo Código, *"los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código"*, las cuales según los artículos 84 y 85 del citado estatuto, son las de *"nulidad"* y de *"restablecimiento del derecho"*.

La de nulidad que puede ejercerse en cualquier tiempo aunque, salvo la referida al acto de adjudicación, sólo podrá ejercerse después de "terminado o *liquidado el contrato"* y si la sola declaración de nulidad importa el restablecimiento del derecho, sólo dentro de los 4 meses de su notificación, expedición, comunicación o ejecución del

acto si el demandante es un particular o dentro de los dos años si el accionante es una entidad pública, por mandato de los artículos 84, 85, 87 y 136 del Código Contencioso Administrativo y la reiterada jurisprudencia de esta Corporación.

Y la de restablecimiento del derecho según se desprende del mismo articulado, frente a los actos separables del contrato o dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación o comunicación de la adjudicación si de ésta se trata.

Por lo demás, aunque el acto de adjudicación es indudablemente una emisión de voluntad unilateral de la administración y sólo una vez comunicada configura un convenio, y una vez ejecutoriada constituye, una situación jurídica y concreta, como que es irrevocable y obliga a ambas partes (arts. 34 y 35 del Decreto-ley 222 de 1983) lo cierto es que unilateral o bilateral es pasible de las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho, según queda visto, e igualmente de la suspensión provisional contemplada en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, que no distingue entre unas y otras y que no podía hacerlo ante el mandato del artículo 193 de la Constitución Política.

3. Lo anterior indica que el libelo es admisible, a tenor del artículo 128, del ordinal 1º del Código Contencioso Administrativo.

4. *Suspensión provisional:*

Aparece propuesta en el mismo escrito de demanda, en acápite especial, así:

"Con fundamento en los artículos 152 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, solicito al honorable Consejo de Estado decretar la suspensión provisional del acto acusado (literal C del artículo primero de la Resolución número 00622 de 30 de enero de 1987, expedida por el Director General de CORELCA), por las siguientes razones":

"a) De acuerdo con los argumentos expresados en los acápites sobre normas violación en esta misma demanda, el acto acusado es manifiestamente violatorio de una norma jurídica superior, lo cual se puede percibir a través de una sencilla comparación y del examen de las pruebas aportadas".

"En efecto, basta con comparar el literal C) del artículo primero de la Resolución 00622 de 30 de enero de 1987 frente al artículo 33 del Decreto-ley 222 de 1983, teniendo como elementos para dicha comparación las partes pertinentes del pliego de condiciones (págs. 39 a 41), del Informe de Evaluación (págs. 44 a 50) del Acta número 327 del Consejo Directivo de CORELCA correspondiente a la reunión del día 30 de enero de 1987, todos estos documentos aportados como pruebas anexas a esta demanda, para concluir fácilmente que la decisión acusada viola de manera manifiesta la norma citada del Estatuto de Contratación de la Administración Nacional, que era y es de obligatorio cumplimiento para una entidad pública como la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica —CORELCA—, como se explicó de manera más detallada en el acápite correspondiente de esta misma demanda. La violación manifiesta

se traduce en que la adjudicación se realizó con fundamento en criterio o factores diferentes de los previstos en el pliego de condiciones de la licitación, al adjudicar el Grupo número 5 a la firma Merlano Asociados y Cía. Ltda., con base en una presunta superioridad técnica de sus productos, a pesar de que según el informe evaluativo, preparado con base en los criterios y ponderaciones previstos en el pliego de condiciones, existía igualdad de condiciones técnicas entre las propuestas evaluadas y la adjudicación debía recaer en la firma Teorema Limitada";

"b) Solicito y sustento la medida de suspensión provisional de modo expreso en el mismo texto de la demanda";

"c) La suspensión provisional no está prohibida por la ley en este caso".

A) *El acto acusado.* Se trata de la Resolución número 00622 de enero 30 de 1987, "por medio de la cual se adjudica la Licitación Pública Internacional C-330-86". Y cuya parte considerativa pertinente, dice:

"Que el Consejo Directivo de la Corporación en su reunión de treinta (30) de enero de 1987 (Acta número 327) señaló las propuestas presentadas por Telemecanique de Colombia S. A., P. D. T. Ltda., Merlano Asociados y Cía Ltda., Cienytec Ltda., Industrias Carper Ltda., Almacenes J.J., Master Industrial Ltda., como las más ventajosas para la empresa, emitió concepto favorable sobre las mismas y autorizó al Director para adjudicarla".

Y el literal C) de la parte resolutiva, que es concerniente el impugnado, expresa:

"C) A la firma Merlano Asociados y Cía. Ltda., el Grupo número 5 correspondiente a Microcomputadores por un valor de ciento nueve mil cuatrocientos veinticinco con treinta centavos dólares de los Estados Unidos de América (US$ 109.425.30) más doce millones ciento once mil doscientos veinticuatro pesos colombianos con ochenta centavos, moneda legal (COL.$ 12.111.224.80)".

"Parágrafo: Se rechaza la desviación presentada por esta firma a la forma de pago";

B) El informe de evaluación de las ofertas, elaborado por el Comité Técnico de CORELCA, visible a folios 314 y siguientes del cuaderno de *pruebas,* después del análisis jurídico, técnico y económico de todas las ofertas, concluye que todas reúnen los requisitos exigidos y termina con esta *"recomendación":*

"Todas las ofertas evaluadas pueden ser objeto de adjudicación, en el siguiente orden de elegibilidad".

"1.	Teorema Ltda.	US$ 158.244.86
2.	Merlano Asociados y Cía. Ltda.	US$ 178.633.29
3.	Texins de Colombia	US$ 239.865.29
4.	Burroughs de Colombia S. A.	US$ 289.356.00"

(fls. 368 y 369, cuaderno 1);

C) Y en el Acta número 327 del Consejo Directivo de CORELCA, de enero 30 de 1987, se lee al respecto:

"*Licitación Pública C-330-86.* A continuación el Director de CORELCA solicitó al doctor José Ramón Visbal Director del Proyecto PERCAS, que explicara al Consejo Directivo lo relacionado con los aspectos de la Licitación Pública C-330-86".

"El doctor Visbal manifestó que la Licitación C-330-86 había sido abierta por CORELCA en el mes de abril de 1986 y tenía como objeto el suministro, transporte y entrega a CORELCA de los materiales necesarios para el Centro de Capacitación".

"Esta Licitación se cerró en agosto 4 de 1986".

"La Licitación cuenta con una financiación del 100% para los suministros del Banco Mundial, debiendo ser los fletes y seguros locales cancelados por CORELCA con recursos propios".

"La Licitación se halla integrada por 15 grupos distintos de suministro habiéndose recibido propuestas al cierre de la Licitación de 16 firmas".

"De acuerdo con los convenios de empréstitos suscritos con el Banco Mundial el procedimiento establecido es el de que el Banco Mundial se le envíe previamente a su adjudicación el documento evaluativo, y no pudiéndose verificar la adjudicación hasta tanto el Banco no se pronuncie favorablemente por la evaluación realizada por la empresa".

"En el caso presente se envió al Banco el documento evaluativo y se ha tenido concepto favorable de esa entidad".

"Sobre este tema el doctor García intervino para manifestar que él quería que quedara establecido como procedimiento el que como documento evaluativo que realizara la Administración correspondiente a Licitación que contaran con financiación del Banco Mundial deba ser presentado al Consejo Directivo antes de ser remitido al Banco Mundial para su aprobación".

"Con este procedimiento no habrá problemas entre el concepto del Banco y el concepto del Consejo Directivo, por cuanto lo que ellos van a conocer es el documento previamente analizado por el Consejo".

"El doctor Beltrán manifestó que se sumaba a la proposición presentada por el doctor García por cuanto de no ser así serían ellos obligados de manera indefectible a aprobar lo que el Banco Mundial ya hubiere aprobado con lo cual carecería de objeto gastar tiempo en un supuesto análisis".

"El Consejo Directivo aprobó que se adelantara este procedimiento en lo sucesivo".

"A continuación el doctor Visbal explicó cuál fue la metodología que se siguió para el análisis de las propuestas mencionando que la

misma se encuentra establecida en el pliego de la Licitación, siguiendo el procedimiento señalado por la ley colombiana para cuando existan propuestas de suministro de origen extranjero".

"A esta altura del Consejo siendo las 3:00 p.m. los doctores Alvaro García y Alfredo D'Luys, manifestaron la necesidad de retirarse".

"El doctor García antes de retirarse de la Sala de reunión, manifestó que quería dejar constancia en que el Grupo número 5 referente al suministro de microcomputadores, las recomendaciones de la Administración es para que se adjudique un equipo de computadores diferente a los de IBM que son los que existen instalados en la totalidad del sistema CORELCA. Adicionalmente tiene entendido que la oferta de la cual la Administración recomienda para adjudicar este grupo tiene un problema de orden legal por cuanto la facultad de representación otorgada al representante de dicha empresa es inferior al monto de la oferta".

"A continuación el doctor Visbal presentó el análisis de cada uno de los grupos de acuerdo con el siguiente detalle":

"... Grupo número 5	*Microcomputadores US$ Equivalentes*
"Se recibieron oferta de las siguientes firmas:	
1. Teorema Ltda.	150.244.86
2. Burrougshs de Colombia S. A.	289.356.00
3. Texins de Colombia	239.065.29
4. Micros de Colombia Norte Ltda.	147.454.93
5. Merlano Asociados Ltda.	170.633.29

"La oferta de Micros de Colombia Norte Ltda., fue descalificada técnicamente".

"El doctor José Ramón Visbal, manifestó que ante la constancia presentada por el Consejero Alvaro García quiere manifestar que en CORELCA no existe instalada ningún, computador IBM".

"En cuanto al aspecto jurídico de falta de capacidad de representante legal la firma Teorema mencionada por el doctor García, manifestó que según lo establecido en el memorando de la Oficina Jurídica, de esta firma se establece expresamente el que la autorización del Gerente General es para presentar oferta cuyo valor F.O.B. no exceda la suma de US$ 150.000.00, en razón de lo cual la adjudicación F.O.B. no podrá superar dicha suma".

"Como quiera que el valor CIF de la oferta presentada es por US$ 150.244.86, el valor F.O.B. de la misma es inferior US$ 150.000.00".

"Adicionalmente el doctor Visbal manifestó que para asegurar el que los equipos ofrecidos cumplen los requisitos técnicos. En los pliegos de la Licitación se estableció además de cumplir con unos requi-

sitos del orden técnico que cada firma que se presentó en este grupo deberá cumplir con unas pruebas. Todas las firmas participantes cumplieron con esas pruebas".

"El doctor Augusto Beltrán manifestó que el conocimiento que se tiene en materia de computadores es que la marca IBM, es la mejor que existe en este campo, mientras que la marca que está ofreciendo la firma Teorema Ltda., que se halla en primer lugar son equipos desconocidos en nuestro medio".

"Considera que una cosa es que se cumpla con los requisitos técnicos y que sea compatible con un sistema y otra la capacidad de tales equipos".

"Por lo anterior él considera más conveniente para la empresa que se adjudique este grupo a la firma Merlano & Asociados Ltda., que está ofreciendo equipos IBM aunque el costo sea un poco mayor o superior al de la firma Teorema que ofrece los equipos televideo".

"El doctor Maichel manifestó que cuál sería el procedimiento para adjudicarle a la firma Merlano Asociados, y no a la firma Teorema Ltda., siendo que ambas firmas cumplen adecuadamente con los requisitos establecidos en la Licitación".

"El doctor Guillermo Ramírez manifestó que sobre esto debe dejarse muy preciso el criterio que se adoptará para determinar la oferta más favorable desde el punto de vista económico y técnico".

"El doctor Troncoso manifestó que era cierto que en este campo de los computadores la marca IBM es la marca más conocida y técnicamente superior".

"De igual forma según el Decreto 222 de 1983, la adjudicación debe hacerse a la oferta más conveniente para la entidad, que no necesariamente debe ser siempre la de precio inferior".

"Intervino el doctor José Ramón Visbal para manifestar que la evaluación de esta Licitación había sido ya conocida y aprobada por el Banco Mundial, según el documento elaborado por la Administración que para éste grupo recomendaba fuera adjudicada a la firma Teorema Ltda., por lo cual podría presentarse un problema por cuanto si el Banco no acepta la adjudicación de este grupo, pues se varió el orden, podría quedarse sin financiación".

"El doctor Augusto Beltrán manifestó que estaba bien que se hubiera enviado el documento de la Licitación previamente al Banco Mundial, por cuanto así lo establece el convenio existente entre las partes, pero que estando los Consejeros de acuerdo en la necesidad de modificar algún aspecto de la Licitación, que favoreciera más a la empresa, sería absurdo el que no se pudiera hacer dicha modificación por el solo hecho de que ya la evaluación hubiere sido conocida por el Banco Mundial".

"Anotó que de no ser posible efectuar modificaciones no tendría sentido seguir mirando cada uno de los grupos por no poder hacerse comentarios, por mucha razón que se tuviere, para modificar la evaluación inicial".

"El doctor Maichel manifestó que quería señalar como responsables de cualquier perjuicio que se produjere a los funcionarios de CORELCA que procedieron a enviar el documento al Banco antes que darlo a conocer del Consejo Directivo y al propio Banco por permitir esa metodología sin conocimiento del Consejo Directivo de la empresa que es a quien la ley colombiana señala como responsable de la adjudicación".

"El doctor Troncoso preguntó al doctor Visbal sobre si existía partida presupuestal suficiente para adjudicar este grupo por encima del valor inicialmente autorizado por el Banco Mundial".

"El doctor Visbal manifestó que la partida presupuestal correspondiente permitiría dicha modificación en la adjudicación".

"El doctor Ramírez manifestó que quería aclarar el que este procedimiento de enviar el documento al Banco Mundial previo a presentarlo a consideración del Consejo Directivo, existía en la empresa cuando él llego, manifestó estar de acuerdo que en lo sucesivo se modificara dicho procedimiento para poder el Consejo Directivo analizar y debatir las recomendaciones de la Administración antes de ser remitidos al Banco".

"El doctor Troncoso preguntó al Consejo Directivo si estaba de acuerdo con que se adjudicara este grupo, según lo propuesto por la Administración es decir la suma de US$ equivalente 150.244.86".

"El Consejo Directivo consideró por ser más conveniente para la empresa, dada la superioridad técnica de la firma IBM dar concepto favorable en este grupo para que fuera adjudicado en la firma Merlano & Asociados Ltda., por un valor oferta de US$ 109.425.30 más $ 12.111.224.80 que aplicando a la tasa de cambio arroja la suma de US$ equivalentes 170.633.29".

"Esta decisión se tomó por unanimidad de los miembros del Consejo Directivo presentes incluido el doctor Troncoso delegado por el señor Ministro" (fls. 482 a 490, cuaderno 1);

D) Dispuso el pliego de condiciones:

"CORELCA adjudicará los grupos de equipos y materiales definidos en el numeral 2.4. al proponente o proponentes que tengan la oferta más baja evaluada para cada grupo".

"Se penalizarán todas las propuestas, que, a juicio de CORELCA no llenen los requisitos de las especificaciones, según se define más adelante".

"Para la evaluación de propuestas el componente en moneda extranjera de los precios se convertirá en dólares de los Estados Unidos de América, a las tasas de cambio vigentes el día de cierre de la Licitación".

"En un primer análisis se descartarán las ofertas que no cumplan con los requisitos legales contemplados en estos pliegos. A estas ofertas no se les hará análisis adicional alguno".

"Las ofertas que hayan pasado el primer análisis serán estudiadas técnicamente, destacando aquellas que no se ajustan sustancialmente a las especificaciones técnicas contempladas en estos pliegos".

"Las ofertas que hayan cumplido satisfactoriamente los requisitos descritos anteriormente serán comparadas en sus precios para definir con base CIF la más baja evaluada, de acuerdo al siguiente procedimiento":

"Se determinarán los valores totales de cada una de las ofertas haciendo las correcciones u operaciones aritméticas, si las hubiere; y agregando aquellos valores que el oferente haya omitido en su oferta de acuerdo con el fin de hacer comparable todos los valores totales de las ofertas".

"Seguidamente, las propuestas que reúnan los requisitos necesarios para ser consideradas, se clasificarán en uno de los tres grupos siguientes":

"1. Grupo A: Las ofertas que incluyan bienes de fabricación nacional si el solicitante ha demostrado a satisfacción del prestatario y del Banco que el costo de fabricación de tales bienes incluye un valor agregado nacional igual al 20% por lo menos, del precio en fábrica consignado en la oferta de tales bienes".

"2. Grupo B: Todas las demás ofertas nacionales".

"3. Grupo C: Las ofertas que no se incluyen en los Grupos A o B".

"Todas las ofertas evaluadas comprendidas en cada grupo se compararán primeramente entre sí, excluyendo cualesquiera derechos aduaneros y otros gravámenes sobre los bienes a importar y los impuestos sobre las ventas u otros similares aplicables a los bienes que han de suministrarse a nivel nacional, a fin de determinar cuál es la oferta evaluada como la más baja dentro de cada grupo".

"A continuación se compararán entre sí estas últimas y si, como resultado de esta comparación, una oferta del grupo A o una del grupo B resulte ser la más baja fuera del grupo C, todas las ofertas de ese grupo serán comparadas además con la oferta evaluada como la más baja del grupo A, después de agregar el precio evaluado de ofertas de los bienes importados incluidos en cada oferta de dicho grupo, y solamente a efecto de esta comparación adicional, una suma igual i) al monto de los derechos aduaneros y otros gravámenes a la importación que un importador no exento tendrá que pagar por la importación de los bienes ofrecidos en cada oferta del grupo C, o ii) al 15% del precio CIF de esos bienes".

"Si en esta comparación adicional la oferta del grupo A resulta ser la más baja, será la seleccionada para la adjudicación; en caso contrario, se seleccionará la del grupo C evaluada como la más baja" (fls. 8 y 9, cuaderno 1);

E) Lo anterior está en un todo de acuerdo con lo previsto por el artículo 33 del Decreto-ley 222 de 1983, que dice:

"La adjudicación deberá hacerse, previos los estudios del caso y efectuado el análisis comparativo, al licitador o concursante cuya propuesta se estime más favorable y esté ajustada al pliego de condiciones o términos de referencia según el caso".

"En la evaluación de las propuestas deberán tenerse en cuenta, en forma rigurosa, los criterios de adjudicación y las ponderaciones de esos criterios conforme a lo establecido en el pliego de condiciones correspondiente, con fundamento entre otros, en los siguientes factores: El precio, el plazo, la calidad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes".

"En las licitaciones internacionales se tendrá en cuenta, además, la situación de la balanza comercial con el respectivo país con el objeto de buscar la reciprocidad comercial correspondiente".

"Se tendrá en cuenta, así mismo, la protección al trabajo y a las industrias nacionales en los términos de este estatuto y la distribución equitativa de los contratos suscritos que se estén tramitando o ejecutando en la entidad licitante".

"La entidad contratante podrá hacer adjudicación parcial si de ello se derivan beneficios para la administración, siempre y cuando esta posibilidad hubiere sido prevista en el pliego de condiciones o términos de referencia, según el caso".

"En igualdad de condiciones, deberá preferirse la propuesta que ofrezca mejor precio; en igualdad de precios, la que contemple mejores condiciones y precios, se tendrá en cuenta la distribución equitativa de los precios";

F) Establecido fehacientemente que todas las ofertas reunían los requisitos previstos y se encontraban en igualdad de condiciones de plazo, calidad, cumplimiento, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia y organización, se imponía la adjudicación a la propuesta que ofrecía mejor precio.

Para el organismo adjudicador no es obligatorio el concepto del Comité Evaluador y bien puede separarse de sus recomendaciones pero con razones y argumentos que respalden jurídicamente su decisión.

No es de tal naturaleza la de afirmar que la firma IBM es la más conocida y "técnicamente superior", pues si tal consideración fuera pertinente, la licitación sobraría, al saberse que de todas maneras los equipos deberían ser IBM;

G) Lo brevemente dicho es suficiente para concluir, *prima facie*, que el acto acusado viola ostensiblemente tanto el pliego de condiciones (cláusula 4.3.) como el artículo 33 del Decreto-ley 222 de 1983, por lo que habrá de suspenderse provisionalmente.

Por lo expuesto, *se revoca* en todas sus partes, el auto suplicado y, en su lugar, *se resuelve:*

1. Se admite la demanda presentada mediante apoderado judicial por la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica —CORELCA—.

2. Notifíquese personalmente este auto al señor agente del Ministerio Público, al señor Director General de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica —CORELCA— y al representante legal de Merlano Asociados & Cía. Ltda.

3. Fíjese en lista por el término legal una vez surtida la notificación, para lós fines previstos en el numeral 3º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

4. *Suspéndese provisionalmente* el literal C) del artículo *primero* de la Resolución número 00622 de 30 de enero de 1987, expedida por el Director General de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica —CORELCA—, por el cual se adjudicó a Merlano Asociados y Cía. Ltda., el grupo número 5 correspondiente a Microcomputadores, por un valor de ciento nueve mil cuatrocientos veinticinco dólares americanos con treinta centavos de dólar (US$ 109.425.30) más doce millones ciento once mil doscientos veinticuatro pesos colombianos con ochenta centavos ($ 12.111.224.80), dentro de la Licitación Pública Internacional C-300-86.

5. Comuníquese la anterior decisión a la Gerencia General de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica —CORELCA—.

6. Adviértase a la parte demandante que esta medida cautelar caducará en los términos del artículo 156 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Devuélvase el expediente al Despacho de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala en sesión de la fecha.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo,* Salvamento de voto; *Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ACTO DE ADJUDICACION.—

Contra este acto la acción posible no podía ser sino la de restablecimiento del derecho.

El recurso de súplica delimitaba la competencia a la Sala, al auto admisorio de la demanda.

Salvamento de voto: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente número 5262. Actor: Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica —CORELCA—.

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria. Comparto en su esencia los argumentos expuestos por el señor Consejero Julio César Uribe. Pero, además, anoto:

Aceptando como separable el acto de adjudicación (calificación desafortunada de la ley) y, por lo tanto, susceptible de los contenciosos de nulidad y de restablecimiento en los términos de los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, hay que concluir que la acción posible por parte de la entidad adjudicante no podía ser sino la segunda, porque por sí sola la nulidad del acto restablecería su derecho.

En la demanda, en forma inequívoca, la actora dice ejercer la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Por lo tanto, no es posible pensar que porque indistintamente procede contra el acto de adjudicación una y otra, la demanda es admisible. En este campo no es el Juez el que elige a su arbitrio, y menos cuando la nulidad tiene efectos restablecedores.

Tampoco comparto el pronunciamiento sobre suspensión provisional.

La Sala de Decisión, por virtud del recurso de súplica, tenía delimitada y circunscrita su competencia al auto admisorio de la demanda. Allí terminaba su competencia. Debió, al admitir, devolver el expediente al ponente para que éste estudiara la suspensión provisional. Como se hizo por la mayoría, la decisión de suspensión se quedó sin el recurso de súplica que le dio expresamente el artículo 154 del Código Contencioso Administrativo, pretermitiéndose así una etapa procesal.

Es evidente que el auto admisorio de la demanda con definición de suspensión provisional, aunque formalmente es uno solo, contiene dos decisiones: Una la de admisión con la consiguiente apreciación de los presupuestos de la acción y de la demanda; y otra, la de suspensión que confronta el acto acusado con la normatividad superior para deducir una violación ostensible o no.

Tan cierto es esto que el Código anterior (Ley 167 de 1941) en los asuntos de dos instancias, imponía el doble pronunciamiento: El admisorio dictado por el ponente y el de suspensión, por la Sala.

Además, suspender provisionalmente un acto de adjudicación de un contrato ya comunicado, que implica un convenio entre la administración y el adjudicatario, puede significar un prejuzgamiento del asunto de fondo. E implica también un exceso en el manejo de las pruebas aún no sometidas al rito probatorio, sin controversión ni publicidad. Las pruebas, para efectos de suspensión provisional, imponen un análisis restrictivo y sólo con referencia al acto mismo o su proceso de expedición.

La prueba sumaria es de aplicación restrictiva; y esa sumariedad en suspensión provisional sólo se entiende para acreditar el perjuicio o para probar el acto mismo y su proceso de expedición.

Con todo respeto,

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D. E., mayo 3 de 1988.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y OTROS DE LA ADMINISTRACION.—

El nuevo Código dejó de lado los criterios diferenciadores entre los contratos administrativos y los privados (el legal, el de servicio público, el de la potestad pública, el de las cláusulas exorbitantes, etc.) para acoger un criterio simplista que puede resumirse así: Son del conocimiento de la jurisdicción administrativa las controversias surgidas de los contratos administrativos, interadministrativos o privados en que se haya incluido la cláusula de caducidad (art. 87 del C. C. A.).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., trece de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 4303. Contratos. Actor: Urbanizadora Villa Alicia Ltda.

En escrito presentado el 30 de noviembre de 1983 la sociedad Urbanizadora Villa Alicia Ltda., demanda a la Nación —Ministerio de Comunicaciones—, con citación y audiencia del Fondo de Inmuebles Nacionales, representado por el señor Ministro de Obras Públicas, para que se le condene al pago de $ 2.513.400.00 más la devaluación sufrida entre el 27 de febrero de 1981 y la fecha en que se solucione la obligación.

Como hechos, se narraron en síntesis:

1. Que mediante el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 252 de 27 de febrero de 1980 (Notaría 12 de esta ciudad), la actora transfirió el dominio de un inmueble situado en Bucaramanga (carrera 19 número 102-40) delimitado en su cláusula primera, a la Nación —Fondo de Inmuebles Nacionales— Ministerio de Comunicaciones.

2. Que de conformidad con el literal b del artículo 1º de la Ley 47 de 1971, le corresponde a dicho Fondo de Inmuebles la adquisición de los bienes raíces que los distintos órganos nacionales necesitan para su funcionamiento.

3. Que la escritura en mención fue aclarada mediante la número 1187 de 11 de julio de 1980 e inscritas ambas en la Oficina de Registro de Bucaramanga en el folio de matrícula número 300-005-384 de 6 de agosto de ese año.

4. Que en la cláusula quinta se dispuso que, entregado el inmueble y presentada la cuenta de cobro, el ente comprador debía pagar el precio de $ 11.800.000.00.

5. Que la entrega material se produjo el 24 de julio de 1980, en los términos del acta que se transcribe en el hecho 7º.

6. Que el Fondo de Inmuebles adquirió el inmueble para el Ministerio de Comunicaciones y para el funcionamiento de una estación monitora de radiodifusión en Bucaramanga.

7. Que el precio del contrato sólo fue entregado el 27 de febrero de 1981, cuando debió hacerse el 24 de julio de 1980.

8. Que los intereses comerciales de mora, a razón del 36% anual sobre el precio, durante 7 meses y 3 días, ascienden a la suma de $ 2.513.400.00.

A folios 77 y siguientes se expone la fundamentación jurídica de la demanda. Se afirma que el contrato es de carácter adminitrativo y sus controversias del conocimiento de esta jurisdicción. Arguye que el contrato se ajustó a la ley y debe cumplirse de buena fe. Se refuerza la argumentación con apoyo en los artículos 1602, 1608, 1617, 1618, 1928, 1929, 1930 del Código Civil; 22, 822, 883 y 884 del Código de Comercio; y en las normas pertinentes del Decreto 150 de 1976.

Durante el trámite del proceso, se perdió el expediente en el incendio del Palacio de Justicia (6 y 7 de noviembre de 1985). Pedida la reconstrucción, a ésta se le dio punto final en el proveído de septiembre 15 de 1987 (al fl. 182).

A las partes se les dio el traslado para alegar. La señora apoderada del Ministerio se limitó a afirmar que en el contrato de compraventa no se pactaron intereses ni moratorios ni corrientes y que la vendedora había aceptado el pago en la medida en que existiera disponibilidad presupuestal. Afirma, además, que con apoyo en el Decreto 150 de 1978 (sic) no era posible pactar intereses moratorios.

La parte actora en su alegato que obra a folios 192 y siguientes insiste en sus puntos de vista. Hace hincapié en la cláusula quinta del contrato, en la que se regula la forma de pago, en coincidencia con la entrega material del inmueble. Recalca que ésta se efectuó el 24 de julio de 1980 y que el pago sólo se hizo el 27 de febrero de 1981. Analiza las pruebas aportadas y afirma que desde el 20 de agosto de aquel año envió las escrituras, debidamente registradas, al Ministerio de Obras y que hizo reclamos de intereses el 19 de octubre de 1982 y el 10 de marzo de 1983.

La Fiscalía, por su lado, en su vista de marzo 23 del presente año (a fls. 209 y ss.), conceptúa que la Sala debe declararse inhibida por no ser competente para conocer de la presente acción por cuanto el contrato que lo originó no era administrativo.

Para arribar a dicha conclusión, expone:

"Estudiado el expediente, este Despacho se permite observar lo siguiente:

"Este contrato se celebró con anterioridad a la Ley 19 de 1982 y al Decreto 222 de 1983 y por lo mismo su naturaleza jurídica debe definirse a la luz de la doctrina y la jurisprudencia.

"Se afirmaba entonces que los contratos administrativos se caracterizan por contener cláusulas exorbitantes del derecho privado, entre ellas la de caducidad; los interadministrativos y los que tengan por objeto la inmediata prestación de un servicio público.

"Esta Fiscalía estima que el contrato que se estudia es privado porque no contiene cláusulas exorbitantes del derecho privado, ni es interadministrativo, ni de sus cláusulas se deduce que tiene por objeto la inmediata prestación de un servicio público. Mediante él la Administración adquiere simplemente un inmueble por compraventa sin que se especifique su finalidad.

"Siendo pues un contrato privado, esta jurisdicción no es competente para conocer de la presente acción. En consecuencia la Sala debe declararse inhibida en el presente asunto".

Para resolver, se considera:

Para la Sala es evidente que la controversia pertenece a esta jurisdicción, ya que en aquél entonces (antes de la vigencia del Decreto 01 de 1984) bastaba que el contrato contuviera cláusula de caducidad para que no sólo fuera calificado como administrativo sino también para que sus litigios se ventilaran ante la jurisdicción administrativa.

No comparte así la Sala la opinión de la Fiscalía, la que está afectada de impresionante ligereza, por cuanto evidencia que no se tomó el cuidado siquiera de leer el contrato en su integridad. Si lo hubiera hecho habría tenido que concluir en forma diferente, porque no sólo el contrato presenta cláusula penal pecuniaria (décimaprimera) sino cláusula de caducidad (décimasegunda) la que ha sido considerada por la doctrina y la jurisprudencia como exorbitante por excelencia.

Esa exorbitancia hacía a la sazón inútil la discusión de si el contrato era privado de la administración o administrativo. La jurisprudencia con cierta falta de técnica lo calificaba como de esta índole y lo sometía a la jurisdicción administrativa.

En cierta forma esta orientación se adoptó en el nuevo Código, el que dejó de lado los criterios diferenciadores entre los contratos administrativos y los privados (el legal, el del servicio público, el de la potestad pública, el de las cláusulas exorbitantes, etc., etc.) para acoger un criterio simplista que puede resumirse así: Son de conocimiento de la jurisdicción administrativa las controversias surgidas de los contratos administrativos, interadministrativos o privados en que se haya incluido cláusula de caducidad (art. 87 del C. C. A.).

Muestra lo precedente, sin lugar a dudas, que esta Sala es la competente para definir la controversia. Se aclara que el asunto no se envió al Tribunal Administrativo de Santander tan pronto empezó a regir el Código Administrativo el 1º de marzo de 1984 porque se

tramitaba en única instancia ante esta Sala y frente al nuevo estatuto el proceso tendría dos instancias en razón de la cuantía, superior a $ 2.000.000.00 (inciso 2º, art. 266 *ibídem*).

De lo anterior se desprende que el contrato en cuestión es de carácter privado, pero del conocimiento de esta jurisdicción en razón de la cláusula de caducidad que contiene. Se hace la advertencia porque en eventos como el aquí planteado, lo referente a esta última cláusula se gobierna por las reglas del derecho público; en cambio, el régimen de los derechos y obligaciones propios del contrato está regulado por el derecho privado; tal como sucede aquí con el derecho comercial, por cuanto la contratista es una sociedad de comercio, cuyo objeto social gira en torno a la proyección y realización de planes de vivienda con facultad para realizar todos los actos y contratos relacionados con su rol mercantil.

Corrobora el anterior aserto (la aplicabilidad del Código de Comercio) el hecho de que el acto sea de naturaleza mercantil para la sociedad vendedora. Este es el alcance del artículo 22 del Código de Comercio que a la letra dice:

> "Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial".

La demandante, siguiendo, en lo fundamental, este orden de ideas, estima que la entidad incumplió la obligación de pagar oportunamente el precio del inmueble, ya que lo hizo sólo transcurrido un plazo superior a los 7 meses contados a partir de 24 de julio de 1980, fecha en la que hizo la entrega correspondiente; y que ese incumplimiento la hizo incurrir en mora y la constituyó en deudora, durante ese lapso, de intereses comerciales moratorios a la tasa del 36%.

Por su lado, la entidad se defiende con un sucinto memorial, en el que afirma que en el contrato 252 de 1980 no fueron pactados ni intereses comerciales ni moratorios y que la vendedora aceptó que el pago se hiciera en la medida en que existiera la disponibilidad presupuestal. Arguye, además, que de acuerdo con la legislación vigente a la sazón (Decreto 150 de 1976) no habría sido posible pactar intereses moratorios, ya que no los consagraba, dado el trato especial que le daba a los contratos de la Nación.

Lo anterior pone de presente una vez más la discrepancia que desde hace largo tiempo se viene planteando en la doctrina en torno a si la entidad pública contratante puede pactar intereses de mora en favor de los contratistas particulares en los contratos que celebra; y si se puede condenar al pago de los mismos en el evento en que el contrato guarde silencio a ese respecto.

Para la Sala las respuestas a dichos interrogantes son afirmativas, tanto frente a los contratos administrativos como frente a los demás contratos que celebre la Administración, con la salvedad de que esa condena no podrá exceder las tasas indicadas en la ley.

Aunque el caso concreto no ofrece dudas, ya que, como se dijo, la controversia gira en torno a un contrato privado sometido al régimen de los derechos comercial y civil (los que permiten no sólo el pacto de intereses sino el reconocimiento de los moratorios aunque

nada se haya convenido al respecto), la Sala tocará, así sea someramente, el punto de los intereses moratorios y su pacto en los contratos administrativos, ya que la Sala de Consulta de esta misma Corporación ha venido sosteniendo puntos de vista diferentes, tal como se compendian en su serio y razonado concepto de 10 de agosto de 1987 (número 115).

Para el efecto, se considera:

En materia de competencia es bien sabido que los funcionarios públicos no pueden hacer sino aquello que les está expresamente autorizado. Postulado que se deriva del principio de la legalidad que gobierna la actividad administrativa. Pero las normas de competencia, pese a ser de derecho estricto, deben manejarse con un criterio racional y en función de la naturaleza de la actividad que regulan. Por eso en el campo contractual las cosas difieren de lo que sucede ordinariamente en la esfera propiamente administrativa, cuya manifestación normal es el acto general o particular, expedido con base en normas superiores que delimitan en todos los casos su alcance y contenido.

Si bien es cierto que en aquel campo contractual la competencia de la entidad pública contratante está ligada por ciertas normas superiores de obligado acatamiento, que regulan, unas el proceso de contratación, sus requisitos y formalidades (arts. 25 y ss. del Decreto 222 de 1983) y otras que deben figurar como cláusulas forzosas o de obligatoria consagración dentro de cada contrato (art. 60 del citado Decreto 222), no es menos cierto que por permisión del mismo estatuto contractual, en todo contrato se podrán estipular además, *salvo disposición en contrario*, las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza.

Significa lo anterior que mientras el aspecto obligatorio del contrato no es más que corolario de la regla de competencia (la Administración no podrá hacer sino lo expresamente autorizado), el aspecto que podría calificarse como convencional, se gobierna por la regla de la capacidad, en la que se puede hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido.

Cabe recordar que en la contratación pública son sólo obligatorias las cláusulas relativas a caducidad administrativa, sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías, multas, pena pecuniaria y renuncia a reclamaciones diplomáticas cuando a ello hubiere lugar. Así mismo tendrían este carácter obligatorio en los contratos administrativos o privados con cláusula de caducidad los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales (arts. 18 y ss. del Decreto 222).

De lo anterior se infiere que en los contratos de la Administración existen unas cláusulas obligatorias impuestas por la ley, no susceptibles de ser modificadas o negociadas por las partes contratantes; y otras, que podrán ser pactadas o convenidas por ser propias o usuales según la naturaleza de cada contrato. En estas últimas existe cierta libertad, pero sus condiciones y alcances deberán fijarse en el pliego de condiciones o propuestas que hace la Administración cuando invita a alguien a contratar.

Así que nada se opone a que en un contrato administrativo, vb.gr. el de obra pública, celebrado ordinariamente con una sociedad comercial, se pacten intereses de mora (no superiores a los permitidos en la ley, se entiende) ante el incumplimiento de la administración o cláusulas de reajuste por el no pago oportuno de las actas parciales de obra. Esos intereses, que son usuales y de la naturaleza de los contratos que celebran los comerciantes, no son más que el efecto de las obligaciones contraídas; y en este campo la administración contratista no puede reclamar un privilegio exorbitante que no le ha dado la ley.

Así, si no cumple oportunamente se presume que causó perjuicios al contratista y deberá indemnizarlo. Y si esto es lo que manda la ley, qué impide que se pacte expresamente dentro del contrato el monto de los intereses de mora, máxime cuando el convenio puede ser más favorable para la administración?

Y los reajustes por no pago oportuno no buscan sino mantener el valor adquisitivo del peso en términos reales; o sea, pagar siempre lo que se debe.

Vistas las cosas desde otro punto de vista, se concluye en forma similar, como pasa a explicarse:

En todo contrato existen ciertos requisitos: Los de su esencia, que no pueden faltar so pena de que no exista o que se dé otro convenio no querido; los de la naturaleza, que se entienden pertenecerle sin necesidad de cláusula especial, pero que no son de su esencia; y los accidentales que se convienen mediante cláusulas especiales, pero que ni esencial ni naturalmente le pertenecen.

Ahora bien, en los contratos administrativos igualmente concurren esos requisitos. El hecho de que estén regulados en principio, por normas de derecho público, no desvirtúa este aserto, porque las que contemplan el efecto de las obligaciones en general emanadas de estos, así como las que regulan el consentimiento válido, el objeto y la causa lícitos se regirán por las normas del derecho privado (civil o comercial).

Lo precedente le ha permitido a la doctrina afirmar que en el campo de la contratación pública no existen contratos exclusivamente regulados por el derecho público.

Nadie puede negar que así como el contrato privado legalmente celebrado es ley para las partes (art. 1602 del C. C.), así lo es el administrativo; que unos y otros deberán ejecutarse de buena fe (1603 *ibídem*); que en ambos se puede dar el evento de la mora en casos de incumplimiento o el enervamiento de sus efectos en los eventos del artículo 1609; que la indemnización de perjuicios comprende, por regla general, el daño emergente y el lucro cesante y se debe desde que el deudor esté constituido en mora.

Estos principios operan por mandato legal y se entienden vinculados al contrato, aunque no se hayan expresamente pactado. Puede afirmarse que son elementos comunes, de la naturaleza de todo contrato privado o administrativo.

Y si la Administración contrata con una persona particular que al hacerlo está haciendo un acto mercantil, ese contrato, en lo pertinente, se regirá por las disposiciones del Código de Comercio, tal como se desprende de su artículo 22 en armonía con el 20.

Disposiciones que al prever tales cosas dan a entender que es este Código el que gobierna el efecto de sus obligaciones, su cumplimiento, los efectos de la mora, los perjuicios, etc., etc.

En este orden de ideas, se destacan los siguientes aspectos jurídicos de alcance general:

1. Que las normas que regulan, entre otros aspectos, los efectos de los contratos civiles se aplican a los negocios mercantiles, a menos que la ley disponga otra cosa (art. 822 del C. Co.).

2. Que nadie podrá enriquecerse sin causa a expensas de otro (831 *ibídem*).

3. Que en los contratos sujetos al derecho comercial la gratuidad no se presume.

4. Que en los contratos bilaterales, tanto de índole civil como comercial, va envuelta la condición resolutoria tácita en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado (arts. 1546 del C. C. y 870 del C. de Co.) con la obligación de indemnizar al cumplido o al que se allanó a cumplir.

5. Que la indemnización de perjuicios, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, se debe por no haberse cumplido la obligación, o haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado su cumplimiento (art. 1613 del C. C.).

6. Que los contratos, que deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, obligarán no sólo a lo pactado, *sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural* (art. 871 del C. de Co.).

7. Que en los contratos mercantiles, en los cuales se presume el ánimo de lucro, cuando hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique la tasa de estos, el interés será el bancario corriente, y si las partes no han estipulado el moratorio, éste será el doble (art. 884 del C. de Co.).

8. Que en la compraventa sujeta al derecho comercial el vendedor deberá hacer la entrega de la cosa dentro del plazo estipulado (art. 924 del C. de Co.); y el comprador deberá pagar el precio en el término convenido o, en su defecto, al momento de recibir la cosa (art. 947 *ibídem*).

Aplicando las ideas que se dejan sintetizadas al caso estudiado, se anota:

1º Que la sociedad Urbanizadora Villa Alicia Ltda., es de naturaleza comercial, tal como se colige de su objeto social y como claramente se desprende del certificado de la Cámara de Comercio de Bucaramanga que obra a folio 5 del cuaderno principal.

2º Que el contrato de compraventa contenido en las escrituras números 252 (a fls. 7 y ss.) y 1188 (a fls. 54 y ss.) de 27 de febrero y 11 de julio de 1980, en su orden, es un contrato de derecho privado de la administración, dotado de cláusula de caducidad (ver cláusula 12, a fl. 10 vto.).

3º Que la Urbanizadora cumplió sus obligaciones contractuales así: a) Traditó el derecho del dominio del inmueble vendido al Fondo de Inmuebles Nacionales, no sólo por haber obtenido la inscripción del título ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bucaramanga el 6 de agosto de 1980 (ver folio de matrícula inmobiliaria 300-0005-384 al fl. 71), sino por haber hecho entrega material del inmueble el día 24 de julio de ese mismo año (ver acta a fl. 63);

b) Presentó la cuenta de cobro el 25 de agosto de 1980, acompañada de la primera copia de la escritura debidamente registrada. Sobre este hecho no existe discrepancia alguna, y lo pudieron constatar los señores peritos (a fls. 87 y ss.).

4º Que la entidad pública contratante pagó el 27 de febrero de 1981, mediante el cheque número B00237474 del Banco de la República (al fl. 181 del cuaderno principal).

5º Que tal como aparece en la comunicación de 9 de febrero de 1983 dirigida por el señor Ministro de Comunicaciones al señor Procurador Jiménez Gómez (a fls. 61 y ss. del cuaderno número 2) pidiendo investigación por las posibles irregularidades que pudieron cometerse durante la ejecución del contrato aquí cuestionado, aquél funcionario dejó expresa constancia sobre la disponibilidad presupuestal para el cumplimiento por parte de la Nación, en los siguientes términos:

> "Es importante destacar, que existía disponibilidad presupuestal para efectuarse el pago oportunamente" (al fl. 63).

6º Que dada la fecha de la presentación de la cuenta (el 25 de agosto de 1980) con los requisitos exigidos en la cláusula quinta del contrato y efectuada la entrega del inmueble a la entidad compradora el día 24 de julio de ese año, el pago debió cumplirse en aquella fecha y no el día 27 de febrero de 1981, ya que según aceptó el señor Ministro de Comunicaciones existía la disponibilidad presupuestal correspondiente para su pago oportuno.

Que en tales condiciones la mora en el pago se extendió por el lapso de 6 meses y dos días.

7º Que la mora se produjo desde la fecha indicada en el numeral 6º, porque en ese día debió cumplir la Nación su obligación de pagar, según el mandato del numeral 1 del artículo 1608 del Código Civil y por lo tanto, no tenía que mediar requerimiento alguno para constituirla en mora.

Que ante la ausencia del pacto de intereses éstos se entenderán al 36% anual, o sea el doble de los corrientes vigentes a la sazón.

Que aplicada dicha tasa, los perjuicios sufridos por la vendedora durante la mora ascendieron a $ 2.147.600.00; suma equivalente a los intereses definitivamente debidos a la fecha del pago del precio de la compraventa.

Ahora bien. Pretende la parte actora que se le pague ese valor más la devaluación sufrida en el lapso comprendido entre la mencionada fecha y aquella en que se solucione la obligación.

Para la Sala, la pretensión formulada es admisible. Si bien es cierto la suma corresponde a intereses que se debían cuando se pagó el capital, no es menos cierto que la actora sólo pretende que se le pague la deuda insoluta ese 27 de febrero de 1981 a la moneda de hoy, con sujeción a las normas que rigen la actualización monetaria.

Y se pueden aplicar esas normas porque los intereses pretendidos no tienen el carácter de pendientes en sentido legal (art. 717 del C. C.), precisamente por no ser intereses de un capital todavía exigible. Lo fueron sólo mientras el precio del inmueble permaneció insoluto, o sea durante 6 meses y dos días. De allí en adelante no son más que una deuda líquida de intereses.

En otros términos, la actora no está pidiendo más de lo que se debe y mucho menos pretende el reconocimiento de frutos civiles desde la fecha del pago del precio hacia adelante.

Pagar una suma actualizada —lo ha dicho la jurisprudencia de esta misma Sala— no implica ni pagar más ni enriquecer indebidamente al acreedor. Los mecanismos de la devaluación mantienen la obligación en los términos reales; vale decir, conservan el poder adquisitivo del peso en tal forma que hoy se le pague al acreedor una suma con un poder equivalente al que tenía la suma que se quiere actualizar.

En otros términos, como lo dice Zannoni, "la compensación por depreciación monetaria se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor, que sufriría menoscabo si recibiese como reparación el monto del daño originario, en signo monetario envilecido" (Revaluación de obligaciones dinerarias. E. Zannoni Astrea 1977).

Tan cierto es esto que no se acumula nunca esa compensación con los intereses comerciales, porque en éstos su incremento busca así mismo compensar, en parte, la incidencia del proceso inflacionario (Zannoni 131).

En resumen. En el presente caso no se está frente a la capitalización de intereses para hacer rendir a esa cifra otros nuevos intereses, sino que sólo se pretende mantener el valor adquisitivo de la deuda que por intereses se liquidó a 27 de febrero de 1981, en $ 2.147.600.00.

En cambio, si se hubiera establecido su monto para gravar la suma así determinada con nuevos intereses, la Sala se encontraría ante el fenómeno, inadmisible, de intereses de intereses, prohibido por el ordinal 3º del artículo 1617 del Código Civil en forma por demás elocuente: "Los intereses atrasados no producen interés". Regla que armoniza con aquella otra que prohíbe expresamente el pacto de intereses de intereses (art. 2235 del C. C.).

La ley comercial en esto es un poco más amplia que la civil y permite, en las hipótesis del artículo 886 del Código de Comercio, *que los intereses aún pendientes* puedan producir intereses. La regla es de alcance restrictivo y exige para su aplicación, además, que se haya presentado demanda judicial por el acreedor o un acuerdo posterior entre las partes, "siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos".

La actualización.

Explicado lo anterior y con sujeción al mandato contenido en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, la actualización deberá hacerse con base en los índices inicial y final de precios al consumidor certificados por el Dane y mediante la aplicación de la fórmula $Vp = vh \frac{ind.\ f}{ind.\ i}$. De donde Vp = valor presente o actualizado; vh = valor histórico o inicial que se actualiza; in. f = índice vigente a la fecha de este fallo; in. i = índice que regía el 27 de febrero de 1981, cuando se pagó el precio del inmueble y quedaron insolutos los intereses causados hasta esa fecha.

La condena se hará en concreto. Para la presentación de la cuenta de cobro de esta sentencia deberán acompañarse las certificaciones correspondientes del Dane en las dos fechas aludidas en el párrafo anterior.

Reflexión final.

La Sala estima que la actora debió exigir, cuando se hizo el pago del precio ese 27 de febrero de 1981, la imputación del pago en los términos del artículo 1653 del Código Civil; es decir, con imputación primero a intereses y luego a capital. En esta forma hoy esa cantidad de $ 2.147.600.00, sería capital y no intereses; y habría podido demandar no sólo su revaluación sino el reconocimiento de intereses puros o efectivos sobre el valor histórico. Actualización e intereses puros que no son incompatibles, porque estos están desposeídos de todo alcance o sentido correctivo. En el derecho colombiano tienen estos intereses su apoyo en el artículo 1617 del Código Contencioso Administrativo.

Finalmente la Sala hace las siguientes precisiones:

a) Los contratos administrativos no se rigen en su integridad por las normas del Decreto 222 de 1983; el que gobierna, en principio, sólo aquellos aspectos expresamente señalados y que fuera de tocar con el régimen de su competencia y formalidades, ordinariamente tienen que ver con los poderes exorbitantes que la administración posee en el campo de la contratación pública (caducidad, terminación, modificación, interpretación, cláusula penal pecuniaria, sujeción a apropiaciones presupuestales, garantías, renuncia a reclamación diplomática, liquidación unilateral, etc., etc.).

En cambio, los efectos de las obligaciones en general (arts. 1601 y ss. del C. C.), así como las reglas sobre el consentimiento, objeto y causa, se regirán por el derecho privado. En esta, por ejemplo, se

permiten los pactos que regulan esos efectos en forma diferente, ya que frente a los mismos, en caso de silencio, la ley suplirá la voluntad de las partes;

b) El hecho de que en todo contrato de la Administración deberá estipularse la sujeción de su cuantía y pago a las apropiaciones presupuestales, no significa que la Administración no tenga que pagar indemnización alguna en caso de mora. De ser esto así, la cláusula implicaría para una de las partes (la fuerte, normalmente) el privilegio de incumplir sin sanciones, que no existe en el derecho colombiano;

c) Los contratos y es apenas obvio, se celebran para ser cumplidos dentro de los términos convenidos. Por esa razón, en principio, la Administración no puede hacer reserva presupuestal sino por el valor estipulado;

d) En los contratos de la Administración deberán acatarse, so pena de nulidad absoluta, las normas que regulan su celebración e imponen las cláusulas obligatorias. En estos mismos, la Administración podrá pactar con cierta libertad las cláusulas usuales según su naturaleza, siguiendo las reglas del derecho privado, *a menos que exista disposición en contrario* (art. 60 del Decreto 222).

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. Declárase responsable contractualmente a la Nación (Ministerio de Comunicaciones —Fondo de Inmuebles Nacionales—) por los hechos expuestos en la parte motiva de este fallo.

2. En consecuencia, condénase en concreto a la citada entidad a pagar a la sociedad Urbanizadora Villa Alicia Ltda., la suma resultante de actualizar dos millones ciento cuarenta y siete mil seiscientos pesos moneda corriente ($ 2.147.600.00) en la forma indicada en la citada parte motiva.

3. El pago del valor actualizado deberá hacerse dentro de los términos señalados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y devengará intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud de cumplimiento de este fallo acompañada con los índices de precios al consumidor y moratorios luego.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 13 de mayo de 1988.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATO DE OBRA PUBLICA CON ESTIPULACION A PRECIOS UNITARIOS.—

El contrato que sirve de apoyo para la presente controversia no se estipuló dentro de la modalidad de PRECIO UNICO; esta sola realidad es suficiente para sacarlo del régimen legal del artículo 2060 del Código Civil.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., tres de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente número 4993. Contratos. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Armenia "TELEARMENIA". Demandado: Doctor Héctor Jaramillo Botero.

I

Agotada la tramitación 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 mandatario judicial de la parte actora, contra la sentencia de tres (3) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, en virtud de la cual declaró probada "...la excepción de *falta de legitimación en la parte demandante*", por las razones que en el referido proveído se precisan, inhibiéndose, en consecuencia para fallar el litigio en el fondo.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe a continuación lo pertinente de la misma, en élla se lee:

"La Empresa de Telecomunicaciones de Armenia 'TELEARMENIA', mediante apoderado judicial, presentó demanda ante esta Corporación el día 23 de enero del año en curso, a fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera: Se declare responsable al ingeniero, doctor Héctor Jaramillo Botero, identificado con la cédula de ciudadanía número 2.941.037 expedida en Bogotá y Matrícula Profesional número 6377 expedida por el Consejo Profesional de Ingeniería, Seccional de Cundinamarca, de los perjuicios sufridos por la Empresa de Comunicaciones de Armenia (TELEARMENIA) al haber tenido que acometer los trabajos de estudio de suelos, cimentación, refuerzo de estructuras y reconstrucción del edificio a que se refiere el contrato P-041-79, de

18 de julio de 1979, por vicio de construcción y por vicio del suelo, conforme lo prevén los artículos 2060, reglas 3ª y 4ª del Código Civil, en concordancia con el artículo 2061 *ibídem*.

"*Segunda:* Que como consecuencia de esa responsabilidad, se condene al ingeniero Héctor Jaramillo Botero, a pagar a la Empresa de Telecomunicaciones de Armenia (TELEARMENIA) la suma de cuarenta y un millones quinientos cuarenta y dos mil seiscientos setenta y ocho pesos con treinta y siete centavos ($ 41.542.678.37) moneda corriente, por concepto de perjuicios que la empresa recibió al haber tenido que invertir esa suma como consecuencia de la amenaza de ruina a que se vio sometida la edificación materia de esta controversia.

"*Tercera:* Subsidiariamente, que se condene al ingeniero Héctor Jaramillo Botero a pagar los perjuicios que resultaren probados en la etapa procesal o se le condena, en abstracto, a pagar los perjuicios que resultaren conforme a la liquidación ordenada por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"*Cuarta:* Se condene al ingeniero Héctor Jaramillo Botero al pago de todas y cada una de las costas del proceso, incluyendo (sic) toda clase de gastos, peritazgos, honorarios, etc.".

Fundamentó las anteriores peticiones de estos *hechos:*

"*Primero.* La construcción de la edificación que da lugar a la presente acción, fue contratada por las Empresas Públicas de Armenia, con el ingeniero Héctor Jaramillo Botero, mediante el contrato número P-041-79, de fecha 18 de julio de 1979, lo cual se hizo mediante el siguiente desenvolvimiento:

"a) Por Resolución número 236 de 10 de mayo de 1979, dictada por el señor Gerente de las Empresas Públicas de Armenia, se autorizó la apertura de la licitación pública número P-05-79, para la construcción de la nueva planta telefónica para la ciudad de Armenia;

"b) La referida licitación fue adjudicada al ingeniero Héctor Jaramillo Botero, lo que dio lugar a la suscripción del contrato número P-041-79 de 18 de julio de 1979, cuyo objeto fue la construcción del edificio para la nueva planta telefónica de Armenia, por un valor estimado inicialmente en la suma de diez millones quinientos noventa y un mil sesenta pesos con treinta y siete centavos moneda corriente ($ 10.591.060.37) más el valor de las obras extras o adicionales que fueran necesarias, con un área aproximada de un mil trescientos cincuenta metros cuadrados (1.350 M^2).

"*Segundo.* Según el Acta número 008 de 1980, de las Empresas Públicas de Armenia, ratificada por el 'balance de los trabajos para la construcción del edificio para la nueva planta telefónica de Armenia, según contrato número P-041-79', el valor de la conocida obra ascendió a catorce millones quinientos setenta y ocho mil novecientos dieciséis pesos con setenta y nueve centavos ($ 14.578.916.79) moneda corriente.

"*Tercero.* La edificación construida por el ingeniero Héctor Jaramillo Botero, por vicios en la construcción y vicios del suelo que el ingeniero Jaramillo Botero estaba obligado a conocer por razón del

ejercicio de su profesión, sufrió tales desperfectos que hizo necesaria su inminente recimentación y remodelación por parte de TELEARMENIA, empresa que es la propietaria actual de dicho edificio.

"*Cuarto.* Construido el edificio por el ingeniero Héctor Jaramillo Botero, de tres (3) plantas, en la segunda (2ª) planta se alojaron los equipos de *conmutación telefónica* de un valor aproximado de quinientos millones de pesos ($ 500.000.000.00) moneda corriente.

"*Quinto.* Conforme consta de las diferentes intervenciones de funcionarios de las Empresas Públicas de Armenia, el edificio desde un principio, mostró algunos desperfectos en su construcción, tal como se desprende de la comunicación IT-216 de 24 de julio de 1980, dirigida al señor Gerente de las Empresas Públicas de Armenia, por el ingeniero Jefe de la División de Teléfonos Tulio Neira Caballero, radicada el 6 de noviembre de 1980 mediante comunicación IT-317, firmada por el mismo ingeniero Neira Caballero y el también ingeniero Julio César Echeverry P., como en el documento denominado *acta final* de 25 de febrero de 1981. Todas las fallas anotadas no tuvieron su reparación, pero a pesar de todo al ingeniero Héctor Jaramillo Botero, se le canceló el valor del contrato, sin que tampoco se hiciera efectiva la póliza de estabilidad de la obra.

"*Sexto.* Recibido el edificio de parte de las Empresas Públicas de Armenia por TELEARMENIA, a mediados de agosto de 1982, a raíz de las objetivas críticas de la comunidad, de la radio y de la prensa, la empresa TELEARMENIA quiso constatar el real estado de la edificación y fue así como objetivamente se dio cuenta que la construcción, a simple vista, presentaba serias grietas y desperfectos que parecían acelerar su inminente derrumbamiento, por lo que el señor Gerente de TELEARMENIA solicitó un estudio de la situación a la Universidad del Quindío, entidad que por intermedio de su Departamento de Topografía, Grupo de Investigación Topográfica, hizo un control topográfico del asentamiento del edificio, haciendo serias recomendaciones.

"*Séptimo.* Con base en estudios posteriores y según informes de 16 de abril y 7 de mayo de 1984, dirigidos al señor Gerente, por el ingeniero Jairo Antonio Botero Márquez, hubo grandes vicios de construcción, entre ellos, el hecho de que como bien se aprecia a simple vista, '...el concreto fue muy mal vibrado durante la construcción...' y en '...los trabajos del segundo piso, en el cielo razo de la tercera placa, se efectuaron de acuerdo a lo previsto. Allí se observaron fallas durante la construcción como la falta de recubrimiento para los hierros positivos de la viguetería. Debido a que los flejes están localizados sólo en los extremos, estas varillas no tienen ninguna cohesión con el cuerpo de la viguete y pueden fallar fácilmente. Esta situación también se considera grave para el comportamiento del edificio...' Y agrega este informe: '...Según planos que poseo, las vigas y viguetas de las placas no cumplen con las especificaciones de anclar el 25% del hierro positivo en los apoyos. Igualmente el hierro negativo no pasa a lo largo de las vigas y viguetas. No hay provisiones antisísmicas en el diseño de los hierros...'

"En el informe de 7 de mayo de 1984, se llegó a la conclusión de que: '...El edificio fue fundado en un relleno de hasta 14 metros y el sistema de fundaciones utilizado, el de zapatas individuales, no se acomoda en ninguna forma a las necesidades reales del edificio...'

"'...Las viguetas y vigas de las placas, pero especialmente las primeras, han sido construidas sin la precaución de dejar el acero de refuerzo positivo embebido en el concreto. Este defecto se acrecienta debido a la falta de flejes, los agregados del concreto muy gruesos y una vibración muy pobre durante el vaciado...'

"'...El mortero soldado inicial presenta una calidad muy mala durante la demolidad de parte de éste. Esta demolición se llevó a cabo en el salón del Equipo entre los ejes 3 y 4, y ejes A y C. Allí presentaba embombamiento o desprendimiento de la placa lo cual era un peligro inminente tanto para el personal que allí labora como para el Equipo...'

"'...El estado actual del edificio y de sus fundaciones no dieron margen para seleccionar varias alternativas viables...'

"'...La alternativa de dejar el edificio en las condiciones en que se encuentra es completamente negativa debido al estado deplorable de fundaciones, columnas y estructuras en general...'

"*Octavo.* Ante la situación desesperante del estado de la edificación y el valor de los equipos allí albergados, que sobrepasa los quinientos millones de pesos ($ 500.000.000.00), equipos de muy difícil relocalización (ver informe de 7 de mayo de 1984), por no decir que de imposible relocalización, se optó por seguir el acertado consejo de diferentes informes técnicos y, en consecuencia, se procedió a la vital y necesaria demolición de la mayor parte del edificio, a fin de así poder salvar la parte del mismo edificio y más que todo, se repite, el valioso equipo allí albergado. Fue así como hubo necesidad de demoler toda la tercera planta y parcialmente, la primera y segunda plantas. La edificación tenía un área de 1.979.50 metros cuadrados y fue demolida un área de 970 metros cuadrados, quedando la edificación apenas con un área de 1.009.50 metros cuadrados, perdiendo casi un 50% de su construcción inicial.

"*Noveno.* Conforme se aprecia, la ruina del edificio se debió a vicios en su construcción y a vicios en el suelo que el ingeniero Héctor Jaramillo Botero, en razón de su profesión, ha debido conocer y, por consiguiente, su responsabilidad es ineludible al tenor de lo dispuesto por el artículo 2060, numeral 3º del Código Civil Colombiano.

"*Décimo.* La reconstrucción del edificio se hizo por parte de TELEARMENIA, a través de varios contratos celebrados, entre otros con los ingenieros Alvaro Millán Angel y Hernando Varón Cuartas y la firma Fajardo Molina Hnos. Ltda. Con los dos primeros en relación con las obras de reforma estructural y fundaciones del edificio, lo cual junto con los estudios previos necesarios de suelos y de estructuras ascendió a la suma de doce millones novecientos sesenta y seis mil ciento veinte pesos con cuarenta y dos centavos ($ 12.966.120.42)

y con la firma Fajardo Molina Hnos. Ltda., para las reformas y obras necesarias para la remodelación del edificio central y construcción de obras aledañas al mismo, tendientes a la recuperación de las áreas perdidas por la demolición parcial por un valor de veintiocho millones quinientos setenta y seis mil quinientos cincuenta y siete pesos con noventa y cinco centavos ($ 28.576.557.95), todo para un gran total de cuarenta y un millones quinientos cuarenta y dos mil seiscientos setenta y ocho pesos con treinta y siete centavos moneda corriente ($ 41.542.678.37) (ver certificación contable y contratos en lo relacionado con demolición, cimentación, remodelación, estudios de suelos y dictámenes y estudios previos a la remodelación en general que se anexa).

"*Décimoprimero.* Por medio del instrumento público número 912 de 19 de mayo de 1982, entre las Empresas Públicas de Armenia y la Empresa Nacionales de Telecomunicaciones —TELECOM— se constituyó una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, denominada Empresa de Telecomunicaciones de Armenia —TELEARMENIA—, con domicilio en la ciudad de Armenia, Departamento del Quindío.

"*Décimosegundo.* Como parte del aporte social, las Empresas Públicas de Armenia, transfirieron a TELEARMENIA, por el mismo instrumento anteriormente citado, el edificio construido por el ingeniero Héctor Jaramillo Botero, según reza la cláusula *décimoprimera* de tal escritura, consistente en '...Un lote de terreno situado en la manzana comprendida entre las carreras 18 y 19 y entre las calles 6ª y 7ª de la actual nomenclatura urbana de Armenia, con una cabida superficiaria de dos mil quinientos quince metros cuadrados (2.515 M^2), aproximadamente, distinguido con la ficha catastral número 01-6-053-001, que incluye el edificio sobre él levantado por cuenta de las Empresas Públicas de Armenia, lote comprendido entre los siguientes linderos, según título de adquisición «por el oriente, con la carrera 18, en una extensión de 45 metros; por el occidente con la carrera 19 en una extensión de 24 metros, lindando además con predio de la sucesión de los señores Francisco Giraldo Gómez y Herminia Barrero de G.; por el norte con la calle 6ª, proyectada, en una extensión de 47 metros; y lindando siempre con la sucesión de Giraldo Gómez y Barrero de Giraldo; y por el sur, con la calle 7ª, en una extensión de 62 metros». *Tradición:* Adquirieron las Empresas Públicas de Armenia el lote descrito, por compra hecha a Valorización Municipal de Armenia, según escritura número 321, de fecha diez (10) de abril de 1978, otorgada ante la Notaría Primera de Armenia, que fue debidamente registrada el día veintiocho (28) de junio de mil novecientos setenta y ocho (1978), al folio de matrícula número 280-0023249'.

"*Décimotercero.* En razón de la transmisión de tal derecho, es que TELEARMENIA es ahora titular de la presente acción indemnizatoria.

"*Décimocuarto.* Finalmente, en la denominada Carta de Presentación que suscribió de su puño y letra el ingeniero Héctor Jaramillo Botero, dirigida a las Empresas Públicas de Armenia, manifestó que conocía la calidad del terreno por excavar, lo que presupone, dada su

profesión de ingeniero que el suelo carecía de vicios y de allí su temeridad al construir el edificio, pues como ampliamente se encuentra demostrado la edificación pereció en parte y amenazó ruina por vicios del suelo y vicios en su construcción, todo lo cual lo hace responsable de acuerdo con el artículo 2060-3 del Código Civil Colombiano".

"Expuso los siguientes *fundamentos de derecho:*

"Conforme se dijo en el punto *noveno* de los hechos '...la ruina del edificio se debió a vicios en su construcción y a vicios en el suelo que el ingeniero Héctor Jaramillo Botero, en razón de su profesión ha debido conocer...su responsabilidad es ineludible al tenor de lo dispuesto por el artículo 2060, numeral 3º del Código Civil Colombiano...'

"En efecto, el ilustre tratadista Fernando Vélez en su obra Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, Tomo VII, página 461, número 637 al comentar la norma dice:

" '637. 3ª Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, por vicio del suelo que el empresario o personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final'.

" 'La regla 3ª del artículo 2003 del Código Chileno, cita el inciso final del artículo 2000 que es el 2057 de nuestro Código. Hay, pues, un yerro en la cita del inciso final del artículo 2041 que nada tiene que ver con el asunto (art. 2051)'.

" 'La responsabilidad del empresario de que habla la regla 3ª que es de origen romano y español, según el señor Vera, y que dura diez años como en el Código Francés (art. 1792) (1) es disposición de orden público, porque protege la vida de los que habiten el edificio construido y la de las personas que pasen cerca de éste. Por tanto, el empresario no puede librarse de tal responsabilidad probando que en la construcción del edificio no hizo otra cosa que seguir los planos e instrucciones del dueño de aquel'.

" 'Según las reglas que hemos visto, la responsabilidad de un artífice que se encarga de la confección de una obra material, cesa desde el momento en que la aprueba quien se la encargó, el cual no puede hacerle cargo ninguno por los defectos que se le hallen después de usarla algún tiempo, porque la ley supone que un examen atento de la cosa en aquel momento, habría hecho conocer tales defectos. Esta regla tiene una excepción respecto de los empresarios de edificios y arquitectos, puesto que la regla 3ª que estudiamos y el artículo 2061, los declaran responsables durante diez años de la ruina total o parcial del edificio que construyan, cuando resulte de un vicio de construcción de un vicio del suelo o de vicio de los materiales que suministren'.

" 'Esta excepción se funda en que cuando acaba de construirse un edificio generalmente tiene apariencia de solidez, pues ciertos vicios que más tarde o más temprano pueden destruirlo, es imposible

averiguarlos sino con el transcurso del tiempo que es lo único que puede garantizar aquella solidez. Esta es la causa para que la ley prolongue la responsabilidad del empresario durante diez años contados desde que el dueño del edificio lo recibió' (art. 2060, regla 4ª).

"'638. La regla 3ª comprende dos casos: 1º El empresario suministra los materiales con que se construye el edificio; 2º Esos materiales los suministra el dueño del edificio'.

"'En este 2º caso la responsabilidad del empresario será la que impone el último inciso del artículo 2057, pero puede entenderse que cuando la ruina del edificio provenga sólo de vicio de los materiales, pues si se origina de vicio de la construcción o del suelo, con los cuales nada tienen que ver los materiales, se dirá que no es equitativo limitar la responsabilidad del empresario a lo que ordena aquel inciso. A esto puede observarse que la última parte de la regla 3ª limita dicha responsabilidad en todo caso a lo dispuesto en el inciso citado'.

"'Cuando el empresario suministra los materiales, que es el caso 1º, puede ocurrir que el edificio amenace ruina o perezca en todo o parte. Entonces si esto ocurre durante los diez años subsiguientes al día en que el edificio fue entregado a su dueño, el empresario le responde de los perjuicios consiguientes, según las reglas generales (arts. 1613, etc.), si se prueba una de estas cosas: a) Que se ha destruido el edificio o amenaza ruina, por un vicio en la construcción de él, como porque las paredes no estén a plomo o bien hechas, ni los techos bien armados, etc.; b) Que debido a un vicio del suelo donde se construyó el edificio, vicio que el empresario o sus artífices u obreros hayan debido conocer por razón de su oficio, como corrientes de agua no desaguadas, u hoyos no llenados suficientemente, ha perecido o amenaza ruina el edificio; c) O que los materiales empleados en éste no eran propios para lograr la debida solidez del edificio'.

"'639. Si en los diez años indicados no se presenta en el edificio ninguno de los vicios precedentes, cesa la responsabilidad del empresario. Así es que si el edificio perece en todo o en parte después de esos diez años o amenaza caerse, el dueño no puede hacerle cargo ninguno al empresario'.

"'A pesar de esto, que parece no diera lugar a dudas, puede preguntarse durante cuánto tiempo tendrá acción el dueño contra el empresario, si la ruina del edificio ocurre, por ejemplo, a los nueve años de construido éste. Esto no lo prevé la regla 3ª la cual habla sólo del tiempo dentro del cual debe ocurrir la ruina del edificio para que responda de ella el empresario, pero no del tiempo en que prescribe la acción de perjuicios contra éste. De esto debe deducirse que a esa prescripción son aplicables las reglas generales (arts. 2535, etc.) y que por tanto, ella es de veinte años. En suma, la regla 3ª fija la duración de la responsabilidad del empresario, pero no la de la acción sobre la responsabilidad, la cual se rige por aquellas reglas'.

"'.....'

"'640. Si el edificio perece en todo o parte, o amenaza ruina, es decir, se ve que va a destruirse, durante los diez años de habla (sic) la regla 3ª, el empresario es responsable si la pérdida o ruina cierta

se origina de una de las tres causas que indica esa reglam (sic) que son: Vicio de la construcción; vicio del suelo que el empresario o sus empleados hayan debido conocer en razón de su oficio, o vicio de los materiales. El juicio en que debe probarse uno de estos vicios debe ser ordinario. A quién corresponde probarlo? Unos creen que ...al dueño que es quien hace el cargo. Otros, que al empresario le corresponde demostrar que el edificio no ha perecido ni amenaza ruina por ninguna de aquellas causas, sino por otra diferente. Según esta opinión se presume falta del empresario en la construcción del edificio. Se pregunta: Esta presunción legal en qué texto se funda? No es más lógico presumir que el empresario sabe su oficio? Y si esto se presume, para hacerlo responsable de perjuicios, es necesario justificarle que el edificio pereció por uno de los tres vicios indicados. En cuanto al vicio del suelo que debieron conocer él y sus empleados, respecto de la prueba, véase lo dicho en el artículo 1986, inciso 3º'.

" '641. 4ª El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone'.

"Al empresario le conviene que le reciba y apruebe el edificio el dueño, una vez terminada su construcción, para quedar libre de que se hagan cargos relativos a la parte exterior del edificio, sosteniendo que no está de acuerdo con el plano y las reglas del arte respectivo. Pero esta aprobación no puede librar al empresario de la responsabilidad que le impone la regla 3ª por la razón que allí dimos (número 637).

"El doctor César Gómez Estrada, en su obra 'De los Principales Contratos Civiles', página 342, número 276, dice:

" '276. Tercera regla del artículo 2060. Está concebida textualmente de la siguiente manera: «Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los 10 años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño no habrá lugar a la responsabilidad, sino en conformidad con el artículo 2041, inciso final» (debió citarse el artículo 2057, que es el pertinente)'.

" 'Claramente se advierte el sentido protector de los intereses del dueño de la obra, en que está inspirada esta regla; sin que pueda negarse que ella satisface también un interés público, pues razones de seguridad general exigen que los edificios que se construyen tengan la solidez y la firmeza suficientes para evitar su ruina. En cierto modo se asoma aquí, aunque por aspecto distinto, el interés público en que se sustenta el interdicto por obra que amenaza ruina, que como acción pública reconocen los artículos 987 y 1005 del Código Civil'.

" 'Esta obligación especial de los constructores de responder por la estabilidad de la obra, que tiene antecedentes seculares, se explica básicamente como desestímulo a todo intento del constructor en economizar gastos de la construcción, utilizando materiales de mala calidad o deficiente mano de obra, para lucrarse del menor costo'.

" 'Pero se explica además con la consideración de que el constructor asume una obligación de resultado, y que en tal virtud debe ejecutar la obra en que consiste la construcción de manera que no adolezca de deficiencias que atenten contra su estabilidad, solidez y firmeza'.

" 'La regla discrimina entre riesgos por vicio de la construcción misma, riesgos por vicios del suelo y riesgos por vicios de los materiales, para hacer responsable al empresario o constructor de todos ellos, sin más. Sólo que tratándose de riesgos por vicios del suelo, la responsabilidad del constructor se hace depender de una condición subjetiva: Que el vicio haya debido ser conocido por él o por sus dependientes, en razón de su oficio'.

" 'Visto el texto del artículo y habida cuenta de la condición especial que él exige cuando el riesgo se debe a vicios del suelo, se puede decir entonces que cuando se exige la responsabilidad por estabilidad de la obra, haciendo derivar el daño de defectos de la construcción o de defectos de los materiales suministrados por el constructor, hay una presunción de culpa en contra de éste, y por lo mismo el dueño de la obra no tienen que probar que el constructor incurrió en culpa; es, por contrario, al constructor a quien le corresponde probar hechos que desvirtúen la presunción mencionada, para poder liberarse de responsabilidad. Pero cuando el daño se atribuye a defectos del suelo, en tal evento sí le corresponde al dueño demostrar que el constructor ha debido conocer esos defectos en razón de su oficio'.

" 'Cuando el riesgo se debe a defectos de los materiales y estos han sido suministrados por el dueño de la obra, es apenas natural entender hoy en día, cuando ordinariamente las construcciones son contratadas con arquitectos, que el constructor ha debido conocer los vicios que los afectaban. De ahí que la situación prevista en la parte final de esta regla, carezca de significación en la práctica. No ocurre lo mismo con los vicios del suelo: Es evidente que un arquitecto debe ser experto en materiales de construcción; pero no siempre un arquitecto será experto en suelos, por lo menos en grado de poder descubrir cualquier vicio que en ellos se presente'.

"De acuerdo con los comentarios transcritos es evidente que el contratista al ser ingeniero de profesión tiene que ser experto en suelos o por lo menos estar en capacidad de descubrir cualquier vicio que en ese suelo se hubiera presentado, máxime cuando '...El edificio fue fundado en un relleno de hasta de 14 metros y el sistema de fundaciones utilizado, el de zapatas individuales (sic) no se acomoda en ninguna forma a las necesidades reales del edificio...', lo que nos está indicando claramente la responsabilidad del ingeniero Jaramillo Botero quien construyó en un terreno viciado de lo cual, se repite, debió darse cuenta en razón de su profesión desde el mismo momento de su visita a esos terrenos donde iba a ser construida la obra, ya que según su *carta de presentación* manifestó: '...Que ha visitado los sitios de las obras y tomado nota cuidadosa de sus características ...calidad del terreno por excavar...', como al efectuar las excavaciones. Contribuye, pues, a afirmar su responsabilidad lo expuesto en el hecho séptimo, ya que con los informes técnicos está demostrado que hubo grandes vicios de construcción y no solamente grandes

vicios de construcción sino que el ingeniero Jaramillo Botero, edificó en un terreno viciado. Todas las probanzas allegadas al proceso así lo están demostrando.

"Aparece claro, repito, con la prueba que se adjunta, que el edificio adoleció de vicios de construcción como de vicios del suelo lo que determinó la amenaza de inminente ruina que impuso su demolición en casi un 50%, vicio del suelo que el ingeniero Héctor Jaramillo Botero, ha debido conocer en razón de su oficio, lo que lo hace responsable, conforme a los artículos 2060-3 y 2061 del Código Civil de los perjuicios sufridos por la empresa TELEARMENIA con motivo de haber tenido que acometer los trabajos de las reconstrucción del edificio y, además, por haber perdido, por razón de la construcción viciada en terreno viciado, un 50% o más, de la capacidad de servicio de la edificación, todo lo cual se convierte en lucro cesante y daño emergente para la empresa demandante.

"Es claro que la prestación de servicios por un ingeniero comprende todas las actividades propias de su oficio o profesión y por tanto funciona una presunción en el sentido de que el ingeniero debe saber qué clase de materiales debe utilizar y cómo los debe utilizar, es decir, en el caso de autos, mezclarlos y darle al concreto la vibración adecuada durante la construcción, cuestión que a decir de los conceptos técnicos que obran en el proceso, '...el concreto fue muy mal vibrado durante la construcción...', cuestión que se apreció a simple vista, es decir sin necesidad de ningún análisis de laboratorio. Y lo que es más grave: El ingeniero debe saber, en razón de su profesión, asunto que no necesita demostración material de ninguna especie, pues es cuestión que se presume por razón de la propia profesión de ingeniero, si existe vicio en el suelo, sin que sea admisible ninguna disculpa o explicación. Es decir, el ingeniero, tiene la obligación ineludible, inexcusable e inexculpable de percatarse, hasta la saciedad, cuando va a construir, si existe algún vicio en el suelo. Si construye, se presume, en derecho, que el ingeniero se percató, por los medios adecuados, que el suelo sobre el cual va a construir, es un suelo sin vicios y que por consiguiente tiene la resistencia necesaria para soportar la capacidad portante de la edificación. Si así no lo hace, es claro que incurre en la responsabilidad que le señalan los artículos 2060 y 2061 del Código Civil.

"Como está demostrado que el ingeniero Héctor Jaramillo Botero construyó sin haberse percatado de las condiciones físicas del suelo, es decir, que existían vicios en el suelo que no permitían efectuar allí esa edificación en la forma que la construyó incurrió, sin lugar a dudas, en la responsabilidad que le determinan las normas que se han señalado. Y así debe declararlo el Juez a quien me dirijo".

"Por auto de 30 de enero presente, se admitió la demanda. Se ordenó notificar personalmente esta providencia admisoria al señor Agente del Ministerio Público y al ingeniero Héctor Jaramillo Botero (fl. 26, cuaderno número 1).

"Estas notificaciones se efectuaron así: Con el señor Fiscal Tercero del Tribunal, el 31 de enero pasado, y con el doctor Héctor Jaramillo Botero, el 5 de febrero de este año (ver fl. 26 vto., cuaderno número 1).

"Fijación en lista:

"Transcurrió entre el once (11) y el veintiuno (21) de febrero de 1986.

"El demandado, mediante apoderado judicial, contestó la demanda. Aceptó unos hechos y negó otros y propuso las siguientes excepciones: a) *Falta de legitimación en la parte demandante;* b) *Extinción de la obligación de responsabilidad o caducidad;* c) *Culpa de la víctima o culpa de un tercero,* y d) *Caducidad de la acción propuesta.* Estos medios defensivos se estudiarán en el cuerpo de esta sentencia (fls. 2 a 6, cuaderno número 2).

"Pruebas:

"De la parte demandante. Con la demanda acompañó el documento que obra en el folio 24 del cuaderno principal y los que conforman los cuadernos 4, 5 y 6.

"Solicitó en la misma pieza se decretara la recepción de unos testimonios, la ratificación de una declaración y de un informe de ingenieros (fl. 22, cuaderno número 1). Estas pruebas fueron decretadas en auto de 20 de marzo pasado (fl. 1, cuaderno número 3) y practicadas se insertaron en los folios 14 a 76 del cuaderno número tres (3).

"De la parte demandada. Con el escrito de contestación del libelo trajo los documentos obrantes en los folios 8 a 13 del cuaderno número dos (2). Solicitó en la misma pieza, oficiar a las Empresas Públicas de Armenia a fin de que remitiera unos documentos, se recepcionaran unos testimonios y una prueba pericial.

"Estas pruebas se decretaron en auto de veinte de marzo que pasó y practicadas se insertaron en los folios 23 a 34 del cuaderno número dos (2).

"Período alegatorio:

"Se produjo entre el veinticuatro (24) de junio y el cinco (5) de julio pasados. Las partes alegaron de conclusión. El demandado solicitó sentencia desfavorable a la demandante y ésta, por el contrario, pidió decisión favorable a las súplicas de la demanda (ver memoriales de los fls. 31 a 34 y 35 a 45, cuaderno número 1).

"Sin que se observe vicio alguno que invalide la actuación, se procede a dictar el fallo que corresponda, previas estas

"Consideraciones:

"De conformidad con la demanda que se ha dejado transcrita, con la misma se busca, principalmente, la declaratoria de responsabilidad del demandado por los perjuicios que la parte actora sufrió a consecuencia de '...haber tenido que acometer los trabajos de estudio de suelos, cimentación, refuerzo de estructuras y reconstrucción del edificio a que se refiere el contrato P-041-79, de 18 de julio de 1979, por

vicio de construcción y por vicio del suelo, conforme lo prevén los artículos 2060, reglas 3ª y 4ª del Código Civil, en concordancia con el artículo 2061 *ibídem*' (fl. 18, cuaderno número 1), y la consecuencial condena a pagar a la entidad demandante la suma de $ 41.542.678.37, que costaron las indicadas obras.

"Partiendo de la base de que reunidos se hallan los presupuestos procesales, se impone estudiar si igualmente se da la legitimación en la causa, no solamente porque es algo que debe establecerse oficiosamente cuando se va a proferir sentencia, sino porque precisamente uno de los medios exceptivos propuestos por la parte demandada se hizo consistir en la afirmación de la ausencia de tal legitimación en la parte demandante, en los términos que a continuación se transcriben:

"'2.2.1. *Falta de legitimación en la parte demandante:*

"'Baso esta excepción en el hecho de no ser la Empresa de Telecomunicaciones de Armenia, TELEARMENIA, la entidad que celebró con el ingeniero Héctor Jaramillo Botero el contrato «P-041-79 para la construcción del edificio para la nueva planta telefónica».

"'El contrato fue celebrado entre las Empresas Públicas de Armenia y el ingeniero Héctor Jaramillo Botero. Ese contrato genera obligaciones personales no reales...' (fls. 4 y 4 vto., cuaderno número 2).

"Según reza el poder en virtud del cual actúa en este proceso el señor apoderado de la parte actora (fl. 2, cuaderno 1), y se desprende de los hechos décimoprimero, décimosegundo y décimotercero de la demanda (fls. 8 y 9 *ibídem*), los perjuicios que el demandante pretende se le satisfagan por el demandado los reclama en su calidad de dueño de la edificación situada en el predio descrito y alinderado en el hecho décimosegundo de la demanda, y con base en los artículos 2060, reglas 3ª y 4ª, y 2061 del Código Civil. Tal edificación, según se afirma en la misma demanda, fue adquirida por la entidad demandante, junto con el predio en el cual está asentada, por medio de la escritura número 912 de mayo 19 de 1982, como aporte social de las Empresas Públicas de Armenia al constituirse, por la misma escritura, la Empresa de Telecomunicaciones de Armenia —TELEARMENIA— empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, de la cual forman parte las Empresas Públicas de Armenia y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones —TELECOM—. Y, a raíz de las deficiencias que acusaba —la edificación— por vicios en el suelo y en la construcción, hubo necesidad de hacerle las obras ya mencionadas, por el valor que quedó indicado, según se expresa en la misma demanda.

"Los artículos 2060, reglas 3ª y 4ª y 2061 del Código Civil, son del siguiente tenor:

"'Artículo 2060. Los contratos para construcción de edificios, celebrados por un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan, además, a las reglas siguientes:

"'.....

"'3ª Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final.

"'4ª El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone;

"'.....'

"'Artículo 2061. Las reglas 3ª, 4ª y 5ª del precedente artículo se extienden a los que encargan de la construcción de un edificio en calidad de arquitectos'.

"Las normas transcritas corresponden a la responsabilidad que cabe al constructor (empresario) de un edificio frente a quien le encomendó la obra, esto es, al dueño del terreno. Y se hallan en el Título XXVI del Libro 4º del Código Civil, en el cual se estudia el contrato de arrendamiento, pues como contrato de arrendamiento de obra se consagra en tal Código la figura indicada, que hoy ha adquirido autonomía y se estudia por la jurisprudencia y la doctrina como figura independiente, bajo el nombre de contrato de obra o de empresa.

"De las indicadas normas se desprende que quien construye un edificio, vale decir, el empresario, responde frente a quien le encargó la construcción, esto es, frente al dueño de terreno, por la estabilidad de la obra, durante los diez años subsiguientes a la entrega de la misma, siempre que los materiales no los haya suministrado el dueño, cuando se presenten vicios en los mismos, o que los vicios haya debido conocerlos el empresario, en razón de su oficio, cuando los mismos se presenten en la construcción o en el suelo. Es decir, quien tiene el derecho para exigir del empresario la indemnización es el dueño del terreno que le encargó la obra. En el caso que se estudia, en consecuencia, el derecho para demandar la indicada indemnización está radicado en cabeza de las Empresas Públicas de Armenia, entidad que contrató la construcción del edificio con el demandado, según puede leerse en los folios 1 a 9 del cuaderno número 4.

"Como quiera que quien ha demandado la indemnización es la empresa industrial y comercial del Estado, de carácter nacional, 'Empresa de Telecomunicaciones de Armenia', 'TELEARMENIA', forzoso es concluir que la parte demandante no está legitimada para actuar como tal, esto es, que estamos en presencia de una falta de legitimación por activa y que, en consecuencia, debe prosperar la excepción en ese sentido propuesta por la parte demandada.

"Por si lo anterior no fuese suficiente, cabe agregar que la parte actora no acreditó la calidad con la cual dice demandar, esto es, de

dueño actual de la edificación identificada en el hecho décimosegundo de la demandada. En efecto, con el propósito indicado se aportó la escritura número 912, de mayo 19 de 1982, otorgada en la Notaría Segunda de Armenia, instrumento en el cual se consignó en la cláusula décimaprimera, numeral 3º, literal a), que las Empresas Públicas de Armenia enajenen en favor de TELEARMENIA, como aporte social en tal empresa, el inmueble al cual venimos refiriéndonos (ver fls. 145 a 151 del cuaderno número 4). Pero la indicada escritura no tiene nota de registro de la cual se desprende la tradición, ni se acercó el certificado del registrador del cual puede desprenderse la no cancelación del indicado registro, pruebas estas que se hacen necesarias para acreditar dominio, según los artículos 745, 749, 756 y 857 del Código Civil, 252, 256 y 265 del Código de Procedimiento Civil y 2º, 18, 43, 44 y 54 del Decreto 1250 de 1970.

"Lo hasta ahora apuntado es suficiente para concluir que la parte actora no está legitimada en la causa y que, por ende, el fallo debe ser inhibitorio, de conformidad con constante jurisprudencia que en este sentido ha sostenido el Consejo de Estado.

"Pero hay un aspecto que es conveniente estudiar, así: En su alegato, el señor apoderado de la parte demandante manifiesta que el derecho de reclamar la indemnización que tal parte tiene le nace del hecho de ser sucesora a título singular en los derechos que tenía las Empresas de Armenia frente al demandado, esto es, se coloca en el terreno de un derecho derivado. En otros términos: Las Empresas Públicas de Armenia, como parte contratante en el contrato de obra para construir la edificación —dueña del terreno—, tenía frente al constructor —empresario— el derecho de que éste le respondiera por la estabilidad de la obra durante los diez años posteriores a la entrega de la misma, en los términos consagrados en los artículos 2060, reglas 3ª y 4ª, y 2061 del Código Civil. Y al enajenar el edificio, transmitió tal derecho al adquiriente, esto es, a TELEARMENIA. Pero este planteamiento carece de la fuerza necesaria para fundar en él la legitimación por activa, por dos razones: a) En primer lugar, como no fue alegado en la demanda, ahora no puede ser considerado, pues la sentencia debe proveer acerca de las pretensiones y sus fundamentos de derecho, sin involucrar en la misma elementos extraños a tales extremos; como ya se apuntó, el actor dijo demandar con base en los artículos 2060 y 2061 del Código Civil, los cuales para nada se refieren a la sucesión en el derecho del dueño del terreno, que encargó la obra; y no argumentó que lo que se demandaba era un derecho derivado; y b) Así pudiese estudiarse el asunto desde el punto de vista nuevo expuesto en el alegato, mencionado, como no se trajo la prueba del registro de la escritura —conforme atrás se comentó— no es posible predicar que la demandante sucedió en el derecho a las Empresas Públicas de Armenia, pues la transferencia del derecho de propiedad no se opera por la celebración del contrato sino con la tradición, que es cumplimiento del mismo, de conformidad con las normas citadas antes, y especialmente, con los artículos 673, 740, 745, 756 y 1494 del Código Civil.

"Se dictará, pues, fallo inhibitorio (fls. 47 a 66, cuaderno número 1)".

Sustentación del recurso:

A folios 76 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el escrito en el cual el apoderado de la parte actora hace valoraciones de orden fáctico y jurídico, orientadas a sustentar el recurso. En lo pertinente del mismo se destaca:

"Sustento el recurso de la siguiente manera:

"Nuestra inconformidad con el fallo radica en que se desconocen nuestros planteamientos acerca de la legitimidad por activa para reclamar la indemnización solicitada, arguyendo el honorable Tribunal que:

"a) 'Quien tiene el derecho para exigir del empresario la indemnización es el dueño del terreno que encargó la obra...';

"b) 'Como quiera que quien ha demandado la indemnización es la empresa industrial y comercial del Estado, de carácter nacional, «Empresa de Telecomunicaciones de Armenia», «TELEARMENIA», forzoso es concluir que la parte demandante no está legitimada para actuar como tal, esto es, que estamos en presencia de una falta de legitimación por activa y que, en consecuencia, debe prosperar la excepción en ese sentido propuesta por la parte demandada';

"c) 'Por si lo anterior no fuese suficiente, cabe agregar que la parte actora no acreditó la calidad con la cual dice demandar, esto es, de dueño actual de la edificación identificada en el hecho décimosegundo de la demanda. En efecto, con el propósito indicado se aportó la escritura número 912, de mayo 19 de 1982, otorgada en la Notaría Segunda de Armenia, instrumento en el cual se consignó en la cláusula décimoprimera, numeral 3º, literal a), que las Empresas Públicas de Armenia enajenan en favor de TELEARMENIA, como aporte social en tal empresa, el inmueble al cual venimos refiriéndonos (ver fls. 145 a 151 del cuaderno número 4). Pero la indicada escritura no tiene nota de registro de la cual se desprenda la tradición, ni se acercó el certificado del registrador del cual pueda desprenderse la no cancelación del indicado registro, pruebas estas que se hacen necesarias para acreditar dominio según los artículos 745, 749, 756 y 1857 del Código de Comercio, 252, 256 del Código de Procedimiento Civil y 2ª, 18, 43 y 54 del Decreto 1250 de 1970';

"d) 'Lo hasta ahora apuntado es suficiente para concluir que la parte actora no está legitimada en la causa y que, por ende, el fallo debe ser inhibitorio de conformidad con constante jurisprudencia que en este sentido ha sostenido el Consejo de Estado'.

"Y continúa el honorable Tribunal:

> " 'Pero hay un aspecto que es conveniente estudiar, así: En su alegato, el señor apoderado de la parte demandante manifiesta que el derecho de reclamar la indemnización que tal parte tiene le nace del hecho de ser sucesora a título singular en los derechos que tenía la Empresa de Armenia frente al demandado, esto es, se coloca en el terreno de un derecho derivado. En otros términos: Las Empresas Públicas de Armenia, como parte contratante en un contrato de obra para construir la edificación —dueña del

terreno—, tenía frente al constructor —empresario— el derecho de que éste le respondiera por la estabilidad de la obra durante los diez (10) años posteriores a la entrega de la misma, en los términos consagrados en los artículos 2060, reglas 3ª y 4ª, y 2061 del Código Civil y al enajenar el edificio, transmitió tal derecho al adquiriente esto es, a TELEARMENIA. Pero este planteamiento carece de fuerza necesaria para fundar en él la legitimación por activa, por dos razones: a) En primer lugar, como no fue alegado en la demanda, ahora no puede ser considerado, pues la sentencia debe proveer acerca de las pretensiones y sus fundamentos de derecho, sin involucrar en la misma elementos extraños a tales extremos; como ya se apuntó, el actor dijo demandar con base en los artículos 2060 y 2061 del Código Civil, los cuales para nada se refieren a la sucesión en el derecho del dueño del terreno, que encargó la obra; y no argumentó que lo que se demandaba era un derecho derivado; b) Así pudiese estudiarse el asunto desde el punto de vista nuevo expuesto en el alegato, mencionado, como no se trajo la prueba del registro de la escritura —conforme atrás se comentó— no es posible predicar que la demandante sucedió en el derecho a las Empresas Públicas de Armenia, pues la transferencia del derecho de propiedad no se opera por la celebración del contrato sino con la tradición, que es cumplimiento del mismo, de conformidad con las normas citadas antes, y especialmente, con los artículos 673, 740, 745, 756 y 1494 del Código Civil'.

"Las anteriores afirmaciones carecen, en parte, de validez; ya que los hechos *décimosegundo y décimotercero* de la demanda contradicen en forma clara tales aseveraciones, pues de su tenor se desprende que sí fue dicho o alegado, el derecho de la demandante a reclamar la indemnización, por el hecho de ser ella sucesora a título singular en los derechos que tenía las Empresas Públicas de Armenia frente el demandado y que lo que se demanda, es un derecho derivado; veámosio:

"Décimosegundo:

"Como parte del aporte social, las Empresas Públicas de Armenia, transfirieron a TELEARMENIA, por el mismo instrumento anteriormente citado, el edificio construido por el ingeniero Héctor Jaramillo Botero según reza la cláusula *décimoprimera* de tal escritura, consistente en '...Un lote de terreno situado en la manzana comprendida entre las carreras 18 y 19 y entre las calles 6ª y 7ª de la actual nomenclatura urbana de Armenia, con una cabida superficiaria de dos mil quinientos quince metros cuadrados (2.515 M^2), aproximadamente, distinguido con la ficha catastral número 01-6-053-001, que incluye el edificio sobre él levantado por cuenta de las Empresas Públicas de Armenia, lote comprendido entre los siguientes linderos: «Según título de adquisición: Por el oriente con la carrera 18, en una extensión de 45 metros; por el occidente con la carrera 19 en una extensión de 24 metros. Lindando además con predio de la sucesión de los señores Francisco Giraldo Gómez y Herminia Barrero de G.; por el norte con la calle 6ª, proyectada, en una

extensión de 47 metros y lindando siempre con la sucesión de Giraldo Gómez y Barrero de Giraldo; y por el sur, con la calle 7ª, en una extensión de 62 metros». *Tradición:* Adquirieron las Empresas Públicas de Armenia el lote descrito por compra hecha a Valorización Municipal de Armenia, según escritura número 321, de fecha diez (10) de abril de 1978, otorgada ante la Notaría Primera de Armenia, que fue debidamente registrada el día veintiocho (28) de junio de mil novecientos setenta y ocho (1978), al folio de matrícula número 280-0023249'.

"Décimotercero:

"En razón de la transmisión de tal derecho, es que TELEARMENIA es ahora titular de la presente acción indemnizatoria".

"De otra parte, en el alegato de conclusión (página número 9), se desvirtúa con el peso del apoyo doctrinal allí expuesto, el desconocimiento del derecho que el señor apoderado del demandado pretende hacer en la contestación de la demanda, proponiendo la excepción de 'falta de legitimación en la parte demandante'.

"Es de anotar aquí que unos son los hechos fundantes de la excepción en la contestación de la demanda y otros nuevos los argüidos en el alegato de conclusión. Es en este segundo escrito donde se apunta la falta o ausencia en la escritura pública número novecientos doce (912) de la Notaría Tercera (3ª) de Armenia, de los sellos de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, impidiendo con ello, pues ya no había oportunidad para hacerlo que el demandante se pronunciara frente a este nuevo hecho.

"Lo anterior, fuera de constituir sino una deslealtad procesal, si es de todas formas una sorpresa que en nuestro sentir no puede ser tolerada y menos prohijada por el juzgador, pues entendemos que con este tipo de procederes se conculca el derecho de defensa de las partes.

"Al señor apoderado del demandado le asiste todo el derecho de desconocer el documento que se le aduce como prueba, pero para ello existen unas oportunidades procesales definidas en la ley, así como un procedimiento igualmente reglado por ella misma, artículos 275 y 289 del Código de Procedimiento Civil.

"Como no lo hizo en la forma indicada anteriormente, pensamos y creemos que el señor Juez, no podía, en estas circunstancias, aceptar tal desconocimiento y menos prohijarlo para un fallo precisamente inhibitorio.

"Hay que aceptar y ello es cierto, la ausencia de los sellos de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y del Certificado de Libertad y Tradición, como medios para acreditar la tradición o transferencia del derecho de propiedad.

"Pero también es cierto y necesario precisar que lo debatido en este proceso no es el derecho de propiedad, la controversia que se plantea es para derivar la responsabilidad del demandado como constructor o empresario frente a la ruina del edificio y se hace por la entidad que está legitimada para incoar la acción.

"El hecho de que TELEARMENIA sea la dueña del edificio no lo ha desconocido el demandante en ningún momento, lo que se aduce es que la prueba de este hecho no es plena, completa, etc., y el desconocimiento de la prueba por el defecto anotado (los sellos de Registro, o el Certificado de Tradición) se hace, no en la contestación de la demanda o dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del auto que ordenó tenerlo como prueba, sino en el alegato de conclusión, oportunidad que no es la indicada, pues no se pueden sacar conclusiones de hechos que no fueron planteados antes en los momentos indicados para hacerlo.

"De la lectura de los escritos de contestación de la demanda y del alegato de conclusión por la parte demandada es claramente apreciable lo anteriormente anotado.

"La excepción tal como fue planteada se hace fundar o se sustenta en el hecho de no ser TELEARMENIA la entidad que celebró el contrato con el ingeniero Jaramillo Botero para la construcción del edificio, que ese contrato fue celebrado con las Empresas Públicas de Armenia y el ingeniero Jaramillo Botero y que el mismo genera obligaciones personales no reales.

"Así las cosas, aceptado por el demandado el hecho de ser la demandante la dueña actual del edificio, pues lo que él pretende desconocer es la prueba de ese hecho y lo hace, se repite en el alegato de conclusión y como lo que aquí se debate no es el derecho de propiedad o de dominio, o su prueba; ésta en nuestro sentir, no era indispensable, no obstaba para que el juzgador entrara a analizar de fondo el asunto en litigio, y obviamente lo resolviera.

"Ahora, si el señor Juez apreciaba que sí era necesaria, ha debido decretarla de oficio, precisamente para evitar llegar, como lo hizo, a una sentencia inhibitoria.

"Resulta pues, señores Magistrados del honorable Consejo de Estado, que esta omisión no hubiera tenido ninguna trascendencia si el señor Magistrado, acatando el mandato legal y haciendo uso de la facultad oficiosa, como lo dispone el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 37, numeral 4, hubiese pedido u ordenado llevar al proceso el Certificado de Libertad y Tradición, lo que era su deber hacer, tal como se desprende de la norma comentada y que dice:

"Título IV:

"De los deberes, poderes y responsabilidades de los Jueces civiles.

"Artículo 37. Deberes del Juez. Son deberes del Juez:

"1º .....

"2º .....

"3º .....

"4º Emplear los poderes que este Código le concede en materias de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes, y para *evitar nulidades y providencias inhibitorias.*

"Sobre lo comentado anteriormente, y para sustentarlo, transcribo tres de las tantas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, como del Consejo de Estado que sobre este tema existen, y que por su meridiana claridad no requieren de más.

"Prueba de oficio:

"La misión del Juez en el campo probatorio, no es precisamente la inactividad, en procura de lograr la verdad material de lo controvertido.

"De otro lado, como la misión de la justicia es lograr la demostración plena de la verdad respecto de los intereses en conflicto a ella sometidos, no puede perderse de vista que cuando los litigios ofrecen deficiencia en el aspecto probatorio, el principio inquisitivo que hoy orienta la legislación procesal en lo atinente a pruebas, la señala *como obligación al juzgador* emplear los poderes oficiosos para decretar todos los elementos valiosos de convicción que a su juicio considere convenientes para verificar los hechos alegados por las partes, como también *completar las formalidades de que carecen algunas pruebas o depurarlas de irregularidades que ostenten.* La misión del Juez en este campo no es precisamente la inactividad, en procura de lograr la verdad material de lo convertido. Fue este último el sano propósito que tuvieron en cuenta los redactores del actual estatuto procesal siguiendo las modernas corrientes del derecho probatorio" (arts. 37, numeral 4, 179 y 180 del C. de P. C. Las subrayas son nuestras) (Tomado del libro de Jurisprudencia Civil, Corte Suprema de Justicia 1978, Editorial Tiempos Duros, página número 119).

"1016. El Juez debe intervenir decididamente en busca de la verdad.

"El objeto de los procedimientos, como lo declara llanamente el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Este principio de hermenéutica del derecho procesal compasa plenamente con la finalidad del derecho que es alcanzar la justicia en las relaciones que surgen entre las personas. Movida por tal ideal y acogiendo los nuevos rumbos de la legislación civil colombiana, la Corte se ve obligada a reclamar expresamente de los Jueces y Magistrados el cumplimiento de los deberes que les imponen las leyes de procedimiento, relativamente a la debida y eficaz producción de las pruebas, en especial de la testimonial, y exhortarlos con vehemencia para que ejerzan, con segura autoridad, la importante facultad de decretar, siempre que ello sea menester, pruebas de oficio para que se alcance la realización del derecho material debatido.

"No es posible que frente a la radical reforma que contienen las nuevas leyes de enjuiciamiento civil, continúe la inveterada pasividad de nuestros Jueces. Ante los imperativos del nuevo Código de Procedimiento Civil, es necesario desterrarla para que el Juez, conservando la imparcialidad que debe guardar frente a las partes, tome partida en favor de la justicia, interviniendo decisivamente en la búsqueda de la verdad, para que sus fallos se funden en la realidad, en la verdad histórica, y no, como antes, en una simple verdad formal.

"Enseña el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, en forma clara y minuciosa, cómo debe el Juez interrogar al testigo y, entre otras muchas cosas, le manda que exija al declarante 'que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento'.

"Y en el punto 3 del mencionado artículo aconseja vigorosamente al Juez para que ponga 'especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo', es decir para que se viertan con fidelidad los hechos de que el declarante tiene conocimiento y no se omita detalle de los mismos que tenga importancia para su apreciación y valoración. Quiere, pues, el nuevo ordenamiento, como siempre lo exigió el estatuto derogado, que el testimonio sea responsivo, exacto y completo; y apuntando a este objetivo, la misma norma comentada ordena: 'No se admitirá como respuesta la simple expresión de que es cierto el contenido de la pregunta, ni la reproducción del texto de ella'.

"Sin embargo, como puede acontecer que al rendirse la declaración, el Juez no capte inmediatamente las vaguedades, incoherencias y faltas de sentido que la exposición del tercero pueda contener y que por ello quede asentada así la versión de los hechos investigados, la ley expresamente facultó al fallador para que pueda 'en cualquier momento ampliar los interrogatorios y exigir al testigo aclaraciones y explicaciones' (art. 228-4, *ibídem*). Este mismo principio, y ya para toda clase de medios de convicción, aparece consagrado en el artículo 180 precedente. Allí se estatuye: Podrán decretarse pruebas de oficio en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar.

"Si el Juez de primera instancia, pues, no cumple con sus deberes en relación con la producción de la prueba de testigos o no ejerce las facultades que tiene para lograr que las declaraciones de terceros sean responsivas, exactas y completas, el *ad quem* tiene el deber de procurar ese objetivo, pues, sin grave menoscabo del ideal de justicia, no puede eludir el ejercicio de las facultades que en el mismo sentido tiene. Limitarse a desechar la prueba sin antes haber hecho las gestiones procesales conducentes al logro de las explicaciones y aclaraciones que sean necesarias en concepto fallador, sería retornar a un pretérito supe-

rado y sólo implicaría conservar sistemas que las corrientes modernas aconsejaron abolir por encontrarlos perjudiciales para la labor de dispensar justicia.

"La Corte pues, renueva su exhortación para que Jueces y Magistrados, con firmeza y buen tino, hagan uso de la facultad que les otorgan los artículos 180 y 228 apuntados (Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema de Justicia, años 1963-1976, Tomo III, Héctor Roa Gómez relator Editorial ABC 1979)".

"Prueba oficiosa. Régimen en el Decreto 01 de 1984:

"Es evidente que los términos para la petición de pruebas son improrrogables, en cuanto las partes e intervinientes no pueden solicitarlos en oportunidades diferentes de las señaladas en la ley. En este caso, las pruebas fueron pedidas por la demandada dentro de la fijación en lista, de suerte que no puede decirse que exista extemporaneidad en cuanto a la petición.

"Por su parte, el auto suplicado prórroga efectivamente ese período al conceder un plazo adicional de cinco días para la aludida individualización de los documentos pedidos como pruebas. Pero al respecto se anota que si bien no aparece ostensible la necesidad legal ni la fáctica de hacer las precisiones ordenadas, es del caso tener en cuenta que el Código Contencioso Administrativo introduce la iniciativa probatoria del juzgador y señala dos oportunidades para ejercerla una, al decretar las pruebas pedidas por las partes (art. 209), y otra, antes de ordenar los traslados para alegar (art. 169). Y es claro que si en el auto que repone el que decreta las pruebas se toma la decisión de aclarar alguna de las pedidas, se está actuando dentro de la primera de ellas, y dentro de la capacidad que confiere la oficiosidad probatoria, que obviamente no puede limitarse a ordenar pruebas nuevas sino también a clarificar o ampliar las pedidas. Es esa una de las más importantes novedades que trae el nuevo estatuto de lo contencioso administrativo.

"Tampoco puede considerarse que la prueba oficiosa atribuida ahora al Juez de lo contencioso administrativo tenga un carácter supletorio o apenas complementario de la señalada a las partes, sino que ella es tan amplia que bien puede ser ejercitada por el Magistrado aún en ausencia de petición probatoria de parte, pues lo que se pretende con la consagración de la iniciativa oficial de la prueba es lograr el conocimiento de la llamada verdad real a fin de satisfacer la finalidad del proceso, que es la de determinar si la actividad administrativa juzgada estuvo o no viciada de ilegalidad.

"(Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Auto de 12 de diciembre de 1984. Consejero ponente doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente 0168. Actor: Grupo Financiero del Estado) (Diccionario Jurídico, Tomo VI. Año 1984. Evolución Jurisprudencial. Consejo de Estado de Colombia. María Elena Giraldo Gómez. Nubia González Cerón, página número 504)".

"Los razonamientos expuestos, con el sustento jurisprudencial citado, nos dan creemos, apoyo suficiente para de manera muy comedida, impetrar de esa alta Corporación, *se revoque* la sentencia recurrida y en su defecto se analice de fondo el litigio, y como el acervo probatorio recaudado en el proceso lo demuestra, se declare la responsabilidad del demandado y se la ordene en consecuencia indemnizar al demandante tal y como se pidió en el libelo introductorio de la demanda.

"Lo anterior se hará previo el Decreto, bien de oficio, bien porque se acceda a nuestra petición, del aporte al proceso del Certificado de Libertad y Tradición que acredita el dominio sobre el inmueble que por su ruina parcial dio origen a esta acción.

"Esta prueba se solicita en atención a lo preceptuado en el artículo 214, numeral 1 del Código Contencioso Administrativo, que prevé y autoriza la práctica de ellas en la segunda instancia, con el fin de cumplir el requisito que falta para el perfeccionamiento de la prueba decretada en primera instancia, me refiero a la escritura número novecientos doce (912) de fecha diciembre diecinueve (19) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982), de la Notaría Tercera (3ª) de Armenia, la cual en el auto que decretó las pruebas en este proceso, se ordenó tenerla como tal.

"Nos parece también procedente el decreto ahora de la prueba, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 214, ya que como se anotó antes, el desconocimiento del valor probatorio del documento aportado como prueba (la Escritura 912), se hizo en el alegato de conclusión y no en las oportunidades procesales en que debió hacerse y por ello se dejó a la otra parte sin la posibilidad en primera instancia de pedir esta prueba. Dicho en otra forma, se trata de un hecho (el desconocimiento de la prueba o documento) acaecido después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia y la que ahora se pide es para desvirtuar ese hecho.

"Igualmente, si miramos el numeral 3 del artículo 214 encontramos apoyo en él, para pedir se decrete la prueba en la segunda instancia, ya que fue por obra de la parte contraria que no se pudo pedir la prueba, precisamente por la oportunidad en que se hizo el desconocimiento tantas veces citado.

"Se acompaña desde ya y para que obre en proceso, el Certificado de Tradición y Libertad que acredita el registro en la oficina correspondiente, de la escritura número novecientos doce (912) de fecha diecinueve (19) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982), de la Notaría Tercera (3ª) de Armenia.

"No sobra, por último, reiterar al honorable Consejo de Estado, la necesidad de dirimir de fondo esta controversia, ya que en el fondo de este asunto está en juego nada menos que la defensa del patrimonio público, pues el perjuicio causado es aún bien de propiedad de una entidad oficial y este tipo de conductas lesionadoras de los intereses de la comunidad, no pueden recibir únicamente la sanción moral que ya les dio la opinión pública por la denuncia valiente de un importante medio de comunicación capitalina" (fls. 76 al 86, cuaderno número 1).

IV

Vista Fiscal:

La Fiscal Segundo de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza en su concepto de fondo, bajo el rubro *"consideraciones"*, precisa:

"Estudiado el expediente esta Fiscalía se permite anotar lo siguiente:

"La acción fue planteada como contractual, es así como en la demanda se dijo:

"El artículo 132 del Código Administrativo preceptúa:

"Los Tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes procesos:

"De los referentes a contratos administrativos, interadministrativos, y de los de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, celebrados por la Nación, las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de dos millones de pesos ($ 2.000.000.00).

"El contrato celebrado entre las Empresas Públicas de Armenia y el ingeniero Héctor Jaramillo Botero y que contiene la cláusula de caducidad, a no dudarlo, es un contrato administrativo y del cual se derivó, la responsabilidad para el citado ingeniero Jaramillo Botero (art. 37), fue celebrado por una entidad territorial descentralizada del orden municipal y su cuantía excede de dos millones (art. 132-8), por lo cual la competencia radica en el honorable Tribunal".

"Hay que distiguir pues lo relativo a la competencia del Tribunal para conocer del negocio, y la legitimación de la empresa TELEARMENIA para accionar. Este último aspecto fue estudiado por el Tribunal y le asiste razón cuando dice: *'De las indicadas normas se desprende que quien construye un edificio, vale decir, el empresario responde frente a quien le encargó la construcción, esto es, frente al dueño* del terreno, por la estabilidad de la obra, durante los diez años subsiguientes a la entrega de la misma, siempre que los materiales no los haya suministrado el dueño, cuando se presente vicio en los mismos, o que los vicios haya debido conocerlos el empresario, en razón de su oficio, cuando los mismos se presenten en la construcción o en el suelo. *Es decir, quien tiene el derecho para exigir del empresario la indemnización* es el dueño del terreno que le encargó la obra. En el caso que se estudia, en consecuencia, el derecho para demandar la indicada indemnización está radicado en cabeza de las Empresas Públicas de Armenia, entidad que contrató la construcción del edificio con el demandado, según puede leerse en los folios 1 a 9 del cuaderno número 4.

" 'Como quiera que quien ha demandado la indemnización es la empresa industrial y comercial del Estado, de carácter nacional, «Empresa de Telecomunicaciones de Armenia», «TELEARMENIA», forzoso es concluir que la parte demandante no está legitimada para

actuar como tal, esto es, que estamos en presencia de una falta de legitimación por activa y que, en consecuencia, debe prosperar la excepción en ese sentido propuesta por la parte demandada'.

"Pero resulta, que si la competencia para conocer del negocio se desprende del contrato administrativo de obras públicas que suscribió el ingeniero Jaramillo Botero y las Empresas Públicas de Armenia, tenemos que ese contrato ya está terminado y liquidado entre las partes que lo suscribieron, quienes además eran las únicas que hubieran podido demandar su incumplimiento, no siendo posible que lo hiciera la empresa TELEARMENIA.

"En el presente caso, se trata realmente de la reclamación de perjuicios que hace una empresa industrial y comercial a un particular, independientemente del contrato de obras públicas, de ahí que el fundamento de la acción sea el artículo 2060 del Código Civil y no se haya mencionado en la demanda el incumplimiento contractual. Hay que diferenciar las acciones. Por el solo hecho de citar el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo no se delimita la competencia del Tribunal.

"Debe quedar muy claro, que las acciones que haya podido tener la Administración, derivadas del contrato administrativo de obras públicas, no podían ser transmitidas a ninguna otra persona jurídica o natural. De ahí que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo señale que únicamente las partes de un contrato pueden accionar.

"Las peticiones de la demanda, así como el relato de los hechos permiten pensar que se trata de una acción de reparación para que se reconozcan y paguen unos perjuicios. La acción está dirigida contra un particular, pues como ya se vio el ingeniero Jaramillo Botero, frente a la actora no tiene la calidad de contratista, luego entonces la acción no se ha debido iniciar ante esta jurisdicción, sino ante la justicia ordinaria. Se presenta así la falta de jurisdicción para conocer de este proceso. En consecuencia debe anular lo actuado y declarar la falta de jurisdicción" (fls. 95 a 97, cuaderno número 1).

V

Consideraciones de la Sala:

A) Dentro del proceso está debidamente acreditado que el día dieciocho (18) de julio de mil novecientos setenta y nueve (1979), se suscribió el contrato número P-041-79 entre el Gerente de las Empresas Públicas de Armenia y el doctor Héctor Jaramillo Botero, el cual tiene por objeto, según su cláusula primera, la ejecución, por parte de *el contratista, a precios unitarios fijos y a precios globales* de "...todas las obras de construcción del edificio para la nueva planta telefónica". Esta modalidad de pago se reitera, igualmente, en otras cláusulas del acto jurídico, donde se lee: "3. La propuesta del *contratista, con los precios unitarios y globales consignados en la oferta, que serán obligatorios para ambas partes durante la vigencia del contrato*" (cláusula segunda); *"Cláusula tercera. Valor del contrato.*

El valor de este contrato será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el CONTRATISTA y recibidas a satisfacción de las EMPRESAS, por los precios unitarios estipulados en la cláusula novena más el de las obras pagaderas por los precios globales establecidos en dicha cláusula; valor que para las obras especificadas se estima en la suma de diez millones quinientos noventa y un mil sesenta pesos con 37 centavos ($ 10.591.060.37), más el valor de las obras extras o adicionales que sean autorizados"; *"Cláusula novena. Precios unitarios y costos del contratista. El contratista* se obliga para con las *empresas* a ejecutar, *a los precios unitarios y valores globales consignados en la relación del formulario de la propuesta, todos los trabajos objeto del presente contrato. Los precios unitarios, valores globales y las cantidades aproximadas de obra con las que aparecen en documento anexo y parte integrante del presente contrato..."* "...Las empresas no tendrán más obligación que la de pagar, *según los precios unitarios y globales pactados, la cantidad de obra ejecutada..."*

La realidad contractual anterior es demostrativa de que el precio en el referido contrato de construcción no se estipuló en la modalidad de *"único"* sino dentro de la denominada *"a precios unitarios"*, aspecto que tiene especial interés en el manejo de la controversia jurídica, como se precisará más adelante.

Que la conclusión anterior es correcta se desprende, igualmente, de lo relatado por el demandante en el punto segundo de la *causa petendi*, donde se lee: "Según el Acta número 008 de 1980, de las Empresas Públicas de Armenia, ratificada por el 'balance de los trabajos para la construcción del edificio para la nueva planta telefónica de Armenia, según contrato número P-041-79', el valor de la conocida obra ascendió a catorce millones quinientos setenta y ocho mil novecientos dieciséis pesos con 79 centavos moneda corriente ($ 14.578.916.79)". Al folio 107 del Anexo número 4 obra la referida Acta, de cuya lectura se desprende que la afirmación hecha tiene pleno respaldo probatorio. Así las cosas, la verdad jurídica probada es demostrativa de que entre el precio estimado en el contrato, y el que finalmente se determinó al concluir la obra, se registró un exceso de tres millones novecientos ochenta y siete mil ochocientos cincuenta y seis pesos con cuarenta y dos centavos ($ 3.987.856.42), hecho nuevo que viene en respaldo de la tesis de que el contrato en comento no se celebró a *"precio único"*.

El referido acto jurídico se adjudicó agotando el proceso legal de licitación. En su cláusula vigésima se estipuló la cláusula de caducidad y en la vigésimasexta se fijaron pautas para la liquidación del mismo (cuaderno número 4, fls. 1 y ss.);

B) Obra también dentro del informativo copia auténtica de la Escritura Pública número 912 de diecinueve (19) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982), suscrita por el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom); por el Alcalde Municipal de la ciudad de Armenia, quien obra en tal acto en su calidad de tal y también como Presidente de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Armenia; y el doctor Carlos Alberto Gómez

Buendía, quien obra como Gerente de las Empresas Públicas de Armenia, debidamente facultado por la Junta Directiva de esta entidad, en cuyo punto décimosegundo se acordó:

"Que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom) y las Empresas Públicas de Armenia, como es su intención, por medio de la presente escritura, además de la venta anterior, constituyen una empresa industrial y comercial del Estado, que denominaron Empresa de Telecomunicaciones de Armenia 'TELEARMENIA', del orden nacional, vinculada al Ministerio de Comunicaciones, para prestar los servicios de comunicaciones de la ciudad de Armenia (Quindío)".

El capital social del nuevo centro de imputación jurídica se fijó en la suma de quinientos millones de pesos ($ 500.000.000). Para cubrir parte del aporte de las Empresas Públicas de Armenia, ésta le transfirió a la nueva persona jurídica, el lote de terreno situado en la manzana comprendida entre las carreras dieciocho (18) y diecinueve (19) y entre calles sexta (6ª) y séptima (7ª), de la actual nomenclatura urbana de Armenia, con una cabida superficiaria de dos mil quinientos quince (2.515) metros cuadrados, incluyendo el edificio sobre él levantado. Se agrega en el referido título traslaticio de dominio que el bien se entrega "...libre de embargos, pleitos pendientes, condiciones resolutorias de dominio, hipotecas, arrendamientos por escritura pública y, en general, cualquier gravamen que pueda afectar, limitar o resolver el dominio y que se obligan además a salir al saneamiento de los vicios por evicción y redhibitorios que presenten los inmuebles que son objeto..." de la transferencia;

C) A la luz de la realidad jurídica que se deja consignada en los dos literales anteriores, aparece claro que la entidad demandante no está legitimada en la causa por activa, esto es, no tiene derecho a exigir que se "...resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda, es decir, sobre la existencia o inexistencia del derecho material pretendido, ya por medio de sentencia favorable o desfavorable..." como lo enseñan los procesalistas (Hernando Morales. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso. Décima Edición. Editorial ABC, pág. 265). Y se reitera que no lo está porque ella no es parte en el contrato número P-041-79 que celebraron las Empresas Públicas de Armenia y el doctor Héctor Jaramillo Botero, para la ejecución de todas las obras de construcción del edificio para la nueva planta telefónica.

El apoderado de la entidad demandante pretende derivar el derecho a ser indemnizado predicando que "...la ruina del edificio se debió a vicios de su construcción y a vicios en el suelo que el ingeniero Héctor Jaramillo Botero, en razón de su profesión, ha debido conocer y, por consiguiente, su responsabilidad —agrega— es ineludible al tenor de lo dispuesto por el artículo 2060, numeral 3º del Código Civil Colombiano". En apoyo de su perspectiva jurídica trae a colación citas de interés del tratadista Fernando Vélez y del doctor César Gómez Estrada, que transcribe en la demanda. Igualmente, enseñanzas de los hermanos Mazeaud, con notas jurisprudenciales orientadas a hacer luz sobre la tesis de que el adquirente de un inmueble se beneficia de pleno derecho del crédito que el vendedor

tenía contra el arquitecto por razón de los vicios de la construcción (Rennes, 9 de abril de 1870; D. 1872.2.116). Dada la importancia del asunto, la Sala desea hacer las siguientes precisiones:

Primera: Ya se dijo en antes que el contrato que sirve de apoyo para la presente controversia no se estipuló dentro de la modalidad de *"precio único"*, sino a *"precios unitarios"*. Esta sola realidad fáctica es suficiente para sacarlo del régimen legal contemplado en el artículo 2060 del Código Civil, como muy bien lo enseña el doctor César Gómez Estrada cuando predica:

> *"325. Precio único prefijado.* Aquí cabe advertir que el precio en el contrato de construcción de un edificio puede ser estipulado en diversas formas:
>
> "a) *A precio único,* también llamado precio alzado o global *(que es el exigido por el artículo que se comenta).* Como su nombre lo indica, es el que consiste en una suma fija y determinada, que será la que el dueño de la obra pagará por la ejecución total de ésta v.gr. cuando el empresario se obliga a construir un determinado edificio, ceñido a ciertos planos, *por la suma fija de equis millones de pesos.* En este caso, pues, el dueño de la obra sabe desde un principio a qué atenerse en ese punto, y por lo mismo está libre de toda sorpresa, y en ello precisamente se apoya la primera de las reglas del artículo 2060;
>
> "b) *A precios unitarios,* en cuyo caso no queda determinado el precio global de la construcción, sino apenas el de cada una de las partes más o menos homogéneas que componen aquella y en relación con una unidad de medida, como, por ejemplo, a tanto el metro cúbico de concreto, o el metro cuadrado de pintura, o el de pavimentos, o el de techumbre, etc. *En este caso el dueño de la obra no está seguro sino de los precios unitarios así estipulados, pero no de cuál irá a ser el costo total de la obra, pues todo depende de la cantidad de cada parte de la obra respecto de la cual se haya pactado el precio unitario. El precio total pues, sólo podrá calcularse inicialmente en forma aproximada, es decir, con base en cálculo también aproximado de las cantidades de cada obra parcial; y sólo se conocerá su monto definitivo una vez terminada la obra, cuando se sumen los resultados parciales que arrojen la multiplicación de cada precio unitario por la cantidad de obra parcial para la cual se haya previsto;*
>
> "c) *Por presupuesto, o por administración delegada,* en cuyo caso el precio a que tiene derecho el empresario consiste en un porcentaje sobre lo invertido en materiales y mano de obra.
>
> *"Como ya se dijo, las reglas especiales del artículo 2060 se refieren al contrato de construcción de edificio celebrado a precio único, global o alzado, es decir, al descrito bajo el literal a) precedente. En efecto, el inciso introductivo a las reglas dichas reza así:*
>
> "Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único

prefijado, se sujetan, a las reglas siguientes" (De los Principales Contratos Civiles. Segunda Edición, págs. 370 y ss. Subrayas de la Sala).

No siendo aplicable al caso en comento el artículo 2060 del Código Civil, por lo en antes dicho, no opera la filosofía jurídica contractual aplicable para el edificio que perece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio.

Segunda: La tesis que el impugnante invoca al atacar el fallo de primera instancia, y que se orienta a predicar que por ser la entidad demandante *"...la sucesora a título singular en los derechos que tenían las Empresas Públicas de Armenia frente al demandado y que lo que se demanda, es un derecho derivado..."*, no es de recibo, en el *sub lite*, por la razón en antes destacada, esto es, porque el régimen jurídico contemplado en el artículo 2060 del Código Civil no es aplicable al contrato número P-041-79, pues el precio en este no se pactó en la modalidad de *único prefijado* como ya se anotó en antes. La problemática planteada en la demanda tampoco se deja manejar a la luz de la *"cesión de créditos"*, porque *no se está frente a la transferencia de una relación de crédito individualizada* que por mandato de lo preceptuado en el artículo 33 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 761 del Código Civil, demanda para su tradición la existencia de un título. Los derechos subjetivos que surgen para las partes de una relación contractual no pueden ser objeto de esta figura, como muy bien lo enseña el profesor César Gómez Estrada, cuando afirma:

> "2. La cesión de créditos es institución prevista para la transferencia de relaciones de crédito individualizadas en derechos personales aislados. *Con lo cual se quiere poner de presente que las relaciones jurídicas complejas, en que sus sujetos son recíprocamente acreedores y deudores, como son las que surgen de un contrato bilateral, no están comprendidas en aquéllas.* Este tipo de relaciones es susceptible de cesión o transferencia, desde luego, pero a condición de que la contraparte consciente en ello, que es precisamente lo que para el caso de la cesión del contrato de arrendamiento, dispone el artículo 2004 del Código Civil, seguido en eso por el artículo 523 del actual Código de Comercio en su inciso tercero. *La exigencia de la condición dicha es clara, visto que la cesión de la relación bilateral implica cesión de deuda, y que, como se vio atrás, esto no es posible sino mediante la expresa autorización del acreedor"* (De los Principales Contratos Civiles. Segunda Edición, página 168. Subrayas de la Sala).

Dentro de la misma filosofía anterior, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de veintinueve (29) de mayo de mil novecientos cuarenta y dos (1942), Gaceta Judicial, Tomo 54, página 114, dijo:

> "Coincide la Corte con la tesis del sentenciador de que en principio y salvo estipulación en contrario o previa aceptación del acreedor, sólo son susceptibles de cesión los derechos activos, v.gr. los créditos personales, la obligación de pagar una suma

de dinero, etc. *De ahí que contratos bilaterales en que las partes contraen mutuamente obligaciones y prestaciones, no pueden cederse por ninguna de ellas, salvo que el contratante cedente esté autorizado por pacto expreso para hacerla o que habiéndose solicitado el consentimiento del otro contratante deudor éste lo hubiera concedido* (Subrayas de la Sala)'.

"Y esto es así porque como lo dice un comentarista 'las obligaciones son cargas que pesan sobre una persona a favor de otra, de las cuales nadie puede desprenderse a su arbitrio. En la cesión de derechos y obligaciones procedentes de un pacto bilateral, habría no sólo una cesión de derechos sino una sustitución de deudor' " (Fernando Vélez. Tomo VI, pág. 336).

A la luz de la perspectiva jurídica anterior se tiene que, como se expresa en el punto primero de la *causa petendi*, "la construcción de la edificación ...fue contratada por las Empresas Públicas de Armenia, con el ingeniero Héctor Jaramillo Botero, mediante el contrato número P-041-79 de fecha 18 de julio de 1979..." (cuaderno número 1, fl. 3). Los derechos subjetivos que surgieron de esta relación jurídica bilateral no fueron cedidos en la escritura pública número 912 de diecinueve (19) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982), a la Empresa de Telecomunicaciones de Armenia —TELEARMENIA—, lo cual explica que ésta no esté legitimada en la causa por activa, como muy bien lo precisó el *a quo* en el fallo impugnado, aunque manejando otra perspectiva jurídica, como ya se registró en antes.

Tercera: En el caso sometido hoy a decisión de la justicia contencioso administrativa no permite tampoco que el asunto se examine a la luz de la *"cesión de contrato"* de que tratan los artículos 887 y siguientes del Código de Comercio, pues para este evento se torna indispensable, igualmente, que la sustitución se haga "...por escrito o verbalmente...", según que el acto jurídico conste o no por escrito, requisito que no se acreditó dentro del proceso. Sobre esta posibilidad jurídica, el doctor César Gómez Estrada, enseña:

"Interesa traer a colación, sobre el punto que se comenta, la extraña innovación del Código de Comercio en materia de cesión del contrato, contemplada en los artículos 887 a 896, en cuanto allí se le da la categoría de cosa propia de la naturaleza de los contratos de ejecución periódica o sucesiva, a la facultad de cada parte de 'hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido' (art. 887), pues según esa misma disposición tal facultad es inherente a dichos contratos, y no necesita por tanto ser estipulada. Para que la cesión del contrato quede prohibida o limitada, se requiere que los contratantes expresamente así lo estipulen.

"Es decir que al celebrar un contrato mercantil de ejecución periódica o sucesiva, y no obstante el principio secular atrás recordado de que la deuda y por lo mismo la posición de parte en un contrato bilateral, no pueden ser transferidas sino con el consentimiento del otro contratante, los celebrantes deben tener

cuidado al estipular la prohibición de la cesión, so pena de quedar expuestos a soportar todas las consecuencias sorpresivas que cesiones como esas son susceptibles de acarrear.

"Es enteramente conforme con la razón y con el orden lógico que se supone ha de regir los actos de voluntad, tener como cosa propia de la naturaleza de todo contrato bilateral, sea de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, el que una de las partes no pueda separarse del vínculo que la ata a la otra, mediante la cesión o transferencia a un tercero de su posición contractual, sino en cuanto esa otra parte lo consienta. Y que, correlativamente, sea cosa accidental a cualquier contrato bilateral, no susceptible por consiguiente de ser tenida como integrante de éste sino a condición de que expresamente se estipule en cláusula especial, la de que por virtud del mismo contrato puedan las partes, por vía de cesión o transferencia de su condición de tales, sustraerse al ligamen contractual" (art. 1501 del C. C.).

Así había venido ocurriendo siempre entre nosotros, sin que la doctrina, ni mucho menos la ley, se hubieran atrevido a sostenerse o a disponer lo contrario. Pero esa línea de lógica y sentido común se rompió con el Código de Comercio de 1971, cuyo artículo 887, inicial del capítulo que reglamenta la figura de la cesión del contrato, prescribió que en los contratos de ejecución periódica o sucesiva, como cuestión propia de la naturaleza de ellos, cada parte puede ceder su posición en el contrato, sin necesidad al efecto de contar con el consentimiento del otro contratante; y como cuestión accidental a los mismos, es decir, de indispensable estipulación al respecto, la de que dicha cesión haya menester del asentimiento del contratante cedido. En efecto el referido artículo 887, inciso primero, es del siguiente tenor:

"En los contratos de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución".

"Tan heterodoxo texto del nuevo Código de Comercio hubiera sido menos grave y peligroso, si siquiera se hubiese regulado la materia en forma tal que el cedente quedase respondiendo de las obligaciones contractuales asumidas por el cesionario. Pero ni aún eso se hizo, sino todo lo contrario, pues a pesar de los amagos de incongruencia que se advierten en el texto del artículo 893, es inevitable interpretarlo en el sentido de que es de la naturaleza de la cesión de contrato que el cedente no responda del cumplimiento por el cesionario de las obligaciones cedidas (art. 890).

"Se ha dicho que en la materia que se viene tratando nuestro Código de Comercio se inspiró en el Código Civil Italiano de 1942, y en términos generales parece evidente que ello es así, si se comparan las disposiciones que sobre cesión del contrato traen uno y otro. Más esa comparación hace también evidente que el artículo 887 de

nuestro estatuto, el cual incurre, como se vio, en la desviación de los principios atrás comentada, no fue tampoco fiel al artículo 1406 de su modelo italiano, éste sí concebido dentro de la mayor ortodoxia. En efecto, el aludido artículo 1036 reza así: 'Cada una de las partes podrá sustituir así misma un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas, si estas no hubiesen sido todavía ejecutadas, con tal que la otra parte consienta en ello' " (De los principales contratos civiles. Segunda Edición. 1987, págs. 168 y ss.);

D) Dada la falta de legitimación por activa la Sala no puede hacer las declaraciones y condenas impetradas en la demanda. Los perjuicios que se afirma sufrió " . . . la Empresa de Comunicaciones de Armenia (TELEARMENIA) al haber tenido que acometer los trabajos de estudio de suelos, cimentación, refuerzo de estructuras y reconstrucción del edificio a que se refiere el contrato P-041-79 de 18 de julio de 1979, por vicio de construcción y por vicio del suelo, conforme lo prevén los artículos 2060, reglas 3ª y 4ª del Código Civil en concordancia con el artículo 2061 *ibídem*" (Pretensión Primera), se vinculan con relación de causa a efecto al contrato que consta en la Escritura Pública número 912 de diecinueve (19) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982) fuente sólo de derechos personales o de crédito. En situaciones como la que se deja analizada la Corte Suprema de Justicia ha sido particularmente clara al fijar las siguientes pautas jurisprudenciales: "2. Difieren esencialmente las acciones que se derivan de los derechos reales de las que se originan en los derechos personales, pues mientras aquellos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 665 del Código Civil, son los que tenemos sobre una cosa sin respecto de determinada persona, como los de dominio, herencia, usufructo, uso y habitación, servidumbres activas, prenda e hipoteca, estos son los que nacen de una obligación de una persona o deudor hacia otra o acreedor surgida de un acto jurídico como un contrato o cuasicontrato, de un hecho ilícito como un delito o cuasidelito, o de la ley, según se infiere de los términos del artículo 666 *ibídem.*

"La misma diferencia en la naturaleza de la relación jurídica entre esas dos clases de derechos, se refleja en características y modalidades especiales que le dan a cada uno de ellos su autonomía, independencia y entidad propia, que deberán ser tenidas en cuenta siempre que se trate de establecer, transferir, proteger o reclamar alguno de tales derechos, *y no puede, por lo tanto, confundirse uno con otro como lo hiciera el* ad quem, *cuando sostuvo que con la sola transmisión del dominio sobre los terrenos ocupados con las instalaciones de conducción eléctrica, quedaron comprendidos los derechos y obligaciones personales del vendedor*" (Sentencia, marzo 31 de 1982. Magistrado ponente doctor Héctor Gómez Uribe. Actor: Sociedad Conurbe Limitada contra la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, "Corelca");

E) A manera de conclusión, de todo lo que se deja expuesto, se tiene que la filosofía del artículo 2060 del Código Civil, que es la que se recoge a lo largo de la demanda, no es de recibo, pues el contrato de construcción no se suscribió por el empresario *por un precio único prefijado,* como lo preceptúa la citada norma. Esta verdad jurídica unida a la falta de cesión de los derechos personales, nacidos

del contrato de construcción, permiten reiterar que TELEARMENIA no está legitimada en causa por activa. En este particular y para este caso la Sala hace suya la perspectiva jurídica que la Corte Suprema de Justicia hizo en el fallo en antes transcrito, cuando destacó:

"La legitimación en causa, por tanto, no es presupuesto del proceso, ella mira a la pretensión y no a las condiciones para la integración y el desarrollo regular de aquél. Si no existe legitimación por activa o por pasiva, pero se reúnen los cuatro presupuestos del proceso, *entonces la sentencia debe ser absolutoria, pues mal podría condenarse a quien no es la persona que debe responder del derecho reclamado o a quien es demandado por quien carece de la titularidad de la pretensión que reclama; y del mismo modo sería absurdo declarar la inhibición por falta de legitimación en la causa, pues así se permitiría que el litigante ilegítimo promoviera nuevamente el proceso o contra él se suscitara otra vez, y se iniciara así una cadena interminable de inhibiciones.*

"No puede confundirse, pues, la legitimación para el proceso, llamada también capacidad para comparecer a éste, con la legitimación en la causa. Es patente que aquella es un presupuesto procesal, como ya se vio, en tanto que ésta es fenómeno sustancial que consiste en la identidad del demandante con la persona a quien la ley concede el derecho que reclama y en la identidad del demandado con la persona frente a la cual se puede exigir la obligación correlativa" (Sentencia de 4 de diciembre de 1981, no publicada aún).

No obstante lo anterior, y como la Sala se encuentra frente a un fallo inhibitorio, cuyo alcance no puede hacer más oneroso para la parte impugnante, se confirmará la decisión de instancia, que a juicio del *ad quem* ha debido ser absolutoria;

F) La Sala no comparte la perspectiva jurídica que manejó la Fiscal Segundo de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, en su concepto de fondo, en el sentido de que la acción "...no se ha debido iniciar ante esta jurisdicción, sino ante la justicia ordinaria...", porque encuentra que la *litis* fue planteada con fundamento o apoyo en el contrato administrativo número P-041-79 de 18 de julio de 1979, suscrito entre las Empresas Públicas de Armenia y el señor Héctor Jaramillo Botero, cuya naturaleza administrativa no se puede desconocer.

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

Falla:

1º *Confírmase la sentencia* proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, dentro del proceso número 1519, en que figura como demandante la Empresa de Telecomunicaciones de Armenia —TELEARMENIA— y como demandado el ingeniero Héctor Jaramillo Botero, por las razones expuestas en el presente proveído.

2º Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Carlos Ramírez Arcila.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATO DE SEGURO.— SEGURO DE TRANSPORTE.

Ratificación jurisprudencial de lo contenido en sentencias de 6 de mayo de 1982. Sección Tercera. Consejo de Estado. Expediente 2880. Anales *T. 102. Página 451; de 23 de febrero de 1982. Sección Tercera. Expediente 2891.* Anales *T. 102. Página 412; de 20 de febrero de 1986. Sección Tercera. Expediente 3374.* Anales *números 489-490. Página 336, entre otras.*

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número R-056. Recurso extraordinario de anulación. Actora: Aseguradora Colseguros S. A.

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por Aseguradora Colseguros S. A., contra la sentencia proferida el 7 de marzo de 1985 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

El respectivo expediente fue destruido durante los trágicos sucesos de los días 6 y 7 de noviembre de 1985 y entró a resolverse, así mismo, la petición de reconstrucción de la recurrente, conforme a las prescripciones del Decreto 3825 del mismo año.

I. La sentencia impugnada:

La sentencia objeto del recurso denegó las súplicas de la demanda, previas las siguientes consideraciones:

"Estudiado el proceso, se tiene que las súplicas de la demanda, no pueden prosperar por las siguientes razones:

"Reiteradamente ha dicho la Sala que tratándose de 'pólizas automáticas', de seguro de transporte, la prueba del contrato consiste en la póliza general y en el certificado de seguro de transporte.

"En el presente caso la póliza automática fue aportada al proceso en original (Ver fls. 123 y ss. del cuaderno número 2) de fecha 1973, pero los certificados de seguros, pedidos con base en dicha póliza aparecen a los folios 117 a 123 del cuaderno número 1, en copias simples contrariando ostensiblemente el mandato del artículo 268 del

Código de Procedimiento Civil, que señala que deben presentarse, por regla general, originales los documentos privados, con las siguientes excepciones:

"a) Que hayan sido protocolizados los originales en la respectiva Notaría y ese no es el caso de autos;

"b) Los que formen parte de otro proceso del que no pueden ser desglosados, siempre que la copia se expida por orden del Juez. Claramente se ve que este evento tampoco se presenta en el caso *sub júdice*; y

"c) Aquellos cuyo original no se encuentre en poder de quien los aporta. Podría ser el caso de la póliza abierta, que por no agotarse con un solo seguro, deberá permanecer en poder del beneficiario importador. Este tampoco es el caso que nos ocupa.

"Lo anterior, permite concluir, que no se probó legalmente el contrato de seguro en cuanto hace referencia a la mercancía por la que se reclama, y carece por tanto de eficacia jurídica la cesión, la liquidación del siniestro y su pago.

"También ha dicho la Sala, que el contrato de seguro, dada su naturaleza jurídica de contrato eventual, de riesgo o aleatorio, debe quedar perfeccionado antes de la ocurrencia del riesgo que se asegura (Ver sentencia de mayo 6 de 1982, Expediente número 2880. Actor: Seguros La Andina).

"Los certificados de seguros aportados al proceso, distinguidos con los números: 100662, 100617, 100566, 100567 y 100616, fueron expedidos con fecha 30 de septiembre de 1974, fecha esta posterior al riesgo asegurado, toda vez que los despachos en su orden salieron de los sitios de destino en septiembre 12; julio; julio (sic); agosto; julio y julio (sic) respectivamente.

"Como tales certificados de seguros se expidieron cuando ya la mercancía se encontraba en el país, carece de causa el seguro de transporte tomado en tales condiciones" (fls. 14 y 15 del expediente reconstruido).

II. El recurso de anulación:

En el escrito del recurso se hicieron a la sentencia de la Sección Tercera dos cargos, expresados y sustentados en los siguientes términos:

"Primer cargo:

"La sentencia que dirimió el proceso de la referencia viola directamente la ley por cuanto con ella se aplicaron indebidamente los artículos 1057, 1070, 1073 inciso 2, y 1054 del Código de Comercio y el artículo 268 del Código de Procedimiento Civil. Como consecuencia de la aplicación indebida de las normas legales de carácter sustantivo que acabo de citar, se dejaron de aplicar los artículos 1125, 1118, 1119, 1056, 1050, 1052, 1036 inciso 2, 1045, 1046 y 1096 del Código de Comercio,

el artículo 2º del Decreto-ley 630 de 1942; artículos 1613 y 1614 del Código Civil y los artículos 252 último inciso y numeral 3 del mismo artículo y 276 del Código de Procedimiento Civil.

"Para denegar las súplicas de la demanda que dio inicio al proceso que nos ocupa, la Sección Tercera del honorable Consejo de Estado al que me dirijo consideró, bajo un primer aspecto, que 'el contrato de seguro, dada su naturaleza jurídica de contrato eventual, de riesgo o aleatorio, debe quedar perfeccionado antes de la ocurrencia del riesgo que se asegura...' y que 'los certificados de seguro aportados al proceso, distinguidos con los números 100662, 100617, 100566, 100567 y 100616, fueron expedidos con fecha 30 de septiembre de 1974, fecha esta posterior al riesgo asegurado, toda vez que los despachos, en su orden, salieron de los sitios de destino en septiembre 12; julio, agosto; julio y julio respectivamente', todo ello para concluir que 'como tales certificados de seguro se expidieron cuando ya la mercancía se encontraba en el país, carece de causal el seguro de transporte tomado en tales condiciones' (Ver fl. 11 de la sentencia recurrida).

"A partir de considerandos como los que acaban de transcribirse, la Sección Tercera violó, en primer término, el segundo inciso del artículo 1073 del Código de Comercio, a cuyo tenor el siniestro, 'si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro', en la medida en que la hipótesis que la norma transcrita contempla (Siniestro iniciado antes de que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador) no se dio en el litigio que nos ocupa. En efecto: De conformidad con el artículo 1118 del Código de Comercio, *norma específica para el seguro de transporte* que la sentencia acusada pasó por alto, al igual que lo hizo con la contenida en el artículo inmediatamente siguiente (1119), 'la responsabilidad del asegurador principia desde el momento en que las mercancías queden a disposición del transportador o a la de sus dependientes y concluye con la entrega al destinatario'. Si la responsabilidad de mi mandante Aseguradora Colseguros S. A., principió, según lo preceptuado por artículo 1118 transcrito, desde el momento en que las mercancías a disposición del transportador o a la de sus dependientes, evidente resulta que incurrió en error la Sección Tercera de esa honorable Corporación al considerar que la cobertura proporcionada por el seguro sólo existía con posterioridad al '30 de septiembre de 1974', como se dice en la sentencia, y no a partir de los respectivos despachos que, también según la misma sentencia acusada, ocurrieron en los meses de julio, agosto y septiembre de 1974.

"Para expresarlo en otros términos, y acogiéndome a la magnanimidad de esa honorable Corporación, me permito plantear el siguiente interrogante, así pudiera apartarme de un rigorismo tan estricto como el que en ocasiones se aplica al resolver recursos extraordinarios de casación por la Corte Suprema de Justicia, a saber: Si normas específicas contenidas en la Sección III del Capítulo II del Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio relativa al seguro de transporte, preceptuando que, en esta clase de seguros, 'la responsabilidad del

asegurador principia desde el momento en que las mercancías quedan a disposición del transportador o a la de sus dependientes...' (art. 1118) y que 'el asegurador ganara irrevocablemente la prima desde el momento en que los riesgos comienzan a correr por su cuenta' (art. 1119), con lo cual está haciendo excepción a los principios comunes a los seguros terrestres que en su orden traen los artículos 1057 y 1070, a cuyo tenor *'en defecto* de estipulación *o de norma legal,* los riesgos principian a correr por cuenta del asegurador a la hora 24 del día en que se perfecciona el contrato' (art. 1057) y 'sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1119, el asegurador devengará definitivamente la parte de la prima *proporcional* al tiempo corrido de riesgo...' (art. 1070) ¿Cómo puede la Sección Tercera del Consejo de Estado, si no es violando la ley, afirmar que como los certificados se expidieron el 30 de septiembre de 1974, 'cuando ya la mercancía se encontraba en el país, *carece de causal* el seguro de transporte tomado en tales condiciones' (Ver pág. 11 de la sentencia; los subrayados de los artículos y de la citada providencia son del suscrito).

"Por contera y así me adelante a lo que posteriormente diré sobre este mismo asunto, me permito llamar la atención de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esa honorable Corporación, en el sentido de que el propio Código de Comercio, consciente del régimen especial propio de los seguros de transporte, fue previsivo al preceptuar en su artículo 1125 que no le eran aplicables a esta clase de seguros las normas generales sobre vigencia del contrato y remuneración del asegurador, al disponer, textualmente, que 'no serán aplicables al seguro de transporte el ordinal 6 del artículo 1047 (que se refiere, precisamente, a la vigencia del contrato), ni los artículos 1070, 1071 y 1107', el primero de los cuales se ocupa, precisamente, de la remuneración del asegurador o de la forma como devenga la prima.

"Bajo un segundo enfoque, el Consejo de Estado consideró que como reiteradamente ha dicho la Sala que tratándose de pólizas automáticas de seguro de transporte la prueba del contrato consiste en la póliza general y en el certificado de seguro de transporte, 'y que, en el presente caso, la póliza automática fue aportada al proceso en original..., pero los certificados de seguros, pedidos (sic) con base en dicha póliza, aparecen a los folios 117 a 123 del cuaderno número 1, en copias simples, contrariando ostensiblemente el mandamiento del artículo 268 del Código de Procedimiento Civil...', en opinión de la Sección Tercera, 'permite concluir que no se probó legalmente el contrato de seguro en cuanto hace referencia a la mercancía por la que se reclama, y carece por tanto de eficacia jurídica la cesión, la liquidación del siniestro y su pago' (fl. 10 de la sentencia acusada).

"Violó así la sentencia recurrida, ostensiblemente y por aplicación indebida, el artículo 268 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el hecho en él hipotetizado no tuvo ocurrencia en el caso de autos si se tiene de presente las normas especiales que para la prueba del contrato de seguro establece el mismo ordenamiento legal, normas estas que, consecuencialmente, se dejaron de aplicar en la sentencia cuya anulación persigo con el presente escrito. En efecto: No obstante expresar en forma por demás clara la Sección Tercera que 'en el presente caso la póliza automática fue aportada al proceso en original', concluye que el contrato de seguro no se encuentra debidamente

probado, desconociendo lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 1036 del Código de Comercio, según el cual 'el contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza', 'documento éste que perfecciona y prueba el contrato de seguro...' (art. 1046 del C. de Co.).

"En estas condiciones, sin perjuicio de lo antes dicho sobre el régimen legal especial a que se hallan sometidos los seguros de transporte en cuanto a su vigencia y aplicando las normas que el Código de Comercio trae sobre perfeccionamiento del contrato de seguro como solemne que es, resulta igualmente evidente que la sentencia acusada violó las normas ya transcritas (arts. 1036 y 1046) y los artículos 1050 y 1052 del Código de Comercio; el último inciso del artículo 252, del numeral 3º del mismo artículo 252 y el artículo 276, todos estos del Código de Procedimiento Civil, en cuanto disponen, en su orden, que las declaraciones *posteriores* propias de la póliza automática 'se harán constar mediante... certificado de seguro...'; que 'las firmas de las pólizas de seguro *y de los demás documentos que las modifican o adicionan se presumen auténticas*'; que 'se presumen auténticas... las firmas de quienes suscriben las pólizas de seguros...'; que 'si habiéndose aportado al proceso y afirmado estar suscrito o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente...', 'el documento privado es auténtico...'; y, en fin y en punto tocante al reconocimiento implícito, que *'la parte que aporta al proceso un documento* privado, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo...' (art. 252 inciso y numeral citados y art. 276 del C. de P. C.; los subrayados son míos).

"La inconsecuencia lógica y consiguiente violación de la ley en que incurrió la Sección Tercera de esa honorable Corporación se pone de presente al recordar que, según las consideraciones de la propia Sala, en el caso *sub júdice* fue traída al proceso, en original, la póliza automática, al igual que los certificados de seguro expedidos con fundamento en dicha póliza (Ver pág. 10 de la sentencia), certificados suscritos por Aseguradora Colseguros S. A., quien como demandante los aportó a este proceso y como es obvio, provienen de ella, sin que hubieran sido tachados de falsedad por la empresa demandada, autenticidad que refuerza el último inciso del artículo 252 ya citado, elevado a categoría de presunción la autenticidad de 'las firmas de quienes suscriben las pólizas de seguros' y que, como si hiciera falta, reitera, de manera por demás contundente, el artículo 1052 del Código de Comercio, ostensiblemente violado por la sentencia recurrida, el cual cobija con la presunción de autenticidad, no sólo 'las firmas de la póliza de seguro', sino las *'de los demás documentos que las modifiquen o adicionen'*. Frente a esta *norma especial* del artículo 1052 del Código de Comercio, para no repetir lo ya dicho en relación con el artículo 252 y demás normas citadas del Código de Procedimiento Civil, es incuestionable la violación que de la ley hizo la Sección Tercera de esa honorable Corporación al tener los certificados de seguros como 'copias simples', todo ello con el único propósito de desconocer la titularidad de mi mandante para reclamar el pago de la indemnización a que tiene derecho, bien como consecuencia de la subrogación legal prevista por el artículo 1096 del Código de Comercio, bien como efecto de la cesión de derechos que sus asegurados indus-

trias Colibrí Ltda. y Textiles Colibrí Ltda., le hicieron y a la cual me referiré en el siguiente cargo, derecho que encuentra su fuente primigenia en el artículo 2º del Decreto-ley 630 de 1942, destinado a precisar la responsabilidad del Estado por mercancías almacenadas en bodegas oficiales, todo ello en los términos en que mi mandante planteó la situación fáctica, los fundamentos de derecho y el concepto de la violación de las normas, aspectos estos expuestos a espacio en la demanda y en el alegato de conclusión y que, para no fatigar a la honorable Sala de lo Contencioso Administrativo a la que me dirijo, ruego tener por reproducidos aquí.

"Segundo cargo:

"La sentencia que desató el litigio de la referencia violó directamente la ley, por cuanto dejó de aplicar los artículos 1613, 1614, 1666, 1667, 1669 y 1670 del Código Civil y el artículo 2º del Decreto-ley 630 de 1942.

"En efecto: En el aparte de la sentencia que la Sección Tercera destina a las consideraciones de la Sala, aquella afirma para negar las pretensiones de la demanda, concretamente la de que se condene a la Empresa Puertos de Colombia a pagar a Aseguradora Colseguros S. A., en su 'condición de *subrogataria* de los derechos y acciones de Industrias Colibrí Ltda. y/o Textiles Colibrí Ltda.' la suma que a éstas pagó mi mandante a título de daño emergente y lucro cesante, que *'carece, por tanto, de eficacia jurídica la cesión...'* (Ver pág. 10 *in fine*; los subrayados son míos).

"Ahora bien: Si la Sección Tercera de esa honorable Corporación partió de los supuestos, según se analiza en el cargo primero de la presente demanda de anulación, de que 'no se probó legalmente el contrato de seguro en cuanto hace referencia a la mercancía por la que se reclama' y de que como los certificados de seguro 'se expidieron cuando ya la mercancía se encontraba en el país, carece de causal el seguro de transporte tomado en tales condiciones' (Ver pág. 10 de la sentencia, último párrafo y página 11 *ibídem*, tercer párrafo), y, dentro de este orden de razonamiento, se abstuvo de reconocer la subrogación legal que a favor del asegurador prevé el artículo 1096 del Código de Comercio, incuestionable resulta que, partiendo de dicho supuesto fáctico, no podía desestimar la pretensión de Aseguradora Colseguros S. A., en el sentido de que se le reconociera como subrogatoria *convencional* de sus aseguradas Industrias Colibrí Ltda. y Textiles Colibrí Ltda., pues precisamente previendo esguinces como los que contiene la sentencia, mi mandante, no solamente invocó, en términos generales y sin limitaciones, su condición de subrogatoria sino que acompaño a la demanda el documento que obra al folio 126 del cuaderno principal, por virtud del cual las víctimas de los daños causados por la Empresa Puertos de Colombia cedieron expresamente a Aseguradora Colseguros S. A. todos los derechos y acciones que se derivaran de la responsabilidad en que esta última había incurrido para con aquellas, cesión que, más allá de toda duda, radicaba en cabeza de mi mandante la titularidad para demandar la indemnización correspondiente. Nótese a este respecto, dicho sea con todo acatamiento, como la propia sentencia y la aclaración de voto del honorable Consejero Carlos Betancur Jaramillo, reconocen el hecho de la cesión o

subrogación convencional que operó en el caso de *sub júdice*, pero absteniéndose de darle las consecuencias jurídicas que le son propias y que emanan de las normas flagrantemente violadas por la providencia acusada.

"De conformidad con el artículo 2º del Decreto-ley 630 de 1942, 'salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección para la seguridad del contenido, el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía por toda pérdida o entrega equivocada o daño de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o su abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje'. No es dudosa, pues, la obligación que la Empresa Puertos de Colombia tenía de indemnizar a Industrias Colibrí Ltda. y Textiles Colibrí Ltda., los perjuicios que le ocasionó por la pérdida de las mercancías importadas por éstas y pérdidas en poder de la entidad demandada, como tampoco lo es el que la transmisión del derecho correlativo a favor de las importadoras se hallaba y se halla radicado, desde que se incoó la demanda, en cabeza Aseguradora Colseguros S. A., ora por virtud de la subrogación legal que la Sección Tercera no consideró de recibo por partir de la base de la inexistencia del contrato de seguro, ora como consecuencia de la subrogación convencional que, con prescindencia de cualquier contrato de seguro, se produjo entre las víctimas originales del daño y mi mandante como efecto de la subrogación convencional a que me he venido refiriendo.

"*La subrogación* —enseña el artículo 1066 del Código Civil— 'es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga', noción que aclara el artículo siguiente (1667) al disponer que 'se subroga un tercero en los derechos del acreedor o en virtud de la ley, *o en virtud de una convención del acreedor*' y que complementa el artículo 1670 *ibídem* al preceptuar que 'la subrogación, tanto legal *como convencional* traspasa al nuevo acreedor *todos los derechos, acciones y privilegios*, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda...' Basta en verdad la transcripción de las normas del Código Civil y del artículo 2º del Decreto-ley 630 de 1942 que acabo de hacer, para concluir que la Sección Tercera incurrió en flagrante violación directa de la ley al dejar de aplicar dichas normas al caso debatido, siendo así que fueron expresamente invocadas en la demanda y considerada la situación fáctica correspondiente por la Sección Tercera para pronunciar el fallo cuya anulación solicito al interponer el presente recurso extraordinario.

"Por las razones anotadas, ruego a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado anular la sentencia recurrida y, en su lugar, acceder a las súplicas de la demanda, condenando a la Empresa Puertos de Colombia a pagar a mi mandante, Aseguradora Colseguros S. A., los perjuicios que la entidad primeramente mencionada causó a Industrias Colibrí Ltda. y Textiles Colibrí Ltda., indemnización que deben comprender el daño emergente y el lucro cesante en la forma prevista por la ley" (fls. 26 a 33 del mismo expediente).

III. La oposición al recurso:

El Procurador judicial de la entidad demandada, o sea la Empresa Puertos de Colombia, se opuso a las pretensiones de la recurrente, cuyos cargos refuta de la siguiente manera:

"*Al primer cargo:* Se acusó la sentencia, así: La sentencia que dirimió el proceso de la referencia viola directamente la ley por cuanto con ella se aplicaron indebidamente los artículos 1057, 1070, 1073 inciso 2, y 1054 del Código de Comercio y el artículo 268 del Código de Procedimiento Civil. Como consecuencia de la aplicación indebida de las normas legales de carácter sustantivo que acabo de citar, se dejaron de aplicar los artículos 1125, 1118, 1119, 1056, 1050, 1052, 1036 y inciso 2, 1045, 1046 y 1096 del Código de Comercio, el artículo 2º del Decreto 630 de 1942, artículos 1613 y 1614 del Código Civil y los artículos 252 último inciso y numeral 3 del mismo artículo y 276 del Código de Procedimiento Civil".

Sobre el particular manifestó:

"El artículo 1096 del Código de Comercio, estatuye: 'El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero estas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado. Habrá también lugar a la subrogación de los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada'.

"Así las cosas, honorables Consejeros de Estado, está claramente establecido por la ley que al asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta ocurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro.

"En el caso *sub júdice,* no se probó legalmente el contrato de seguro en cuanto hace referencia por la mercancía que se reclama, pues, la póliza automática fue aportada en original al proceso, pero los certificados de seguro, que amparaban la mercancía y solicitados en aplicación a la póliza en comento, fueron allegados en copias simples contrariando ostensiblemente el mandato del artículo 268 del Código de Procedimiento Civil que señala que deben presentarse, por regla general, originales de los documentos privados, con las siguientes excepciones:

"a) Que hayan sido protocolizados los originales en la respectiva Notaría y como lo dice la sentencia, 'ese no es el caso de autos';

"b) Los que formen parte de otro proceso del que no pueden ser desglosados, siempre que la copia se expida por orden del Juez. Dice la sentencia: 'Claramente se ve que este evento tan poco se presenta en el caso *sub júdice*';

"c) Aquellos cuyo original se encuentre en poder de quien los aporta. Podría ser el caso de la póliza abierta, que por no agotarse con

un solo seguro, deberá permanecer en poder del beneficiario importador. Dice la sentencia: 'Este tampoco es el caso que nos ocupa'.

"La Sección Tercera del honorable Consejo de Estado ha dicho en reiterada jurisprudencia que tratándose de: 'Pólizas automáticas' de seguros de transporte, la prueba del contrato consiste en la póliza general y en el certificado de seguro de transporte.

"Al no poderse probar el contrato de seguro, era lógico que la honorable Sala de la Sección Tercera del honorable Consejo de Estado concluyera como efectivamente lo hizo en el sentido de manifestar 'que no se probó legalmente el contrato de seguro en cuanto hace referencia a la mercancía por la que se reclama, y carece por tanto de eficacia jurídica la cesión, la liquidación del siniestro y su pago'.

"También ha dicho la Sala, en reiterada jurisprudencia 'que el contrato de seguro, dada su naturaleza jurídica de contrato eventual, de riesgo o aleatorio, debe quedar perfeccionado antes de la ocurrencia del riesgo que se asegura'.

"En cuanto hace a la subrogación del crédito ésta se efectúa por ministerio de la ley, según lo normado en el artículo 1096 del Código de Comercio. De manera que no se puede hablar válidamente sino de 'subrogación'. Allí no cabe otra figura y sobre ello no hay duda alguna.

"Como podrán observar señor Presidente y honorables Consejeros de Estado, al pagar la indemnización las compañías de seguros, automáticamente, por ministerio de la ley se subrogan en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Aquí no puede discutirse otra cosa diferente, obran como subrogatorias del crédito según las voces del ya tan citado artículo 1096 del Código de Comercio.

"Pero, para que obre la subrogación las compañías de seguros deben cumplir ciertos requisitos, entre ellos uno esencial, como es amparar las mercancías hacia el futuro y nunca hacia el pasado. Sobre el particular hay abundante jurisprudencia de la Sala.

"Las compañías de seguros expiden sus pólizas y certificados de seguros de transporte para proteger a sus clientes hacia el futuro y por ello es que el tenedor de una póliza ampara sus bienes, cargamentos, mercaderías, etc. y en el caso de siniestro el tomador debe probar con la póliza y su certificado de seguro de transporte, tratándose de cargamentos que deben ser transportados en el país o fuera de él, que el seguro se tomó antes de ocurrir el siniestro, es decir, con fecha anterior al siniestro.

"Es elemental, que si un cargamento es amparado después de ocurrido el siniestro, las compañías de seguros quedan en libertad por mera liberalidad o en virtud de convenios comerciales existentes entre ellas y los tomadores de sus seguros, a cancelar las indemnizaciones si lo tienen a bien, pues, cualquier persona natural o jurídica puede 'regalar o donar' su dinero, pero lo que no puede hacer nunca es intentar subrogarse en el crédito para repetir contra un tercero, porque ello equivaldría a que el Estado le diera a las compañías de

seguro 'patente de corso' y a la seguridad de que pueden amparar cargamentos siniestrados mucho tiempo después de ocurridos los siniestros, y repetir contra terceros lo que no tiene ningún asidero legal.

"Se llega así, a la conclusión, honorables Consejeros de Estado, que la compañía de seguros demandante canceló el valor de la indemnización a su cliente sin estar obligada legalmente a ello.

"Es también jurisprudencia reiterada de la Sala que con el solo pago de la indemnización efectuada por el asegurador a su asegurado se efectúa legalmente, *ipso jure*, la subrogación y que por consiguiente dando aplicación al artículo 1096 del Código de Comercio el crédito pasó automáticamente al patrimonio de la aseguradora que hizo el pago. Y manifiesta la Sección Tercera del honorable Consejo de Estado: 'Este aspecto es el que impide que el asegurador pueda ceder civilmente sus derechos a la aseguradora luego de cumplido ese pago, por aquél nada tendrá en su patrimonio, cuando celebre el contrato de cesión considerando que el doble juego de la cesión y la subrogación no está permitido por la ley'.

"Por consiguiente, estimo que la sentencia en comento no ha violado en forma directa la ley sustantiva, por aplicación indebida de las normas citadas en el cargo primero, y en cambio la Sección Tercera del honorable Consejo de Estado sí aplicó debidamente las normas de ley en la sentencia, en especial el artículo 268 del Código de Procedimiento Civil, denegando las súplicas de la demanda al no poder probar legalmente el actor el contrato de seguro, con la póliza y sus certificados de seguro de transporte, pues, el demandante aportó al proceso en original la póliza automática de seguro de transporte y en copia simple sin ningún valor legal los certificados de seguro de transporte, entendiéndose según reiterada jurisprudencia que tratándose de pólizas automáticas, de seguro de transporte, 'la prueba del contrato consiste en la póliza general y en el certificado de seguro de transporte' en originales o en copias o fotocopias autenticadas debidamente. Por consiguiente, el cargo debe ser desechado.

"Al segundo cargo:

"Se acusó la sentencia por violación directa de la ley, 'por cuanto dejó de aplicar los artículos 1613, 1614, 1666, 1667, 1669 y 1670 del Código Civil y el artículo 2º del Decreto-ley 630 de 1942'.

"Como lo dejé explicado al contestar el primer cargo de la sentencia en comento, se entiende que al constituirse una póliza de seguros entre tenedor y aseguradora se celebra un contrato que es ley entre las partes. Entre ellas, deben cumplirse las cláusulas y estipulaciones contractuales. Al surgir diáfanamente la subrogación por ministerio de la ley, para que la compañía aseguradora pueda repetir contra un tercero deben reunirse los requisitos del artículo 1096 del Código de Comercio, es decir, que hay un siniestro y el pago de la indemnización. Pero también debe probar la compañía aseguradora que los objetos asegurados estaban siendo amparados hacia el futuro y nunca hacia el pasado. Si una compañía aseguradora asume el riesgo de objetos que han sido siniestrados con anterioridad a la expedición

del certificado de seguro de transporte en aplicación a una póliza automática de seguro de transporte, legalmente no está obligada al pago de indemnización alguna.

"Esta tesis la ha reiterado la Sección Tercera del honorable Consejo de Estado en múltiples sentencias, desde hace varios años y es lógica y legal. Por consiguiente, estimo que el cargo debe ser desechado.

"Dejo sustentada así mi oposición a las pretensiones del escrito que sustentó el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia en comento, solicitando respetuosamente a los honorables Consejeros de Estado se dé aplicación a lo normado en el artículo 205 del Código Contencioso Administrativo condenando en costas al recurrente" (fls. 99 a 103 *ibídem*).

Para decidir el recurso, la Sala hace las siguientes

Consideraciones:

El recurso de anulación interpuesto por el apoderado de la sociedad demandante se fundamenta en la violación directa o indirecta de normas legales, la mayoría de carácter sustancial y algunas de índole procedimental. Con base en lo dispuesto en el artículo 197 del Decreto-ley 01 de 1984 (nuevo Código Contencioso Administrativo) la Sala no habrá de tomar en consideración los cargos que se hacen a la sentencia impugnada en cuanto se fundamenten en una supuesta violación de normas que por su naturaleza sean procedimentales o en infracciones a preceptos de carácter sustancial a través de medios probatorios erróneamente apreciados, en concepto de la parte recurrente.

El citado artículo del Decreto 01 de 1984 traza el marco dentro del cual deben mantenerse tanto el recurrente como el juzgador; el primero al ejercer el recurso extraordinario de anulación y el segundo al considerarlo y decidirlo. Esta disposición establece que dicho recurso sólo puede sustentarse en una violación directa de la Constitución Política y de la ley sustancial, con lo cual sustrae de su campo el quebrantamiento de normas procedimentales y condena al fracaso todo intento de deducir la infracción legal a través de elementos de carácter probatorio.

El recurso extraordinario de anulación, ha dicho en forma reiterada el Consejo de Estado, no da lugar a una instancia más, en la que se pueda revisar todo el proceso y estudiar los elementos probatorios que obran en él, sino que es de un medio *sui géneris* de impugnación que tiene lugar cuando el juicio dentro del cual se dictó la sentencia impugnada ha concluido con ella y esta providencia se encuentra ejecutoriada.

El escrito en que se hace uso de este recurso no debe ser, por lo tanto, un alegato de instancia, y en la formulación y sustentación de los cargos a la providencia recurrida no pueden entrar en consideración cuestiones distintas de las atinentes a la causa jurídica del recurso (la infracción) y a la finalidad inmediata del mismo (la anulación).

Téngase en cuenta que la dilucidación del recurso mismo se fundamenta en un mecanismo de confrontación de sentencia y norma. Por eso el Decreto 3825 de 1985 dispone que para decidir si procede o no la anulación de una sentencia (dado el caso de la destrucción del respectivo expediente durante los hechos violentos de los días 6 y 7 de noviembre del mismo año), no se requiere sino "el escrito de interposición del recurso y copia de la sentencia impugnada".

Sólo en caso de que se hubiere anulado la sentencia procederá la reconstrucción solicitada, como lo dispone el mismo Decreto en su artículo 4º que textualmente dice: "Si el recurso prospera, la Sala ordenará en la misma sentencia, siempre que ello fuere necesario, la reconstrucción del proceso a efecto de dictar la sentencia que deba sustituir a la anulada".

El recurrente debe referirse entonces, para los fines inmediatos del recurso, exclusivamente a la contradicción que a su parecer exista entre la sentencia impugnada y la norma señalada como infringida, sin permitir que interfieran razones de índole probatoria, como la falta de apreciación de una prueba o la manera como la haya interpretado el juzgador de instancia, las cuales no pueden entrar en el planteamiento ni en la consideración del recurso mismo, es decir, en la etapa de simple confrontación de sentencia y norma. Las circunstancias de hecho y su prueba sólo serán tenidas en cuenta, si el recurso prospera y es, por consiguiente, anulada la sentencia, para efectos del fallo sustitutivo.

Porque a esa etapa indispensable, limitada la confrontación de la sentencia con la norma indicada por el recurrente, conforme a los cargos formulados por él, puede subseguir otra, en caso de que proceda la anulación solicitada, en que el examen del juzgador habrá de referirse no sólo al aspecto jurídico sino también al fáctico, con estudio de las pruebas que obran en el proceso, para dictar el fallo que habrá de sustituir al anulado.

Entonces, con miras a que sean tenidas en cuenta en esa posible segunda etapa de examen que origina el recurso de anulación, o sea, para efectos del fallo sustitutivo, el recurrente podrá hacer, si lo estima conveniente, alegaciones que entran en la amplia esfera de las consideraciones de índoles fáctica y jurídica en torno a la cuestión que se debatió en el respectivo proceso. Pero, reitera la Sala, no es materia que pueda tener cabida en la formulación y sustentación del recurso mismo, esto es, de los cargos a la sentencia impugnada, los cuales deben limitarse a su objetivo inmediato: La anulación de la providencia por violación directa de la Constitución o de la ley sustancial. Son dos cuestiones que no pueden mezclarse sino que deben ser tratadas separadamente.

Sentado lo anterior sobre la naturaleza y alcance del recurso extraordinario de anulación y la forma como opera, procede la Sala a estudiar el interpuesto por el apoderado de la sociedad demandante, quien formula dos cargos a la sentencia impugnada, de los cuales se estudiarán únicamente los aspectos relacionados con los fines inmediatos del recurso y no aquellos que son propios más bien de un alegato de instancia.

I. Primer cargo:

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

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

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

Tales aspectos se sintetizan así:

1º La Sección Tercera violó el segundo inciso del artículo 1073 del Código de Comercio, pues la hipótesis contemplada en él ("siniestro iniciado antes de que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador"), no se dio en el caso *sub júdice*. En efecto, según el artículo 1118 del citado Código, "la responsabilidad del asegurador principia desde el momento en que las mercancías queden a disposición del transportador o a la de sus dependientes y concluye con la entrega al destinatario". Por lo tanto, incurrió en error la Sección Tercera "al considerar que la cobertura proporcionada por el seguro sólo existía con posterioridad al '30 de septiembre de 1974', como se dice en la sentencia, y no a partir de los respectivos despachos que, también según la misma sentencia acusada, ocurrieron en los meses de julio, agosto y septiembre de 1974". Si normas específicas como los artículos 1118 y 1119 del Código de Comercio hacen excepción a los principios comunes a los seguros terrestres que en su orden traen los artículos 1057 y 1070, según los cuales "en defecto de estipulación *o de norma legal,* los riesgos principian a correr por cuenta del asegurador a la hora veinticuatro del día en que se perfecciona el contrato" y que "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1119, el asegurador devengará definitivamente la parte de la prima proporcional del tiempo corrido del riesgo...", viola la ley la afirmación de la Sección Tercera de que como los certificados se expidieron el 30 de septiembre "cuando ya la mercancía se encontraba en el país, carece de causal el seguro de transporte tomado en esas condiciones".

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

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

Se considera el cargo:

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

1ª "Tratándose de 'pólizas automáticas', de seguro de transporte, la prueba del contrato consiste en la póliza general y en el certificado de seguro de transporte", como reiteradamente lo ha sostenido la Sección Tercera.

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

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

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

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

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

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

Los artículos 1073, 1118 y 1119 del Código de Comercio parten de la base de que el contrato está perfeccionado y la sentencia impugnada implícitamente sostiene que no lo está mientras no se hayan expedido los certificados de seguro. Pero no afirma que perfeccionado el contrato, la responsabilidad del asegurador no principia desde el momento en que las mercancías quedan a disposición del transportador o de sus dependientes; ni contradice lo dispuesto en el artículo

1119 del citado Código, ni se refiere a la hipótesis relativa al siniestro iniciado antes y continuado después de que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador.

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

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

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

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

En tales fallos ha dicho la Sección Tercera:

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

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

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

La Sala comparte la tesis de que el contrato (no el certificado) de seguro tiene por objeto asegurar un riesgo futuro e incierto, como fluye de la naturaleza de la institución y de las disposiciones de la

ley, y que mientras no esté perfeccionado no surge ninguna responsabilidad para el asegurador, pues es apenas obvio que no ha asumido riesgo alguno.

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

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

No dice la ley, haciendo una excepción a la regla general, que tratándose de pólizas automáticas, el contrato sólo se perfecciona con la expedición de los certificados de seguro. No hay disposición legal que excluya la póliza automática de la regla general sobre perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro, ni por su naturaleza puede entenderse excluida de ella, pues el contenido que le señala el artículo 1050 del Código de Comercio no la hace diferir esencialmente de las otras pólizas, ni le niega la función que a estas corresponde.

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

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

El certificado de seguro no tiene otra función importante que la de especificar la cosa (la mercancía asegurada) genéricamente señalada en la póliza y valorar el interés asegurado, precisiones que por faltar no afectan la esencia del contrato, el cual sin ellas existe y queda perfeccionado. Están previstos en la póliza el riesgo, como aconteci-

miento futuro e incierto, y el interés asegurado. Para que existan tales elementos no se requieren las especificaciones que debe hacer el certificado de seguro.

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

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

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

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

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

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

Dice el doctor Andrés Ordóñez, en sus Conferencias sobre Derecho de Seguros, dictadas en la Universidad Externado de Colombia, que en la póliza marco está el contrato de seguro, con todos sus elementos esenciales; "el interés y el riesgo están llamados a ser concretados en el certificado de seguro"; de modo que, como él mismo dice, en la póliza, el interés no está determinado, aunque sí es determinable. Y "siendo la finalidad del certificado únicamente individualizar y cuantificar el interés, el certificado de seguro puede ser expedido en cualquier momento, sea antes o después de que se realice efectiva-

mente el transporte de un determinado conjunto de mercancías y, en consecuencia, sea que se produzca antes o después de realizado el siniestro, si este se produce dentro de un determinado trayecto de transporte".

Opina el mismo conferencista que "lo normal es que el comerciante que solicita y obtiene la expedición de una póliza automática de seguro de transportes, trata precisamente de evitar la contratación de un seguro para cada despacho y simplemente limita su obligación a la notificación a la compañía de seguros, de un volumen de mercancía transportada en un despacho determinado, en determinado trayecto, para que la compañía, con posterioridad, en cualquier momento del desarrollo del contrato, expida el certificado de seguro, se cobre su prima y, eventualmente, pague los siniestros derivados del despacho de que se trate".

El doctor Hernán Fabio López, en su libro *Comentarios al Contrato de Seguro,* dice al respecto:

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

"

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

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

"3. Resulta de lo anteriormente expuesto, que la póliza automática o de abono de seguro de transporte de mercancías no se perfecciona, como lo sostiene la opinión mayoritaria, con la expedición del

certificado de seguro. Según lo señala el artículo 1036 del Código de Comercio el contrato se perfecciona antes: Desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza. El certificado de seguro cumple, de acuerdo con la ley (C. de Co., art. 1050) una función bien distinta: Tiene un mero alcance probatorio, mas no del contrato de seguro, sino del despacho de la mercancía y cumple, a la vez, un papel eficaz para liquidar, con arreglo a las estipulaciones generales de la póliza, el valor asegurable y asegurado de los intereses así como el valor de las primas a cargo del asegurado y que el asegurador devenga, irrevocablemente, desde el momento mismo en que los riesgos comiencen a correr por su cuenta (C. de Co., art. 1119), esto es, desde el momento en que las mercancías queden a disposición del transportador o sus dependientes, como lo prescribe el artículo 1118 del estatuto comercial".

Más adelante dice el mismo Consejero:

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

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

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

"El interés asegurable consiste en la afectación que puede sufrir el patrimonio del asegurado cuando los bienes objeto del seguro se

exponen al riesgo y cuya identificación, valoración e individualización pueden ser definidas posteriormente, como lo dice el mismo artículo 1050 (del Código de Comercio).

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

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

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

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

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

"....."

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

Otros aspectos del primer cargo:

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

certificado de seguro. Según lo señala el artículo 1036 del Código de Comercio el contrato se perfecciona antes: Desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza. El certificado de seguro cumple, de acuerdo con la ley (C. de Co., art. 1050) una función bien distinta: Tiene un mero alcance probatorio, mas no del contrato de seguro, sino del despacho de la mercancía y cumple, a la vez, un papel eficaz para liquidar, con arreglo a las estipulaciones generales de la póliza, el valor asegurable y asegurado de los intereses así como el valor de las primas a cargo del asegurado y que el asegurador devenga, irrevocablemente, desde el momento mismo en que los riesgos comiencen a correr por su cuenta (C. de Co., art. 1119), esto es, desde el momento en que las mercancías queden a disposición del transportador o sus dependientes, como lo prescribe el artículo 1118 del estatuto comercial".

Más adelante dice el mismo Consejero:

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

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

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

"El interés asegurable consiste en la afectación que puede sufrir el patrimonio del asegurado cuando los bienes objeto del seguro se

exponen al riesgo y cuya identificación, valoración e individualización pueden ser definidas posteriormente, como lo dice el mismo artículo 1050 (del Código de Comercio).

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

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

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

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

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

"....."

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

Otros aspectos del primer cargo:

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

el derecho de su mandante a reclamar indemnización, bien como consecuencia de la subrogación legal o como efecto de la cesión de derechos.

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

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

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

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

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

En suma, el problema no es del acto en sí sino de su prueba; que de ser acertada la apreciación que de ella se hizo en la sentencia, la cuestión no sería de ineficacia jurídica del acto sino de ineficacia probatoria de las copias llevadas al proceso.

Conclusión sobre el primer cargo:

Como lo demostró la recurrente y lo comprobó la Sala, la sentencia impugnada viola los artículos 1036, inciso segundo, y 1046 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 1050 de la misma obra, por cuanto considera que la póliza automática por sí sola no perfecciona ni prueba el contrato de seguro sino que requiere al efecto que se expida el correspondiente certificado. Ello contradice las citadas disposiciones, pues según las dos primeras el contrato de seguro se perfecciona y prueba con la póliza respectiva, sin que ningún texto legal, especialmente el último de los citados preceptos, que tienen al certificado sólo como un documento adicional, haya hecho excepción respecto de ella a esa regla general, ni sea posible deducirla de la naturaleza de esta clase de póliza.

Por consiguiente, prospera el cargo.

II. Segundo cargo:

Consiste en la violación "directa" de la ley por falta de aplicación de los artículos 1613, 1614, 1666, 1667, 1669 y 1670 del Código Civil y el artículo 2º del Decreto 630 de 1942.

La alegada violación legal estriba fundamentalmente en que habiendo la Sección Tercera desconocido la subrogación legal, no podía desestimar, como lo hizo, "la pretensión de la Aseguradora Colseguros S. A. en el sentido de que se le reconociera como subrogatoria *convencional* de sus aseguradas Industrias Colibrí Ltda. y Textiles Colibrí Ltda., pues precisamente previendo esguinces como los que contiene la sentencia, mi mandante, no solamente invocó, en términos generales y sin limitaciones, su condición de subrogatoria sino que acompañó a la demanda el documento que obra a folio 126 del cuaderno principal, por virtud del cual las víctimas de los daños causados por la Empresa Puertos de Colombia cedieron expresamente a Aseguradora Colseguros S. A. todos los derechos y acciones que se derivan de la responsabilidad en que ésta última había incurrido para con aquellas, cesión que, más allá de toda duda, radicaba en cabeza de mi mandante la titularidad para demandar la indemnización correspondiente".

Se considera el cargo:

El esclarecimiento de lo fundamental de este cargo exige un examen de pruebas para determinar si hubo la cesión o subrogación convencional que alega el apoderado de la actora y de este modo establecer si fueron violadas las disposiciones que se indican en el escrito del recurso, lo cual legalmente no es posible, como ya se dijo.

Por otra parte, los aspectos de este segundo cargo que no conducen a un análisis de pruebas, ya fueron dilucidados en el estudio que se hizo del primero.

Por consiguiente, se desecha el cargo.

Conclusión final:

Lo expresado al examinar el primer cargo es suficiente para que la Sala anule la sentencia recurrida, pues lo escuetamente expresado en ella es consecuencia de la manera como entendió el sentenciador la naturaleza y la función de la póliza automática y del certificado de seguro, con desconocimiento de las correspondientes disposiciones legales.

Como solamente fue reconstruido el expediente en lo que respecta al recurso de anulación y por cuanto éste prospera, deberá procederse como lo ordena el artículo 4º del Decreto 3825 de 1985, o sea, ordenarse "la reconstrucción del proceso a efecto de dictar la sentencia que deba sustituir la anulada".

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

Falla:

1º *Anúlase* la sentencia recurrida, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, el 7 de marzo de 1985.

2º *Reconstrúyase* el proceso en el cual se dictó la sentencia que se anula.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Despacho del Ponente.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 15 de junio de 1988.

Carmelo Martínez Conn, Ausente; *Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker,* Ausente; *Luis Antonio Alvarado Pantoja, Jaime Abella Zárate, Guillermo Benavides Melo,* Ausente; *Samuel Buitrago Hurtado,* Ausente; *Clara Forero de Castro,* Ausente; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Antonio José de Irisarri Restrepo, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona,* Ausente; *José Ignacio Narváez García, Jorge Penen Deltieure, Carlos Ramírez Arcila,* Ausente; *Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos.*

Nubia González Cerón, Secretaria.

ACTO DE AJUDICACION DE LICITACION CONTENIDO EN ACTA.— PRUEBA DE LA INTEGRIDAD DEL ACTA.

Para su suspensión provisional deben aportarse los documentos que acrediten la "expedición del acto cuestionado, no sólo en cuanto a sus formalidades, sino también en lo que toca con los funcionarios o miembros de las Corporaciones que figuran como sus autores".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintitrés de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Ramírez Arcila.*

Referencia: Expediente número 5306. Actor: Sociedad "Internacional de Luminarias Ltda.".

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 9 de junio de 1987, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto niega la suspensión provisional del acto demandado en el proceso de restablecimiento del derecho, formulado por Internacional de Luminarias Ltda. contra la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá y tendiente a obtener la nulidad parcial del acto de adjudicación de la Licitación Pública Nacional TEAP-86-72 —Luminaciones de Mercurio—, contenido en el Acta número 1024 de 10 de diciembre de 1986.

Conviene hacer constar que el recurso sólo fue concedido por auto de febrero 6 de 1988, llegó a esta Corporación el 3 de marzo pasado y entró al Despacho el 24 de marzo del año en curso.

I. La solicitud de suspensión provisional:

La providencia recurrida:

Deniega la suspensión impetrada y entre otras razones expresa:

"En el presente caso, la petición cumple todos los requisitos formales para su estudio. En efecto: Se hizo la petición en capítulo aparte de la demanda, se señalaron las disposiciones violadas y el concepto de las mismas atinentes a la medida, se probó sumariamente el perjuicio mediante dos declaraciones extrajuicio (fls. 28 y ss.), y la suspensión no está prohibida por la ley".

"……

"A este respecto es cierto, como lo sostiene el señor apoderado de la firma actora y se infiere del acto acusado, que su representada presentó una oferta económica por debajo de la favorecida con la adjudicación en un porcentaje del 1.04%, lo que está corroborado con las pruebas traídas que obran a folios 12 y siguientes del cuaderno número 3".

"Pero si lo anterior puede darse por establecido, no sucede lo propio con relación a las demás afirmaciones tales como las de que las dos firmas estaban en igualdad de condiciones en el orden técnico de las ofertas, en la calidad de los productos ofrecidos, experiencia, seriedad y cumplimiento, etc., por cuanto el acto impugnado no hace mención alguna a esos aspectos y las pruebas sobre estos hechos, a pesar de que fueron debidamente aportadas, no pueden ser tenidas en cuenta en consideración a que no han sufrido la publicidad y contradicción necesaria, de modo que puedan servir de soporte para producir la nulidad de un acto administrativo".

"De consiguiente, la invocada violación de normas superiores no resulta en este evento manifiesta, ostensible ni flagrante y sólo después de surtida la etapa probatoria y de analizados los elementos de prueba aportados, en la sentencia pertinente, podrá aclararse con certeza si las firmas que concurrieron a la licitación estaban o no en igualdad de condiciones para que la Administración hubiese dado debida aplicación al artículo 236 del Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá, así como el acápite 1.39 del pliego de condiciones y de ahí deducir el tratamiento que ha debido darse a la firma demandante en consideración al hecho de haber presentado la menor oferta económica para el *ítem* 2 de la Licitación Pública TEAP-86-72 abierta por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá" (fls. 35 a 38, cuaderno 1).

II. La oposición:

La apoderada de la empresa demandante al contestar la demanda presenta las consideraciones que parcialmente se transcriben a continuación:

"....."

"A. *Los criterios para la adjudicación*".

"Si bien es cierto que la firma Internacional de Luminarias cotizó a un precio un poco más bajo ($ 95.00 unidad) con respecto a Colombiana de Luminarias, se contemplaron otros criterios para esta adjudicación como son el plazo, seriedad y cumplimiento en contratos anteriores. De la historia y análisis que posee la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá se concluye en la reiterada solicitud de reajuste de precios, en el pago de intereses y contínuas solicitudes de prórrogas a los plazos preestablecidos en el que ha incurrido la firma Internacional de Luminarias que estos necesariamente incrementan el precio. Con estos procedimientos los precios cotizados por la citada firma no son los reales sino resultan muy superiores con afectación económica y perjuicios a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá en la oportuna prestación del servicio".

"Es así que podemos analizar que la firma Colombiana de Luminarias, ofertó un valor de $ 6.450.00 contra uno de $ 6.345.00 de Internacional de Luminarias, este último no era en el caso de esta licitación el mejor precio para la empresa, ya que Internacional de Luminarias en la experiencia que ha tenido con la empresa, generalmente pide *reajuste del precio, pago y reconocimiento de intereses y prórrogas* (el subrayado es mío)".

"En cambio en el análisis efectuado a Colombiana de Luminarias encontramos que nunca sus precios han sido modificados, pues no han solicitado *reajuste de precios* ni *pago de intereses* y tampoco han *solicitado prórrogas* a las fechas acordadas con la empresa para entrega (el subrayado es mío)".

"Como vemos estos factores que se acaban de mencionar, influyen directamente en el precio, pues, si al precio ofertado se le agrega un reajuste al mismo o se reconoce un interés, hace que necesariamente éste se modifique y suba".

"Ahora bien, la Junta Directiva de la empresa consideró además cada uno de los criterios establecidos en el pliego de condiciones en los puntos 1. 3. 9. página 11, como son":

"—Los plazos de entrega, la firma Internacional de Luminarias generalmente pide prórrogas para la entrega de material, la firma Colombiana de Luminarias sólo ha pedido una prórroga en todo su compromiso con la empresa, tal y como lo demuestra en la relación siguiente: ..."

III. Consideraciones de la Sala:

El acto impugnado.

De acuerdo con lo que se establece en la demanda, con la pretensión principal se aspira en primer término la declaratoria de la nulidad parcial del acto de adjudicación de la Licitación Pública Nacional TEAP-86-72 —Luminarias de Mercurio—, contenido en el Acta número 1024 de 10 de diciembre de 1986, pero sólo en relación con el *ítem* 2..."

Las demás pretensiones son consecuenciales de la anterior.

No queda duda que el acto acusado es el de "adjudicación de la Licitación TEAP-86-72 —Luminarias de Mercurio— contenido en el Acta número 1024 de 10 de diciembre de 1986 y el cual aparece a folios 13 y siguientes del cuaderno número 1".

Con referencia a la violación invocada, no sobra reiterar algunos párrafos del fallo recurrido, según el cual: "De consiguiente, la invocada violación de normas superiores no resulta en este evento manifiesta, ostensible ni flagrante y sólo después de surtida la etapa probatoria y de analizados los elementos de prueba aportados, en la sentencia pertinente, podrá aclararse con certeza si las firmas que concurrieron a la licitación estaban o no en igualdad de condiciones para que la Administración hubiese dado la debida aplicación al artículo 236 del Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá, así como

el acápite 1.39 del pliego de condiciones y de ahí deducir el tratamiento que ha debido darse a la firma demandante en consideración al hecho de haber presentado la menor oferta económica para el *ítem* 2 de la Licitación Pública TEAP-86-72 abierta por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá".

"Es cierto que el Decreto 01 de 1984 en el inciso 2º del artículo 152 contempla la posibilidad de decretar la suspensión provisional examinando las pruebas aportadas, pero la jurisprudencia ha sostenido al respecto que: '...esta innovación merece ser interpretada con sentido marcadamente restrictivo y con referencia a los documentos que demuestren la existencia y el proceso de expedición del acto cuestionado, no sólo en cuanto a sus formalidades, sino también en lo que toca con los funcionarios o miembros de las corporaciones que figuran como sus autores...' (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de agosto 5 de 1985, Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 4705. Actor: Siderúrgica de Medellín S. A. Simesa)" (fls. 99 y 100, cuaderno 4).

No obstante que en la providencia cuestionada no se hicieron mayores consideraciones sobre la concordancia del enunciado jurisprudencial con el caso que se debate, sin necesidad de tener que acudir al sentido marcadamente restrictivo de que allí se habla, es indiscutible que para la prosperidad de la suspensión provisional deben aportarse los documentos que acrediten la "expedición del acto cuestionado, no sólo en cuanto a sus formalidades, sino también en lo que toca con los funcionarios o miembros de las corporaciones que figuran como sus autores..." (fls. 99 y 100, cuaderno 1).

Estas exigencias, que son fundamentales, se echan de menos en el acto cuya suspensión se impetra.

Obsérvese, al efecto que si bien, el acto cuestionado se afirma estar contenido en el Acta número 1024 de diciembre 10 de 1986 (fl. 13, cuaderno 1), en parte alguna aparece la autenticidad del acto, ni siquiera la suscripción del acta, ni qué funcionarios asistieron a la reunión y ni quién la presidió.

Lo que se llama acta, parece ser más bien un fragmento de ella, pues así se inicia:

"Manifiesta el subgerente técnico, doctor Juan Manuel Latorre, que el objeto de esta licitación corresponde al diseño, fabricación, pruebas, transporte y entrega CIF Bodegas de la Empresa de Bogotá de los *ítems* 1 y 2 en Zipaquirá del *ítem* 3, respectivamente por 5.000 luminarias para exteriores tipo horizontal abierta con brazo, para bombillas de vapor de mercurio de alta presión de 125 vatios, 10.000 luminarias para exteriores tipo vertical abierta, para bombillas de vapor de mercurio de alta presión de 125 vatios, con conjunto eléctrico incorporado".

"....."

Más adelante se dice: "Estudiado el documento presentado por la División de Ingeniería Eléctrica y escuchadas las explicaciones del

Subgerente Técnico, la Junta Directiva por unanimidad adjudica la licitación en la siguiente forma..." (fl. 14, cuaderno 1).

Y termina el documento presentado como acta, así:

"Vigencia: Será igual al plazo pactado para la última entrega y tres meses más" (fl. 15, cuaderno 1).

Aunque en otra parte del expediente aparece en mayor extensión el mismo documento, debe observarse que, igualmente, adolece de las mismas ausencias de que ya se ha hablado (fls. 56 y ss., cuaderno 1).

De un acta, y más si se dice contentiva de un acto administrativo, lo menos que puede esperarse es que se exprese quiénes asistieron a la reunión, quién la presidió y, finalmente, que este último la firme, lo mismo que el Secretario de la Junta. Pero de todo esto carece el acta cuestionada, lo que necesariamente afecta el acto demandado.

En algunos apartes de la sustentación del recurso, afirma el distinguido abogado de la parte recurrente:

"Por lo demás, de la simple lectura del acta, en la cual consta el acto administrativo impugnado se deduce que las conclusiones y consideraciones del estudio no fueron materia de discrepancia en el seno de la Junta y que, por lo tanto, fueron acogidas en su integridad como fundamentos de la decisión".

"En tal virtud y, a pesar de que dicho estudio obre en documento separado del acta o sea que, formalmente no aparezca integrado a ella, sin embargo desde el punto de vista material o sustancial constituye con el acta una unidad inseparable toda vez que integra parte fundamental de la motivación del acto de adjudicación, pues el acta misma no contiene otras razones sino las expresadas en el análisis de ofertas a las cuales se remite y las cuales acoge. Si no mediara dicho análisis el acto de adjudicación sería inmotivado y por ende nulo (art. 5º, Decreto-ley 01 1984)".

"Por consiguiente, no se trata como lo afirma el *'a quo'*, de analizar una prueba diferente del acto impugnado sino de examinar su propia motivación, la cual, racional y lógicamente forma parte inseparable de la decisión que se adoptó. Lo demás es formalismo vacío y sin sentido que en lugar de guiar desorienta e induce a la injusticia, como ha ocurrido en el caso presente" (fl. 47, cuaderno 1).

Ciertamente, de la parte del acta que se aportó al proceso no aparece que se hubiere presentado ninguna discrepancia en el seno de la Junta, pero, cómo estuvo integrada la Junta; quién hizo la adjudicación?

Que el "estudio obre en documento separado del acta o sea que, formalmente no aparezca integrado a ella", como lo dice el recurrente, puede no tener importancia, pero lo que sí la tiene, es la prueba de la integridad del acta misma y sobre la cual apenas se hizo una ligera referencia en el auto recurrido.

De todos modos, el asunto no se ve claro como sí parece verlo el recurrente y el solo hecho de que de entrada se presente alguna

duda sobre la violación manifiesta, ello conduce a remitir el examen de las pruebas a un estudio más detenido y de conjunto, para resolver en la sentencia sin decretar la suspensión provisional.

Por lo expuesto, *se resuelve:*

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión de la fecha.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala, Con salvamento de voto; *Carlos Betancur Jaramillo, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACION.—

Distinción de éste con el acta en donde obra tal determinación.

Salvedad de voto del Consejero *doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5306. Actor: Sociedad "Internacional de Luminarias Limitada".

En forma respetuosa me separo del criterio de la mayoría tanto en relación con la parte resolutiva de la providencia que antecede como respecto de su motivación, por las siguientes sucintas razones:

Primera. Porque el auto del cual disiento confunde, en forma deplorable, *el acto* de adjudicación de la licitación con *el acta* donde consta tal acto. Esta última, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (Vigésima edición, Espasa Calpe, 1984) es la *"relación escrita* de lo sucedido, tratado o *acordado* en una junta", esto es, la pieza destinada a servir de documento histórico de lo acontecido en una reunión. Aquél, como es bien sabido, está definido en el derecho positivo colombiano así: "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" (C. C. A., art. 83, inciso 2º). Como puede observarse, en el derecho colombiano el concepto de *acto administrativo* se estructura con prescindencia total de criterios formalistas, para poner el acento sobre lo verdaderamente sustancial, esto es, sobre la actuación de la voluntad o de la inteligencia de la administración con el propósito de producir efectos en derecho. Confundir, pues, como lo hace el auto que antecede, el acto administrativo de adjudicación de una licitación con el acta donde se da cuenta escrita de la determinación o decisión adoptada es tanto como no distinguir entre el contenido y el continente, trastornamiento de la naturaleza de las cosas que la más elemental lógica repele y que, por ende, no puedo en forma alguna compartir.

Segunda. Porque, de otra parte, y abstracción hecha de la confusión comentada, no entiendo cómo la mayoría omite tomar en consideración la circunstancia, en mi concepto muy relevante, consistente en que la copia del acta aducida por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá (fls. 56 y ss.), si bien es más extensa que la aducida por la sociedad actora, "adolece de las mismas ausencias de que ya se ha hablado", como reza la motivación de la providencia de la cual discrepo. Y considero relevante esta circunstancias, porque ella pone en evidencia cómo la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá expide las copias de las actas de las reuniones de su Junta Directiva: Sin trans-

cribir su encabezamiento ni la parte final destinada a recoger el denominado "cierre" del acta (firmas de quienes obraron como Presidente y Secretario de la respectiva sesión). Puede llegar a aceptarse que ello no sea un modelo de técnica y aún que sea irregular; pero lo que no puede admitirse —y a ello conduce derechamente la tesis prohijada por la mayoría— es que las faltas, los yerros, las omisiones deliberadas o no de la administración— perjudiquen al administrado que no ha dado lugar a ellas y beneficien, en cambio, a la administración negligente. Es este otro trastornamiento de elementales principios jurídicos que tampoco puedo compartir.

Tercera. Porque, como lo manifesté durante las deliberaciones de la Sala a que dio lugar la ponencia presentada por el señor Consejero Ramírez Arcila, la jurisdicción en lo contencioso administrativo está menospreciando, por decir lo menos, la importancia de la suspensión provisional de los actos administrativos que la Constitución Nacional y las leyes han puesto en sus manos. En efecto, a medida que pasan los días y se observa la forma en que las autoridades administrativas suelen proceder en asuntos de tanta monta como son las adjudicaciones de contratos, dicha feliz institución cobra mayor importancia como medio de contención de ilegalidades y arbitrariedades como la que sin el menor asomo de duda surge de las piezas aportadas en esta ocasión. Este precioso instituto de la suspensión provisional es no solamente de extremo valor para que esta jurisdicción especial contenga los desbordamientos de la administración, sino de inigualable utilidad para obtener la moralización de la actividad administrativa en campos como el contractual, tan particularmente propicios a la componenda, a la maroma, al "serrucho" y a tantos otros vicios que son de todos conocidos y cuya erradicación de los hábitos administrativos —de los malos hábitos administrativos— se ha tornado en un imperativo categórico ante la descomposición que a todo nivel vive el país. Para lograr ese fin moralizador, ninguna herramienta más valiosa al alcance de los Jueces naturales de la administración pública, que esta de la suspensión provisoria de los actos de la administración, porque ella previene eficaz y sobre todo oportunamente, que se celebren y ejecuten contratos adjudicados con ostensible quebranto de la normatividad que debe regir y orientar el proceso licitatorio. Es realmente deplorable que tanto el Consejo de Estado como los tribunales administrativos muestren una paulatina pero notoria falta de conciencia sobre el valor intrínseco de la preciosa herramienta que la Constitución Nacional y el Código de lo Contencioso Administrativo ponen en sus manos. Una suspensión provisional decretada a tiempo es más, mucho más efectiva que una severa admonición y que una investigación *ex post facto,* practicada a petición del Consejo de Estado cuando ya todo esté consumado.

Cuarta. Porque, según lo manifesté en los inicios del debate que hubo de culminar con la providencia de que hoy disiento, compartía entonces y continúo compartiendo los puntos de vista expresados en la ponencia que presentó a consideración de la Sala el entonces Consejero de Estado doctor Jorge Valencia Arango y que transcribo a continuación en sus partes más relevantes:

"1. Dice el Acta número 1024 de 10 de diciembre de 1986:

"Manifiesta el Subgerente Técnico, doctor Juan Manuel Latorre, que el objeto de esta licitación corresponde al diseño, fabricación, pruebas, transporte y entrega CIF Bodegas de la Empresa en Bogotá de los *ítems* 1 y 2 y en Zipaquirá el *ítem* 3, respectivamente por 5.000 luminarias para exteriores tipo horizontal abierta con brazo, para bombillas de vapor de mercurio de alta presión de 125 vatios, 40.000 luminarias para exteriores tipo vertical abierta, para bombillas de vapor de mercurio de alta presión de 125 vatios y 5.000 luminarias para exteriores tipo vertical abierta, para bombillas de vapor de mercurio de alta presión de 125 vatios, con conjunto eléctrico incorporado. A la fecha de cierre de la licitación, el día 15 de octubre último, se recibieron ofertas para todos los *ítems* de: Colombiana de Luminarias y Comunicaciones S. A., Roy Alpha Ltda. e Internacional de Luminarias Ltda. y, para el *ítem* 1 únicamente de Industrias Eléctricas Schreder Ltda. Del resultado de los análisis preliminar y técnico se concluye que la oferta de Roy Alpha Ltda., no se tiene en cuenta en el proceso de adjudicación en cuanto que incumple requisitos legales mínimos correspondientes al monto de la garantía de seriedad e inscripción del Registro Unico de Proponentes. El resultado de la evaluación económica de las ofertas aceptadas efectuada por *ítems*, en pesos colombianos, sobre los valores totales cotizados CIF Bodegas de la Empresa y adicionando a estos el valor de las pérdidas eléctricas de los balastos, garantizadas por los oferentes, es el siguiente:

"Item Oferente	*Vr. Evaluado CIF Bodegas EEEB (Col. $)*	*Porcentaje.*
1. Industrias Eléctricas Schreder Ltda.	43.700.000.00	100.00
Colombiana de Luminarias y Comunicaciones S. A.	50.575.000.00	115.73
Internacional de Luminarias Ltda.	52.750.000.00	120.71
2. Int. de Luminarias Ltda.	91.000.000.00	100.00
Col. de Luminarias y C.	91.950.000.00	101.04
3. Col. de Luminarias y C.	45.750.000.00	100.00
Inte. de Luminarias Ltda.	45.950.000.00	100.44".

"Estudiado el documento presentado por la División de Ingeniería Eléctrica y escuchadas las explicaciones del Subgerente Técnico, la Junta Directiva por unanimidad adjudica la licitación, en la siguiente forma":

"……

"Oferente: Colombiana de Luminarias y Comunicaciones S. A.".

"Fabricante: Colombiana de Luminarias y Comunicaciones S. A.".

"*Item* 2 - 10.000 Luminarias Modelo VQ. tipo vertical abierta para bombilla de vapor de mercurio de alta presión, de 125 vatios, con conjunto eléctrico incorporado, balastro tipo reactor, 208-260 voltios: 64.450.000" (fls. 13 a 15, cuaderno 1).

"2. Lo anterior significa que la única motivación de la adjudicación controvertida, por expresa referencia del acto mismo, está constituida por *'las explicaciones del Subgerente Técnico'* que se han transcrito y por *'el documento presentado por la División de Ingeniería Eléctrica'*, que obra en el cuaderno número 3, donde se lee el *'análisis preliminar'* (fl. 7), el *'análisis técnico'* y la *'evaluación económica'* de los proponentes.

"3. De tal documento se deduce claramente, que las firmas licitantes Colombiana de Luminarias y Comunicaciones S. A. e Internacional de Luminarias Ltda., cotizaron para los *ítems* 1 a 3 que reunieron, en igualdad de condiciones, los requisitos legales o preliminares necesarios para ser consideradas como licitantes.

"Y en relación con el factor 'técnico', dice tal informe:

"Todos los oferentes cumplen con los requisitos técnicos mínimos y cotizan luminarias cuyas características técnicas garantizadas cumplen con lo estipulado por la Empresa en el pliego de condiciones".

"".....

"Internacional de Luminarias en los *ítems* 2 y 3, y los demás oferentes en todos los *ítems*, cotizan en sus propuestas luminarias homologadas por la Empresa".

"b) Experiencia".

"Todas las luminarias serán fabricadas directamente por los oferentes".

"Todos los oferentes poseen amplia experiencia en la fabricación y suministro de luminarias, e incluyen en sus propuestas la información de los suministros efectuados a diferentes empresas, en especial a entidades del sector eléctrico nacional. Adicionalmente, todas las firmas han contratado con la Empresa la fabricación y suministro de luminarias similares o iguales a las solicitudes en la presente licitación" (fl. 10, cuaderno 3).

"Y termina con la siguiente 'conclusión' del análisis técnico.

"Todas las ofertas cumplen con los requisitos técnicos estipulados por la Empresa en el pliego de condiciones, aclarando que a pesar de que la oferta presentada para el *ítem* 1 por la firma Internacional de Luminarias Ltda., cumple con dichos requisitos, debe, en caso de adjudicación, efectuar las modificaciones indicadas en el Anexo número 5".

"7.0. *Ofertas aceptadas*".

"De acuerdo con los análisis preliminar y técnico anteriores, se consideran aceptables para adjudicación, en los *ítems* relacionados, las siguientes ofertas":

Oferente	*Items aceptados*
Colombiana de Luminarias y Comunic. S. A.	1 a 3
Internacional de Luminarias Ltda	1 a 3
Industrias Eléctricas Schreder Ltda.	1"

"4. Y el mismo *'informe'* se refiere, así a la *'evaluación económica':*

"Se presenta a continuación, como resumen del Anexo 4, la evaluación económica de las propuestas aceptadas".

"La evaluación se efectúa por *ítems,* en pesos colombianos, con los valores totales cotizados CIF Bodegas de la Empresa, adicionando a estos el valor correspondiente a la evaluación de pérdidas eléctricas de los balastros garantizados por los oferentes, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 3.2.8. de los pliegos de condiciones (Ver anexo)".

"De esta forma los valores evaluados son":

"2. Internacional de Luminarias Ltda.	91.000.000.00	100.00
Colombiana de Luminarias y Comunicaciones S. A.	91.950.000.00	100.04".

(fls. 11 y 12, cuaderno número 3).

".....

"B. No hay entonces, explicación aceptable, para que la providencia apelada diga que sobre las condiciones distintas a las del precio, como son calidad del producto, experiencia, seriedad y cumplimiento, no hay prueba, 'por cuanto el acto impugnado no hace mención alguna a esos aspectos y las pruebas sobre estos hechos, a pesar de que fueron debidamente aportados, no pueden ser tenidas en cuenta en consideración a que no han sufrido la publicidad y contradicción necesarias, de modo que puedan servir de soporte para producir la nulidad de un acto administrativo', ya que, como se vio, el acto impugnado incorpora como motivación de su decisión de adjudicar, los documentos parcialmente transcritos en los que resulta patente que las condiciones, desde el punto de vista técnico y comercial, son iguales para las dos firmas licitantes frente al *ítem* 2.

"Y sí integran, tales documentos, el acto impugnado, hasta el punto de que sin ellos la adjudicación carecería de los requisitos para hacer la adjudicación expresamente exigidos por el inciso primero del artículo 236 del C. F. de Bogotá D. E., como es, fundamentalmente el de la motivación.

"Y es allí donde deben quedar expresados los requisitos y consideraciones de todas las ofertas y los factores determinantes de la preferencia que se haga entre los distintos licitantes, a efectos de que los vencidos conozcan las razones de su derrota y si se consideran lesionados en su derecho puedan ocurrir a la jurisdicción contencioso administrativa.

"No es, pues, de recibo que con posterioridad se aleguen motivos o razones distintos a los expresados en el acto de adjudicación, pues ello constituiría factor de sorpresa que rompe la igualdad de los oferentes y destruye la lealtad y seriedad que debe presidir todo el procedimiento de la contratación administrativa.

"Y es que, como se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia de esta Corporación, la adjudicación de una licitación no es acto discrecional de la Administración, sino reglado, como que la mejor oferta y la más conveniente, debe ser el resultado del cuidadoso análisis de todas las presentadas, atendiendo al artículo 236 del C. F. de Bogotá, para el asunto, *sub júdice,* o del artículo 33 del Decreto-ley 222 de 1983, para la contratación nacional, esencialmente iguales.

"Dice el artículo 236 mencionado:

" '*Artículo 236.* La adjudicación deberá hacerse, previos los estudios del caso y hecho el análisis comparativo, al licitador cuya oferta se estime más favorable y esté ajustada al pliego de condiciones'.

" 'En la evaluación de las ofertas deberán tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes factores: Precio, plazo, calidad, seriedad y cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes'.

" 'En igualdad de condiciones, debe preferirse la propuesta que ofrezca mejor precio; en igualdad de precios, la que contemple mejores calidades y condiciones globalmente consideradas; y, en igualdad de condiciones, calidades y precios, se tendrá en cuenta la distribución equitativa de los negocios'.

" '*Parágrafo:* Se tendrá en cuenta así mismo, la protección al trabajo y a la industria nacionales' " (fl. 41, cuaderno 4).

"Claro que el organismo adjudicador puede separarse del concepto del comité técnico, pero con razones que jurídicamente sirvan de respaldo a su decisión.

"C. Establecido, como queda demostrado, que las dos firmas oferentes se encontraban *'en igualdad de condiciones'*, resultaba imperioso hacer la adjudicación a la *'propuesta que ofrezca mejor precio'*, so pena de violar ostensiblemente la norma del artículo 236 del C. F. de Bogotá.

"D. Y de los documentos transcritos, integrantes del acto acusado, resulta claramente que en relación con el *ítem* 2 de la licitación, las cotizaciones fueron:

"1. Internacional de Luminarias Ltda.

Valor por unidad	$ 6.350.00
Colombiana de Luminarias y Comunicaciones S. A.	
Valor por unidad	$ 6.445.00

"2. Con la inclusión de la 'evaluación' de las pérdidas eléctricas de los balastos:

Internacional de Luminarias Ltda., 10.000 unidades	$ 91.000.000.00
Colombiana de Luminarias y Comunicaciones S. A. 10.000 unidades	$ 91.950.000.00

"Por tanto, al adjudicarse, en igualdad de condiciones, la licitación a la propuesta de Colombiana de Luminarias y Comunicaciones S. A., cuyo precio era superior al de la firma demandante, se violó *prima facie* y en forma flagrante, el artículo 236 del C. F. de Bogotá y procede, por lo mismo, la suspensión provisional impetrada.

"E. No hay lugar a considerar las razones expuestas en la contestación de la demanda ni las pruebas allegadas con ella, por varias razones: 1. Porque se refieren a motivos no señalados en el acto acusado como determinantes de la elección hecha. 2. Porque la apelación se decide de plano, es decir, sobre las mismas pruebas que tuvo el *a quo* al momento de decidir sobre la suspensión provisional. 3. Porque lógicamente, en el recurso no hay lugar al allegamiento de nuevos medios de convicción y, 4. Porque aún probados los hechos alegados por la demandada, ellos serían jurídicamente irrelevantes.

"F. La suspensión provisional reúne los requisitos exigidos por la ley.

"En efecto:

"1. La medida se solicitó, en forma expresa, en el libelo demandatorio.

"2. Se sustentó expresamente en la misma demanda.

"3. Se comprobó con testigos —prueba sumaria— el perjuicio que sufre con el acto impugnado, aunque tratándose de contratos conmutativos y onerosos administrativos de naturaleza comercial, la no adjudicación causa perjuicio que bien pueden presumirse.

"4. No está prohibida por la ley.

"Conforme al artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, inciso 8º, *'los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato'*, lo que hace que por definición expresa de la ley, el acto de adjudicación sea un *'acto separable del contrato'*.

"Y conforme al inciso final del artículo 87 del mismo Código, *'los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código'*, las cuales según los artículos 84 y 85 del citado estatuto, son las de *'nulidad'* y de *'restablecimiento del derecho'* ".

Atentamente,

Antonio José de Irisarri Restrepo.

Fecha *ut supra.*

TITULO VI

JUICIOS ELECTORALES

REVOCACION DIRECTA DE ACTOS DE ELECCION.—

1. Sentido y alcance del artículo 71 del Decreto 01 de 1984, sobre actos creadores de SITUACIONES GENERALES Y OBJETIVAS, como en situaciones PARTICULARES Y SUBJETIVAS.

2. Término dentro del cual debe revocarse. Requisitos cuando el acto a revocar es particular.

Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.— Bogotá, D. E., veintidós de enero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número E-111. Demandante: Eliécer Meneses Lopera.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 24 de abril de 1987 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar.

Como la ponencia del honorable Consejero ponente no fue acogida pasó el negocio al presente Consejero.

Antecedentes:

El ciudadano y abogado Eliécer Meneses Lopera, actuando en su propio nombre y como ciudadano, en ejercicio de la acción pública electoral solicitó ante el mencionado Tribunal la declaratoria de la nulidad de las elecciones contenidas en el Acta número 0019 de 10 de noviembre de 1986 de la Asamblea Departamental del Cesar "en donde se eligió al doctor Carlos Oyaga Quiroz como Contralor General del Departamento del Cesar y al doctor Evert Mendoza Acosta como Auditor General Interno de la Contraloría General del Departamento del Cesar, ambos, para el período comprendido entre el primero (1º) de julio de 1987 al treinta y uno (31) de diciembre de 1988".

Igualmente pidió que como consecuencia de la anterior nulidad la Asamblea Departamental del Cesar proceda a nueva elección.

Como hechos de la demanda expuso los siguientes:

"1. El primero (1º) de octubre del año en curso, se inició el período de sesiones ordinarias de la honorable Asamblea Departamental del Cesar, eligiendo Mesa Directiva para el período del primero (1º) de octubre al treinta (30) de noviembre de 1986.

"2. El cuatro (4) de octubre de 1986 se eligió, Contralor General del Departamento y Auditor General Interno de la Contraloría General del Departamento del Cesar a los doctores Carlos Oyaga Quiroz y Evert Mendoza Acosta, respectivamente, para el período comprendido entre el primero (1º) de julio de 1987 al treinta y uno (31) de diciembre de 1988, según Acta número 004 de esa fecha.

"3. Por considerar que el Acto de Elección indicado en el anterior numeral, era violatorio del artículo 25 de la Ordenanza número 004 de 1977, en concordancia con los artículos 59, 60 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal y del artículo 149 numeral 2 de la Ordenanza número 004 de 1977, el suscrito, el 29 de octubre del año en curso presentó ante esta Corporación demanda electoral de nulidad contra el mentado Acto de Elección relacionado en el numeral anterior, en ejercicio de la acción popular; dicha demanda fue repartida el 30 de octubre de 1986 correspondiendo su conocimiento al honorable Magistrado doctor Jorge Saade Márquez, mediante auto fechado octubre 30 de 1986, se admitió tal demanda y se ordenó darle el trámite correspondiente.

"4. El día cinco (5) de noviembre del año en curso, la Asamblea Departamental del Cesar fijó para el diez (10) de noviembre de 1986, nueva fecha para la elección de Contralor General del Departamento del Cesar y Auditor General Interno de la Contraloría General del Departamento del Cesar. Ello consta en el Acta número 0018 del día cinco (5) de noviembre de 1986, de la Asamblea Departamental del Cesar.

"5. El día diez (10) de noviembre, la Asamblea Departamental del Cesar, revocó, con el consentimiento escrito, de los doctores Carlos Oyaga Quiroz y Evert Mendoza Acosta, la elección que había hecho de ellos y que se relaciona en el numeral dos (2) de este escrito de demanda. Ello consta en el Acta número 0019 del día diez (10) de noviembre de 1986, de la Asamblea Departamental del Cesar.

"6. En la sesión del mismo día diez (10) de noviembre de 1986, en donde se revocó la elección que se indica en el numeral 2 de este escrito, la Asamblea Departamental del Cesar, eligió para el período comprendido entre el primero (1º) de julio de 1987 al treinta y uno (31) de diciembre de 1988, como Contralor General del Departamento del Cesar y Auditor General Interno de la Contraloría General del Departamento del Cesar, a los doctores Carlos Oyaga Quiroz y Evert Mendoza Acosta, respectivamente.

"Ello consta en el Acta número 0019 de noviembre diez (10) de 1986, de la Asamblea Departamental del Cesar".

Cita como disposiciones violadas los artículos 71 del Decreto 01 de 1984 y 25 de la Ordenanza número 004 de 1977, en concordancia con los artículos 59, 60 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal.

Expresa el concepto de violación en los términos siguientes:

"a) Para la elección de los referidos funcionarios, se requería que la revocación de la elección que se relaciona en el hecho 2 de este escrito de demanda, y que se cumplió el diez (10) de noviembre de 1986 según consta en el Acta número 0019 de noviembre diez (10) del año en curso, se hubiera cumplido dentro de las oportunidades legales que se indican en el artículo 71 del Decreto 01 de 1984.

"El Acto de Elección que se demanda en este escrito, no podía efectuarse porque fue consecuencia de la revocación que hizo la Asamblea Departamental del Cesar del Acto relacionado en el hecho 2 de este escrito, la que no podía cumplirse porque la primera elección había sido demandada, en ejercicio de la acción pública a través de los trámites del Juicio Electoral el día veintinueve (29) de octubre de 1986, dictando este honorable Tribunal auto admisorio de la misma fechado treinta (30) de octubre de 1986, anterior a la fecha de revocación hecha el diez (10) de noviembre de 1986. Con este procedimiento se violó el artículo 71 del Decreto 01 de 1984, nuevo Código Contencioso Administrativo, que expresa: 'La revocación podrá cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se haya acudido a los Tribunales Contencioso Administrativos, *siempre que en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda*' (Subrayados míos).

"Al violarse el artículo 71 del Decreto 01 de 1984, la elección que hizo la Asamblea Departamental de los referidos funcionarios es nula y no producirá efectos legales, por lo que así debe declararse;

"b) Para la elección de los referidos funcionarios, el cinco (5) de noviembre de 1986 a través de proposición aprobada en la sesión de ese día según consta en el Acta número 0018 de esa fecha, se señaló el diez (10) de noviembre de 1986. Este señalamiento se hace sin haberse todavía revocado la primera elección, lo cual es ilógico e improcedente.

"El día diez (10) de noviembre de 1986 se efectuó la elección de los mencionados funcionarios, y ese mismo día se revocó la primera elección que se había hecho el cuatro (4) de octubre de 1986. Primero tenía que revocarse por la Asamblea Departamental la primera elección y una vez se hiciera la revocación se tenía que fijar fecha para la nueva elección.

"Lo anterior, hace concluir, que el señalamiento de fecha para la elección de los mencionados funcionarios para el diez (10) de noviembre de 1986 hecha el día cinco (5) de noviembre de 1986, era improcedente, ya que se señalaba una fecha para una nueva elección sin haberse revocado la primera elección.

"La proposición de señalamiento de fecha para la elección de los mencionados funcionarios debió hacerse fue a partir del mismo día de la revocación, es decir, a partir del diez (10) de noviembre de 1986, y a partir de esa fecha se empezaba a contar el término de tres (3) días que tenía que pasar o transcurrir para hacer la respectiva elección. Al no procederse de acuerdo a lo

expuesto, se violó el artículo 25 de la Ordenanza número 004 de 1977, en donde se preceptúa que la elección que haga la Asamblea contrariando este término será nula y no producirá efectos legales.

"El Código de Régimen Político y Municipal, define en su artículo 59 que los plazos de días se entienden al espacio de veinticuatro (24) horas. Así mismo, en su artículo 60 dice que cuando un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último plazo; y, cuando se exige que haya transcurrido un espacio de tiempo para que nazcan o expiren ciertos derechos, se entenderá que esos derechos nacen o expiran a media noche del día en que termine el respectivo espacio.

"De igual manera, en el artículo 61 del mismo Código se establece que cuando se dice que una cosa debe observarse desde tal día se entiende que ha de observarse desde el momento siguiente a la media noche del día anterior; y cuando se dice que debe observarse hasta tal día, se entiende que ha de observarse hasta la media noche de dicho día.

"En atención a lo preceptuado en el artículo 25 de la Ordenanza número 004 de 1977, en concordancia con los artículos 59, 60 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal, el término previsto en el artículo 25 de la referida Ordenanza, se violó y pretermitió, por tal, la elección que hizo la Asamblea Departamental del Cesar de los referidos funcionarios es nula y no producirá efectos legales, por lo que así debe declararse.

"La Ordenanza número 004 de 1977, es el Reglamento Interno de la Asamblea Departamental del Cesar. Ello tiene piso legal de acuerdo con los artículos 33 y 34 del Decreto 1222 de 1986".

Solicitada la suspensión provisional del acto demandado fue denegada por el *a quo*.

Los señores Carlos Oyaga Quiroz y Evert Mendoza Acosta se vincularon al proceso como partes demandadas y fue así como contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor.

Sentencia apelada:

Lo es, como lo dijo, la dictada por el Tribunal Administrativo del Cesar el 24 de abril de 1987, que negó las peticiones de la demanda con base en el siguiente razonamiento:

1. Acerca de la alegada transgresión del artículo 71 del Decreto 01 de 1984 reproduce las apreciaciones de su auto de 16 de diciembre de 1986 que no accedió a decretar la suspensión provisional del acto electoral enjuiciado, así:

"La norma que se invoca como violada para deprecar la medida provisional, es el artículo 71 del Decreto 01 de 1984 y el concepto de la violación es del siguiente tenor:

"El argumento para esta solicitud, es la flagrante violación del artículo 71 del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, al procederse a efectuar las mencionadas elecciones revocando previamente el Acto de Elección que se relaciona en el hecho dos (2) de este escrito de demanda pretermitiendo las oportunidades legales que se indican en el artículo 71 del Decreto 01 de 1984. Ello no podía cumplirse porque tal Acto de Elección ya había sido demandado el día veintinueve (29) de octubre de 1986, dictando esta honorable Corporación auto admisorio de la demanda con fecha treinta (30) de octubre de 1986, anterior a la fecha de revocación cumplida el diez (10) de noviembre de 1986.

"—Se trata del ejercicio de una acción de nulidad y se ha demostrado la manifiesta violación de una disposición legal, 'que se puede percibir a través de una sencilla verificación de las normas, o de las pruebas aportadas'.

"El artículo 71 del Código Contencioso Administrativo es del siguiente tenor:

" 'La revocación podrá cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se haya acudido a los Tribunales Contencioso Administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda'.

"Se hace alusión en la demanda que el día cuatro (4) de octubre de 1986 fueron elegidos Contralor General del Departamento y Auditor General Interno de la Contraloría, los doctores Carlos Oyaga Quiroz y Evert Mendoza Acosta en su orden, para el período comprendido entre el 1º de julio de 1987 y 31 de diciembre de 1988, según Acta número 004 de esa fecha.

"Afirma el actor, que como la Asamblea Departamental del Cesar, consideró que la elección de los funcionarios antes citados era violatoria de normas jurídicas jerárquicamente superiores, procedió a la revocatoria de esa elección y posteriormente el día 10 de noviembre de 1986, se produjo una nueva elección de los mismos funcionarios para el mismo período.

"En principio el acto administrativo contentivo de la revocatoria se halla amparado por la presunción de legalidad y mientras no sea declarada su nulidad por autoridad competente ha de estarse a su texto.

"Tenemos entonces tres actos administrativos dotados de autonomía e independencia, a saber:

"a) La elección de Contralor General del Departamento del Cesar y del Auditor General Interno de la Contraloría General, efectuada el día 4 de octubre de 1986;

"b) La revocación de las anteriores elecciones realizadas el día 10 de noviembre de 1986 y

"c) La elección de Contralor General del Departamento y del Auditor General Interno de la Contraloría General, efectuada el 10 de noviembre de 1986.

"En la hipótesis de que el actor pudiera atacar *motu proprio* el acto de la revocación y que éste hubiese sido ilegal, podría inferirse acaso lógicamente, que la hipotética nulidad del supracitado acto, apareja la nulidad de las elecciones realizadas el 10 de noviembre de 1986?

"¿Qué hubiera ocurrido si después de la revocatoria del acto eleccionario realizado el 4 de octubre de 1986, la nueva elección de Contralor y Auditor General hubiese recaído en personas distintas a los doctores Oyaga Quiroz y Mendoza Acosta?

"¿En ese supuesto caso, no serían Oyaga Quiroz y Mendoza Acosta los dotados por la ley del derecho de accionar contra ese acto?

"¿Tendrá el doctor Meneses Lopera, derecho de accionar tratándose de una situación jurídica de carácter particular y concreta, para pedir la nulidad de esa revocación?

"No existiendo ninguna relación directa entre esa supuesta ilegal revocación y la elección de Contralor General y Auditor General, no encontramos esa manifiesta violación del artículo 71 del Decreto 01 de 1984. De la comparación de la norma citada como violada y el acto administrativo acusado, no emerge diáfanamente la manifiesta violación como para decretar la suspensión provisional del acto acusado.

"Como la norma invocada como violada es el artículo 71 del Decreto 01 de 1984 y aceptando en gracia de discusión, que la revocatoria aludida hubiera sido ilegal, esa ilegalidad cobijaría únicamente al acto administrativo denominado 'revocación' y en manera alguna al acto administrativo denominado 'elección'. Del primero, no puede colegirse el segundo.

"Con el acto de elección no se violó el artículo 71 del Decreto 01 de 1984.

"En estas condiciones, no se accederá a la petición de suspensión provisional".

2. Acerca del quebranto invocado del artículo 25 de la Ordenanza 004 de 1977 de la Asamblea Departamental del Cesar, en concordancia con los artículos 59, 60 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal, discurre como sigue:

"El artículo 25 dice: 'Para la elección del Contralor General del Departamento se requiere el señalamiento de fechas, previa proposición aprobada por la Corporación y no podrá llevarse a cabo sino pasados tres (3) días del acto aprobatorio de la proposición. La elección que haga la Asamblea contrariando este término será nula y no producirá efectos legales'.

"Como lo anota nuestro colaborador Fiscal, no hubo violación de la norma transcrita, ya que la fecha de la elección del Contralor General del Departamento y del Auditor General Interno de la Contraloría, fue señalada con antelación de cinco (5) días, como puede verse en el Acta número 018 de fecha 5 de noviembre de 1986.

"No aflora tampoco, ninguna violación de los artículos 59, 60 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal, por cuanto allí solamente se establece cómo deben computarse y entenderse los años, meses y días".

Recurso de apelación:

Insiste el actor en los puntos de vista de su demanda inicial.

Concepto de la Fiscalía Cuarta:

El honorable Fiscal Cuarto ante esta Corporación, luego de hacer un relato de todos los antecedentes del presente proceso emite su opinión de fondo en los siguientes términos:

"V. En el entendimiento de esta Fiscalía el fallo recurrido se ajusta a derecho y a los elementos de juicio que obran en el proceso, pues, ciertamente, con arreglo a los hechos que se relacionan y se acreditan se trata de tres actos distintos, el de la primera elección, el de la revocatoria de ésta y el de la nueva elección, de tal suerte que si el de la revocación no fue demandado y declarado nulo, tal acto quedó incólume en su presunción de legalidad y validez, o sea decir, que produjo el efecto de eliminar de la vida jurídica el acto revocado. Consecuentemente, esa revocación no puede afectar la legitimidad de la nueva elección.

"Por lo anterior, esta Agencia del Ministerio Público estima que el fallo impugnado debe confirmarse".

Consideraciones de la Sala:

1. Plantea el demandante la nulidad de la elección de los señores Carlos Oyaga Quiroz y Evert Mendoza Acosta para los cargos, respectivamente, de Contralor General del Departamento del Cesar y Auditor General Interno de la misma Contraloría, efectuada por la Asamblea de dicho Departamento en su sesión de 10 de noviembre de 1986 y recogida en Acta número 019 de la misma fecha, y para el período comprendido entre el primero (1º) de julio de 1987 y treinta y uno (31) de diciembre de 1988.

Dicho acto electoral fue precedido de la revocatoria que en tal sesión de 10 de noviembre el mismo Cuerpo Administrativo hizo del suyo de 4 de octubre de 1986 en que se eligió a esas mismas personas para los mismos empleos, objeto de la presente controversia, habiendo ellas previamente manifestado su aquiescencia al respecto mediante escrito de 5 de noviembre de 1986 (fl. 7).

2. El Título V del Libro 1º del Código Contencioso Administrativo, se refiere a la institución de la "revocatoria directa de los actos administrativos", así: Su artículo 69 contempla las causales de revocación, el 70 dice cuándo es improcedente, el 71 la oportunidad en la cual se puede hacer uso de la revocación, el 72 se refiere a los

efectos de ésta, el 73 trata de la revocación de actos de carácter particular y concreto y el 74 señala el procedimiento para la revocación de actos de carácter particular y concreto.

3. El demandante cita en primer lugar como violado por el acto de elección enjuiciado, el artículo 71 del Código Contencioso Administrativo, cuyo tenor es el siguiente:

> *"Oportunidad.* La revocación deberá cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se haya acudido a los tribunales contencioso administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda".

Alega que él mismo presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Cesar contra el primer acto de elección de 4 de octubre de 1986 (Acta número 004) en proceso que cursa ante este organismo y que ya se había admitido la demanda (30 de octubre de 1986) cuando se produjo la revocación del segundo acto eleccionario de 10 de noviembre y por ello el acto de revocación deviene ilegal al tenor del artículo 71 pretranscrito del Código Contencioso Administrativo, y por ello "el acto de elección que se demanda en este escrito, no podía efectuarse".

Se observa:

El sentido y alcance del artículo 71 es muy claro al establecer que el acto de revocación, de actos creadores tanto de situaciones generales y objetivas como de situaciones particulares y subjetivas puede realizarse en cualquier tiempo, con la única limitación consistente en que si se ha ocurrido ante la justicia contencioso administrativa, aquello sólo podrá hacerse mientras no se haya pronunciado el auto admisorio de la demanda, pues, en este caso será esta jurisdicción la que decida sobre la nulidad o validez del acto correspondiente.

En esta hipótesis de excepción pierde competencia la Administración para revocar sus propios actos y la aprehenden los Tribunales Administrativos. Serán estos quienes dirán en definitiva si los actos controvertidos se ajustan o no al ordenamiento jurídico para declarar o no su validez.

Nótese que la oportunidad de revocación comentada se retrotrajo al primer acto procesal del Juez de admisión de demanda, cambiándose la que traía el artículo 72 del Decreto 2733 de 1959 que la llevaba hasta el último, esto es, "siempre que no se haya dictado sentencia definitiva".

El caso *sub lite* precisamente contempla la modalidad de haber la Asamblea revocado sin competencia para ello el primer acto de elección pues, como se dijo, para la fecha de tal revocación (y del subsiguiente segundo acto de elección) la demanda contra dicho primer acto había sido aceptada por el Tribunal Administrativo del Cesar, luego en tales condiciones se violó el artículo 71 del Código Contencioso Administrativo y de contera, ante la imposibilidad jurídica de producir tal revocatoria no era dable tampoco efectuar la segunda elección.

Habrá entonces de anularse el acto acusado en su integridad, esto es, en cuanto revoca el primero de 4 de octubre de 1986 y a su vez elige al Contralor General y Auditor General Interno del Departamento del Cesar por segunda vez.

Sobre el presente tema debe precisar la Sala que si bien es cierto que aparentemente el demandante impugnó, de la sesión de 10 de noviembre de 1987, la elección propiamente dicha (segunda), empero debe concluirse de la interpretación lógica y sistemática que hace de los hechos de la demanda que implícitamente se enjuicia también el acto de revocatoria aparejado al susodicho acto de elección, porque es presupuesto para anular este último la improcedencia de tal revocatoria.

Dicha segunda elección bajo ningún respecto corresponde a actuación independiente y autónoma, sino que por el contrario su invalidez está supeditada a la de la revocación, que al devenir ilegal transmite este vicio a la elección subsiguiente.

Obsérvese como demostración irrefutable de lo expuesto, que el actor hace girar la nulidad alegada de la segunda elección en el artículo 71 del Código Contencioso Administrativo sobre la oportunidad para revocar actos administrativos, para deducir que al no haberse observado ésta la revocatoria carece de eficacia y de eficacia también la elección que se produjo a continuación.

Prosperarán así las súplicas de la demanda.

Como el primer acto de elección de 4 de octubre de 1986 (Acta número 004) se encuentra *sub júdice* ante el Tribunal Administrativo del Cesar, consecuente con los hechos y razonamientos jurídicos precedentes, habrá de estarse en cuanto a su validez o no, a la decisión que profiera dicho organismo.

No es el caso por tanto de ordenar a la Asamblea otra elección como consecuencia de la nulidad que en esta providencia se declara, porque aún está por definirse judicialmente, como se dijo, la legalidad de la primera elección.

4. Alega en segundo término la demanda la violación por el acto acusado del artículo 25 de la Ordenanza 004 de 1977 de la Asamblea Departamental del Cesar, en armonía con los artículos 59, 60 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal.

Aunque resultaría superfluo entrar a estudiar este segundo cargo por haber prosperado las súplicas de la demanda concretadas en el cargo anterior, debe anotar la Sala que tampoco por insuficiencia del texto de la Resolución 004 de 1977 allegada al proceso sería posible entrar a su consideración (fls. 54 a 76), dado que no aparece su primera página en donde debe figurar el enunciado de dicho acto del cual se establezca su objeto. Se echan de menos también sus tres primeros artículos.

De todos modos, aún teniendo en cuenta el artículo 25 señalado como transgredido, se llegaría a la conclusión de la negativa del cargo, por estas razones:

Dispone el artículo que "para la elección del Contralor General del Departamento se requiere señalamiento de fecha, previa proposición aprobada por la Corporación y no podrá llevarse a cabo sino pasados tres (3) días del acto aprobatorio de la proposición. La elección que haga la Asamblea contrariando este término será nula y no producirá efectos legales".

Sostiene el actor que el quebranto del artículo 25 se produce porque se fijó nueva fecha para la elección "sin darse la revocación". Una vez ocurrida ésta sí podrá fijarse la fecha para esa elección.

Observa la Sala que en primer lugar la norma no se aplica al Auditor General Interno, luego no podría considerarse respecto de este funcionario.

En segundo término, que en el evento *sub lite* se habría dado cumplimiento al texto en cuestión, porque cabalmente el 5 de noviembre de 1986 la Asamblea fijó para el 10 de noviembre la realización de la segunda elección, esto es, con la antelación de 3 días pregonada por aquél.

Simplemente sucedió que como decisión previa a la segunda elección se procedió a la revocación del acto anterior, como cuestión de rigor lógico procedimental.

Por último responde la Sala a los interrogantes del Tribunal así: La acción electoral es pública y por ello puede ejercerla cualquier persona, sea el actor en el presente proceso u otra.

De ello se seguiría que si en la segunda elección se hubiera escogido a personas diferentes de los señores Carlos Oyaga Quiroz y Evert Mendoza Acosta también podría demandar cualquier persona y claro está ellos mismos si en su caso concreto se consideraran afectados en sus derechos.

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

Falla:

Primero: Revócase la sentencia apelada.

Segundo: Declárase la nulidad del acto de elección expedido por la Asamblea Departamental del Cesar, de los señores Carlos Oyaga Quiroz y Evert Mendoza Acosta para las posiciones de Contralor General del Departamento del Cesar y Auditor General Interno de la misma Contraloría, en su orden, para el período de 1º de enero de 1987 a 31 de diciembre de 1988, llevado a cabo el diez (10) de noviembre de 1986 y del cual da fe el Acta número 0019 de la misma fecha, tanto en lo que respecta a la revocatoria de la elección de cuatro (4) de octubre de 1986 realizada por la misma Asamblea y contenida en el Acta número 004 de la misma fecha, como en lo relacionado con la nueva elección.

Tercero: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente providencia se discutió y aprobó en sesión de Sala de veintidós (22) de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Gaspar Caballero Sierra, Carmelo Martínez Conn,* Con salvamento de voto; *Simón Rodríguez Rodríguez, Joaquín Vanín Tello, Jorge Valencia Arango.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO DE ELECCION (Salvamento de voto).

1. Sentido y alcance del artículo 71 del Decreto 01 de 1984. Actos particulares y actos generales.

2. Término dentro del cual debe revocarse. Requisitos cuando el acto a revocar es particular.

Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.— Bogotá, D. E., veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y ocho.

Salvamento de voto del Consejero de Estado *doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente E-111.

Presento, respetuosamente, las razones de mi disentimiento con la opinión mayoritaria.

La demanda se funda principalmente en la violación del artículo 71 del Decreto 001 de 1984, conocido como Código Contencioso Administrativo, por cuanto esta norma prohíbe revocar un acto de la Administración Pública, cuando ha sido demandado y admitida la demanda. El artículo expresa literalmente:

Artículo 71. Oportunidad. "La revocación podrá cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se haya acudido a los Tribunales Contencioso Administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda".

En relación con la revocatoria directa de un acto administrativo, es necesario distinguir si se trata de un acto creador de situaciones generales y abstractas, o si se trata de uno creador de una situación particular y concreta.

En el primer caso, es claro que es posible revocarlos con la sola limitación que imponga la ley. Si el acto ha creado una situación particular y concreta, como sería el caso de una elección o de un nombramiento, por ejemplo, cabe hacer una distinción: Si se pide la nulidad de un nombramiento o elección, la acción es electoral y en este caso hay un interés público o general cuya preservación nos interesa a todos. Por tanto, el juicio debe proseguir aun cuando el acto se hubiere revocado con autorización del beneficiado, por el carácter público de la acción electoral que persigue la preservación del orden jurídico. Sin embargo, y a pesar del carácter público de la

acción electoral, el juicio admite desistimiento con la aceptación del Ministerio Público, según el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, inciso final.

No ocurre lo mismo cuando la causa de la revocatoria es la contemplada en el tercer numeral del citado artículo 69, porque en este caso, el acto de la administración ha afectado un interés particular y la revocatoria sólo puede hacerse con su consentimiento, según los términos del artículo 73 del mismo Código que reglamenta lo relacionado con la revocación de un acto de carácter particular y concreto, que estatuye sobre el particular en el primer inciso: Artículo 73. Revocación de actos de carácter particular y concreto. "Cuando un acto administrativo haya creado una situación de carácter particular y concreto o revocado un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular".

En el caso que ocupa la atención de la Sala y conforme a las constancias del proceso, la Asamblea del Departamento del Cesar eligió en la sesión del cuarto (4) de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986), como consta en la copia del Acta número 004, visible a folios 79 a 91, al doctor Carlos Oyaga Quiroz, Contralor General del Departamento del Cesar y al doctor Evert Mendoza Acosta, Auditor General Interno de la Contraloría General de ese Departamento, elección que creó una situación individual y concreta en estas personas, la que fue objeto de demanda por el procedimiento electoral, para que se anulara dicha elección, por el doctor Eliécer Meneses Lopera, quien según afirma, es Abogado y Diputado en dicha Asamblea. Iniciado el proceso, los doctores Oyaga Quiroz y Mendoza Acosta, en carta fechada en Valledupar el 5 de noviembre siguiente y dirigida al doctor Evelio Daza Daza, Presidente de la Asamblea Departamental del Cesar, le expresan conjuntamente que "autorizamos a la honorable Asamblea para que revoque el acto de fecha octubre cuatro (4) del año en curso, mediante el cual se eligió a Carlos Oyaga Quiroz en el cargo de Contralor General del Departamento del Cesar a (sic) Herbert Mendoza Acosta en el cargo de Auditor General Interno ante la Contraloría". "Lo anterior, a fin de que se subsanen los posibles vicios de nulidad de que podría adolecer el mencionado acto" (fl. 7).

En la sesión de la honorable Asamblea del Departamento del Cesar verificada el cinco (5) de noviembre del mismo año, cuyos pormenores pueden leerse en el acta de la Asamblea Departamental del Cesar número 0018, se procedió a señalar la fecha de diez (10) del mismo mes a partir de las nueve (9) de la mañana para proceder a la elección del Contralor General del Departamento y Auditor General Interno de la Contraloría del Cesar para el período legal que se inicia el primero (1º) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986) y termina el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988). Según el relato que se hace en el Acta número 0019 de noviembre diez (10) de mil novecientos ochenta y seis (1986), el Presidente de la Asamblea informó que el día cinco (5) de noviembre se recibió una carta dirigida a la Presidencia y suscrita por los doctores Carlos Oyaga Quiroz y Herbert Mendoza Acosta en la cual autorizan a la Asamblea para revocar el acto administrativo por el

cual fueron elegidos como Contralor General del Departamento y Auditor Interno de la Contraloría General respectiva, ordenando que se diera lectura a la citada comunicación y posteriormente en la misma sesión se hizo elección la cual recayó en las mismas personas y para los mismos cargos, previa la revocatoria de la elección anterior.

Así las cosas, no aparece que se hubiera dado la violación del artículo 71 del Código Contencioso Administrativo, como se afirma en la demanda, puesto que la revocatoria de la elección de los doctores Carlos Oyaga Quiroz y Herbert Mendoza Acosta, para los cargos de Contralor General del Departamento y Auditor General de la misma Contraloría, se hizo previa autorización de los beneficiados con la elección, todo conforme a la prescripción del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo. Además se observa que tampoco el actor demandó la nulidad de la revocatoria de la elección anterior, sino la nueva elección, como bien lo anota el señor Agente del Ministerio Público doctor Euclides Londoño Cardona; por tanto, no puede decirse que exista demanda tácita del acto de revocatoria porque la nueva elección demandada tiene íntima relación con la revocatoria de la primera.

Alega el actor la violación del artículo 25 de la Ordenanza 004 de 1977 expedida por la Asamblea Departamental del Cesar, en concordancia con los artículos 59, 60 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal y del artículo 149, numeral 2 de la citada Ordenanza 004 de 1977, haciendo consistir la violación del artículo 25 de la Ordenanza 004 de 1977, en la inobservancia del término en la misma para la elección.

El artículo cuya violación se acusa como fundamento de la demanda expresa: "Para la elección de Contralor General del Departamento se requiere el señalamiento de fecha, previa proposición aprobada por la Corporación y no podrá llevarse a cabo sino pasados tres (3) días del acto aprobatorio de la proposición. La elección que haga la Asamblea contrariando este término será nula y no producirá efectos legales" (ver fl. 60).

Ya se vio que en la sesión de la Asamblea Departamental del Cesar efectuada el día cinco (5) de noviembre de 1986 (fl. 6), se aprobó la proposición número 02 por la cual se fijó la fecha del día diez (10) de noviembre siguiente para verificar la elección de Contralor General del Departamento y Auditor Interno de la Contraloría General del Departamento, es decir, que la fecha y la hora (9 a.m.), fue señalada con cinco días de antelación, luego, no hubo violación de esta norma. Y tampoco lo hubo de los artículos 59, 60 y 61 y del Código de Régimen Político, porque este Código dejó de tener vigencia desde la promulgación del Decreto número 1222 de abril 18 de 1986, por el cual se expidió el Código de Régimen Departamental y del Decreto número 1333 de abril 25 de 1986, que contiene el Código de Régimen Municipal. Además, los artículos 59, 60 y 61 del Decreto 1222 de 1986 tratan de materias diferentes.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

CONCEJALES SUPLENTES.—

Regulación contenida en el artículo 72 del Decreto 1333 de 1986, sobre cuándo ellos podrán actuar válidamente.

Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.— Bogotá, D. E., siete de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número E-141. Actor: Tito Edmundo Rueda Guarín. Electoral. Recurso de apelación contra el auto de 5 de febrero de 1988 proferido por el Tribunal Administrativo de Santander. Que decretó la suspensión provisional del acto de elección del Tesorero Municipal de Barbosa. Auto.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandado José Aisnardo Vargas Ariza contra el auto de 5 de febrero de 1988 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Santander, por el cual se suspendió provisionalmente el acto de elección como Tesorero de Barbosa recurrida por el citado apelante.

La decisión de instancia se fundó en el hecho de que aparecía probado que en la elección habían intervenido dos suplentes sin autorización de los principales, y que tal circunstancia configuraba violación al artículo 72 del Decreto 1933 de 1986.

La impugnación:

La impugnación de la demanda admite como hecho cierto que la elección del señor José Aisnardo Vargas Ariza ocurrida el día 13 de diciembre de 1987, durante las sesiones extraordinarias del Concejo de Barbosa se produjo con participación de los concejales suplentes Oscar de Jesús González Celis y Ramón Saavedra Pinzón, y de los principales Benjamín Gómez Pinzón, Gustavo Zuleta Rodríguez y Edgar Gabino Pardo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 58 y siguientes del reglamento de la Corporación, por lo que, interpretándolo, estima que no hubo violación del artículo 72 del Decreto 1333 de 1986.

Al sustentar la alzada el apoderado del demandado sostuvo que la intervención de los concejales suplentes se ajustó al reglamento interno de la Corporación, y que por tanto se respetó lo dispuesto en el Decreto-ley 1333 de 1986, y en la Ley 49 de 1987.

Para resolver se considera:

1. La Sala entiende que la elección de Tesorero, correspondía al Concejo, en virtud de lo dispuesto por el parágrafo transitorio del artículo 5º de la Ley 49 de 1987.

2. Si bien encuentra que en la elección de Tesorero podían intervenir, según el Reglamento del Concejo, los suplentes, tal disposición se halla modificada por el artículo 72 del Decreto 1333 de 1986, a cuyas voces, mientras los Concejos expidan los reglamentos internos, "los Concejales suplentes sólo podrán actuar válidamente cuando se presente la vacancia transitoria o absoluta, o la ausencia temporal del respectivo concejal principal y esta circunstancias se compruebe documentalmente ante el secretario del Concejo", por lo que ha de admitirse que en este aspecto la norma vigente es la legal transcrita parcialmente y no las que al respecto tuvieren establecidos los Concejos que han sido derogados en cuanto contradigan el precepto mencionado.

3. Dentro del proceso aparece establecido que la elección del señor José Aisnardo Vargas Ariza se produjo con el voto de 5 concejales de los 8 que integran la corporación edilicia y que de esos 5, 2 eran suplentes, quienes no habían sido autorizados para participar en las sesiones por sus respectivos principales.

No estima la Sala necesarias otras consideraciones para deducir que al elegir al señor José Aisnardo Vargas Ariza como Tesorero del Concejo de Barbosa se violó flagrantemente el artículo 72 del Decreto extraordinario número 1333 de 1986, por lo cual, el proveído de instancia habrá de ser confirmado.

Por lo brevemente expuesto la Sala Contenciosa Electoral,

Resuelve:

Confírmase el auto de 5 de febrero de 1988, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio del cual se decretó la suspensión provisional de la elección de Tesorero Municipal de Barbosa.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Clara Forero de Castro, Antonio José de Irisarri Restrepo,* Ausente; *Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Luis Antonio Alvarado Pantoja, Alvaro Lecompte Luna, Jorge Valencia Arango,* Ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

ACTO ADMINISTRATIVO DE NOMBRAMIENTO YA COMUNICADO.—

Imposibilidad de nuevo nombramiento y para ese mismo cargo, sin previa declaración de nulidad de la elección primera.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., ocho de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 727. Actor: Eduardo Martínez Bustamante.

El señor Eduardo Martínez Bustamante en ejercicio de la acción de plena jurisdicción solicitó al Tribunal Administrativo del Magdalena la nulidad de la elección del Tesorero Municipal de Santa Marta verificada por el Concejo el 17 de noviembre de 1983 y recaída en el señor Manuel Bustamante Molina, así como la notificación de este nombramiento hecha el 28 de noviembre de 1983 y el acto de posesión de 2 de febrero de 1984.

Como consecuencia de la anterior nulidad pidió el reintegro al cargo de Tesorero y el pago de sueldos, gastos de representación, primas, vacaciones y demás emolumentos dejados de devengar desde el 2 de febrero de 1984 cuando fue reemplazado y hasta cuando se produzca el reintegro, sin solución de continuidad.

El Tribunal Administrativo del Magdalena mediante sentencia de 22 de enero de 1985 resolvió favorablemente las súplicas de la demanda, sentencia que según certificación que obra al folio 1, fue sometida al grado jurisdiccional de consulta.

Reconstruido el expediente por auto de 26 de enero de 1987, quedó en estado de proferir sentencia, a lo cual se procede mediante las siguientes

Consideraciones:

Se advierte en primer término, que el único elemento de juicio con que se cuenta es la sentencia del *a quo*. Por tanto es necesario partir de la base de que los hechos que en ella se dan por probados en efecto lo fueron y que las disposiciones que en la demanda y su corrección se citaron como violadas son las que menciona el fallo del Tribunal.

Es decir, que al desatar la consulta sólo es posible examinar la interpretación y aplicación que de tales normas hizo el Tribunal al caso concreto.

Es este uno de aquellos que inexplicablemente dan lugar los Concejales que en vez de velar por los intereses del Municipio asumen actitudes abiertamente contrarias a ellos al extralimitarse en el ejercicio de la función que la Constitución les confió.

Da cuenta la sentencia de que el señor Eduardo Martínez Bustamante fue elegido por el Concejo Municipal en su sesión de 5 de noviembre de 1983, Tesorero del Municipio de Santa Marta para el período comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1984.

Que tomó posesión del cargo y lo ejerció hasta el 1º de febrero de 1984, porque el día 2 el Alcalde dio posesión a un nuevo Tesorero elegido también por el Concejo el 17 de noviembre de 1983.

El Tribunal con base en el artículo 164 del Código de Régimen Político y Municipal que prohíbe revocar nombramientos ya comunicados anuló la elección demandada y accedió a las súplicas del actor, haciendo estas consideraciones:

"Reza la norma en cuestión: 'Aprobado un proyecto o resolución cualquiera, puede ser considerado y modificado y anulado, pero no se pueden revocar nombramientos ya comunicados, y cuando se trate de un acuerdo la revocación tiene que ser por medio de otro'.

"Evidentemente, con los elementos de juicio que obran en autos queda acreditado que el día cinco (5) de noviembre del año de 1983 fue elegido por el honorable Concejo Municipal de Santa Marta el doctor Eduardo Martínez Bustamante para el cargo de Tesorero Municipal de esta ciudad, nombramiento que le fue comunicado mediante Oficio número 313 de noviembre 5 de 1983 que obra a folio 25 del expediente y para el período comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1984, no pudiendo por consiguiente el honorable Concejo Municipal, conforme al mandato de la norma transcrita, revocar el nombramiento recibido en el doctor Martínez Bustamante.

"Por consiguiente la determinación posterior de la honorable Corporación de nombrar para el mismo cargo al doctor Manuel Bustamante Molina es violatoria del ordenamiento legal invocado, siendo por este concepto procedente las peticiones que encierra el libelo de demanda, pues, había agotado el honorable Concejo su capacidad nominadora con el nombramiento o elección de Tesorero recaído en el doctor Eduardo Martínez Bustamante. Habría sido necesario primero la declaratoria de nulidad de esta elección por parte del Tribunal Contencioso Administrativo, previa presentación de la correspondiente demanda, o que por otro motivo se hubiera producido la vacancia del cargo mencionado, para que el honorable Concejo Municipal de Santa Marta recuperara su capacidad nominadora de la cual se había despojado.

"No se accederá a ordenar el reintegro al cargo del doctor Martínez Bustamante por haberse vencido ya el período para el cual fue elegido".

Estima la Sala que son acertadas tales apreciaciones pues el nombramiento ya había sido comunicado cuando se produjo el segundo; y estando en vigencia, la facultad de elegir había sido agotada.

Tratándose de una reconstrucción y no contando con elementos de juicio que conduzcan a solución distinta, se impone confirmar la sentencia en cuanto anuló la segunda elección de Tesorero del Municipio de Santa Marta para el período comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1984 y restableció el derecho del actor, mas no en cuanto se refiere a la nulidad de otros actos que no se individualizan, no fueron acusados, o que corresponden a trámites que pierden su eficacia al anularse la designación.

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:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 22 de enero de 1985, dentro del proceso iniciado por el señor Eduardo Martínez Bustamante, salvo en la parte del numeral 1º que dice: "...así como todos los actos o resoluciones expedidos también por la misma Corporación edilicia, revocando el nombramiento del doctor Eduardo Martínez Bustamante o destituyéndolo y ratificando o confirmando el del doctor Manuel Bustamante Molina o nombrándolo en interinidad".

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión realizada el día 3 de junio de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO.—

Las credenciales de miembro a Corporación administrativa no tienen dicho carácter.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., veintitrés de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente número 0165. Electoral. Recurso de apelación contra la providencia de abril 27 de 1988, dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío, por la cual se denegó la petición de suspensión provisional del acto referente a la elección de dos Concejales del Municipio de Armenia, período 1988-1990. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Dentro de la oportunidad prevista por la ley para ello, el ciudadano José Jesús Laverde Ospina, parte actora dentro del proceso de la referencia, interpuso recurso de *apelación* para ante esta Corporación contra la providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío, fechada el veintisiete (27) de abril de 1988, por medio de la cual, al admitirse la demanda, se denegó la solicitud de suspensión provisional "de las *credenciales* expedidas a favor de la señora Patricia Castaño B. y Bernardo Naranjo Giraldo, como Concejales principal y suplente en el segundo renglón de la lista que encabezara el doctor Rogelio González Ceballos para el Concejo Municipal de Armenia Quindío".

El recurso impetrado por el actor fue concedido, en el efecto diferido, por el Tribunal indicado mediante proveído del diecinueve (19) de mayo de 1988, y corresponde ahora decidirlo de plano a esta Corporación, como lo prescribe la ley, previas las siguientes consideraciones:

I. *La petición de suspensión provisional.* La petición de "suspensión provisional" la formula el actor en su libelo, en los siguientes términos:

"Peticiones:

"1. En busca de que sea conservado el orden jurídico, con todo respeto solicito al honorable Tribunal Contencioso Administrativo se digne decretar la suspensión provisional de las *credenciales* expedidas a favor de la señora Patricia Castaño B. y Bernardo Naranjo Giraldo,

como Concejales principal y suplente en el segundo renglón de la lista que encabezara el doctor Rogelio González Ceballos para el Concejo Municipal de Armenia Quindío".

II. *La regulación legal del contencioso electoral.* El Decreto-ley 01 de 1984 (C. C. A.) contiene las siguientes normas en cuanto hace relación al objeto o finalidad de la acción contenciosa electoral, modalidad de la denominada acción de nulidad, que son indispensables tener en cuenta al elaborar la demanda y la petición de suspensión provisional sea que esté contenida en la propia demanda o que se formule por medio de escrito separado, a saber:

a) Artículo 227. *Posibilidad de ocurrir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*

"Podrá cualquier persona ocurrir en demanda directa por la vía jurisdiccional contra los *actos* de las corporaciones electorales para que se anulen, o se rectifiquen, modifiquen, adicionen o revoquen *las resoluciones* de esas corporaciones electorales por medio de las cuales se declare indebidamente alguna nulidad, o se computen votos a favor de ciudadanos que constitucional o legalmente no sean elegibles, o se hubiere dejado de computar un registro, o se haya alterado o cambiado el nombre de uno o varios candidatos" (subrayado fuera de texto);

b) Artículo 228. *Nulidad de la elección y cancelación de credenciales.*

"Cuando un candidato no reúna las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo, fuere inelegible o tuviere algún impedimento para ser elegido, podrá pedirse ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo *la nulidad de la elección* hecha en favor de ese candidato *y la cancelación de la respectiva credencial*" (subrayado fuera de texto);

c) Artículo 229. *Individualización del acto acusado.*

"Para obtener la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio *deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara,* y no los cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a estos" (se subraya).

Y concordantes con ellos, los artículos 137 y 138 del mismo Estatuto preceptúan: *"Toda demanda* ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al Tribunal competente y contendrá: ...2. Lo que se demanda...; cuando se demande la *nulidad de un acto* se individualizará éste con toda precisión..."

De acuerdo con ello, el objetivo de toda acción de nulidad —y se repite la electoral es una modalidad de ella— es obtener la declaratoria de nulidad de un acto administrativo que quebranta el orden jurídico, o sea, la nulidad de la manifestación de voluntad administrativa creadora de situaciones jurídicas, generales o individuales, y de consiguiente, el objetivo de la solicitud o petición de suspensión provisional, acción accesoria a aquella, también será la de obtener que los efectos de un acto administrativo —el acusado que debe

guardar identidad o similitud con el que se pretende que se suspenda provisionalmente en sus efectos y no puede ser uno distinto— se dejen en suspenso mientras se tramita el proceso y se decide sobre su nulidad o conformidad con el ordenamiento jurídico.

De modo que, desde un punto de vista estrictamente procesal, no es viable jurídicamente que se solicite la declaratoria de nulidad de un acto administrativo determinado, vale decir, por ejemplo, el acto por medio del cual una corporación electoral declare legalmente elegidas a unas personas para ciertos cargos de elección popular, y que al solicitar la medida accesoria de suspensión provisional ordinaria —denominada por algunos así para distinguirla de la denominada suspensión provisional en prevención que por lo general es acción autónoma, según recientes decisiones jurisprudenciales de esta Corporación—, se impetre la suspensión de otro acto jurídico administrativo diferente al demandado, o la de una simple constancia de que, en virtud del acto administrativo de declaratoria de elección, se entra a ostentar el cargo de Senador, Representante, Diputado, Consejero o Concejal, durante determinado período constitucional y por determinada Circunscripción Electoral, vale decir, la credencial que se expide por la corporación electoral para que el elegido pueda demostrar y hacer valer su condición de Senador, Representante, Diputado, Concejal, etc.

III. *La viabilidad o procedencia de la suspensión provisional solicitada por el actor en su libelo.* Hechas las anteriores precisiones, y habiéndose visto que el accionante en su escrito no solicitó la suspensión provisional del acto administrativo electoral cuya nulidad solicita en la demanda, o sea, la resolución de la corporación electoral por medio de la cual, conforme a los escrutinios efectuados por ella, se declaró electos como concejales, principal y suplente, a los señores Castaño Barroso y Naranjo Giraldo, para el período constitucional de 1988-1990, sino de *las credenciales* que se ordenaron expedir a las mismas personas como consecuencia de los escrutinios efectuados, debe llegarse a la indubitable conclusión de que hubo petición de modo indebido, y que no le es dable a esta Corporación —como tampoco lo era al Tribunal de instancia hacerlo— entrar a considerar la petición de suspensión provisional, más si se tiene en cuenta, como se deduce de lo antes expresado, que la *credencial* que expiden las corporaciones electorales no son acto administrativo.

Por lo anteriormente expuesto, habrá de confirmarse la providencia apelada, aun cuando por razones diferentes a las expuestas por el *a quo*.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado no quiere dejar pasar la oportunidad de expresar la siguiente observación: Las alteraciones, enmendaduras o tachaduras que, según los documentos que se aportaron al proceso en fotocopia autenticada, figuran en las actas de escrutinios de los jurados de votación que se levantaron con motivo de las elecciones de 13 de marzo de 1988, en las cuales el actor fundamenta su petición de nulidad de la decisión de declarar elegidas a determinadas personas y la de suspensión provisional de las *credenciales* a ellas expedidas, legalmente no es dable establecerlas en el proceso —y mucho menos para fundar la solicitud de suspensión

provisional— con fotocopias autenticadas de los documentos electorales originales. La prueba idónea en esos casos de alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas, o de falsedad, es el original de dichos documentos aportados al proceso.

Por lo brevemente expuesto, el Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Quinta,

Resuelve:

Confirmar, aun cuando por razones diferentes a las expuestas en ella, la providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío, con fecha abril veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y ocho (1988), en cuanto por ella se denegó la petición de suspensión provisional solicitada en este proceso por el señor José Jesús Laverde Ospina.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen una vez ejecutoriada esta providencia.

La presente decisión fue estudiada, discutida y aprobada en Sala en sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente de la Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

TITULO VII

REVISION DE IMPUESTOS

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL.—

Impuestos de Industria y Comercio, poder impositivo del legislador. Atribuciones subsidiarias y condicionadas de los Departamentos y de los Municipios en esta materia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 1505. Actor: Bavaria S. A. Apelación de la sentencia de 22 de agosto de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Nulidad de las Resoluciones números 2057 de noviembre 2 de 1979 y 527 de 16 de julio de 1982 proferidas por la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Distrito Especial de Bogotá, contra la sentencia de 22 de agosto de 1986, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, por la cual se declaró la nulidad de las Resoluciones 2057 de 2 de noviembre de 1979 y la confirmatoria número 527 de 16 de julio de 1982, ambas de la Junta Distrital de Hacienda y por las cuales se le negó a la demandante Bavaria S. A. la exención a que alegó tenía derecho en cuanto a la obligación de pagar el impuesto de Industria y Comercio.

A. Antecedentes:

La sentencia apelada

1. Según el fallo de instancia, con apoyo en las Leyes 88 de 1928 (art. 21), Decreto-ley 190 de 1969 (art. 21), Decreto 294 de 1969 (art. 11) y 171 (inc. 9) del Código de Régimen Político y Municipal, la sociedad Bavaria solicitó el 11 de julio de 1978 a la Junta Distrital de Hacienda se reconociera "que no es ni ha sido sujeto pasivo del impuesto de Industria y Comercio y demás gravámenes complementarios".

2. La Junta Distrital denegó las pretensiones de la interesada, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 183 de la Constitución, tal como se concibió en la reforma constitucional de 1968, según el cual quedaba prohibido al Gobierno Nacional conceder exenciones de los impuestos Municipales y Departamentales, según se dijo en

fallo de marzo de 1972 de la Corte Suprema de Justicia; entendió la Junta que tal prohibición se extendió al poder Legislativo, incluyendo, obviamente a esta rama del poder Público dentro del concepto de Gobierno, utilizada por la disposición constitucional citada.

Para no acceder a las peticiones de la actora, la Junta aplicó con relación a las normas legales antes enunciadas, la excepción de inconstitucionalidad.

Al resolver el recurso de reposición, dijo el Distrito Especial de Bogotá que la Ley 29 de 1963 había derogado todas las exenciones anteriormente establecidas y sólo dejó subsistente la prohibición de que los entes descentralizados gravarán la producción primaria agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios, y se apoyó para ello en fallos de esta Corporación, como el de 5 de octubre de 1981.

Igualmente invocó en su favor el concepto de 16 de abril de 1980 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el cual, con ponencia del consejero doctor Jaime Paredes Tamayo, se sostuvo que no podían ni el legislador ni el ejecutivo, conceder exenciones respecto de impuestos municipales.

Estimó la administración que el Decreto-ley 190 de 1969, al disponer que se prohibía a las entidades territoriales gravar la fabricación de cerveza, desbordó las facultades otorgadas al ejecutivo por el artículo 2º de la Ley 48 de 1968, a cuyo tenor podía establecer la base imponible de las tarifas de impuesto, la participación del Distrito Especial de Bogotá, y la destinación del producto del impuesto sobre las distintas entidades territoriales.

De consiguiente, igual irregularidad predica del Decreto reglamentario 294 de 1969.

La sentencia consideró que las facultades de los concejos a que se refiere el artículo 187 de la Constitución se refieren "al patrimonio fiscal y al beneficio producido y no a la facultad impositiva", de allí la expresión "bienes y rentas".

Estima que la limitación en cuanto a exenciones se refiere al Gobierno y no al legislativo, y que los tributos una vez recaudados se convierten en rentas, en bienes, y de ahí se deriva la potestad financiera a disponer del producido del impuesto, que no puede confundirse con la potestad tributaria.

Como en el caso de autos se trata —sostiene el fallo— de un producto sobre el cual pesa un gravamen nacional, y existen las disposiciones que prohíben a los entes territoriales descentralizados imponer sobre esos mismos productos otros gravámenes, concluye que los actos acusados deben anularse.

3. En el alegato de apelación sostuvo la administración los esenciales argumentos expuestos con ocasión de la expedición de los actos acusados y en la instancia tribunalicia; añade que las normas de los Decretos-ley 190 de 1969 y del Decreto 294 de 1969, se hallan hoy

derogados por la Ley 14 de 1983, que determinó de manera exacta y concreta las actividades que no pueden ser objeto de gravamen por los Departamentos y Municipios.

Segunda instancia

1. Con motivo del traslado para alegar en la segunda instancia, el Distrito Especial repitió las alegaciones ya reseñadas.

2. La parte demandante juzgó quizás innecesario formular alegatos en esta instancia.

3. *El concepto fiscal.*

La señora Fiscal Sexta de esta Corporación es de parecer que se confirme la sentencia apelada; para llegar a esa conclusión estima que el Decreto 190 de 1969 no puede considerarse inconstitucional, pues la prohibición que establece el artículo 183 de la Constitución se refiere al poder Ejecutivo y no al legislativo, por lo cual bien podía el legislador extraordinario autorizar la ejecución denegada por la administración.

B. Consideraciones

Para resolver se considera:

La autonomía de los Departamentos y Municipios.

1. Los antecedentes constitucionales.

Triunfante la rebelión de 1885, el texto normativo que culminó con la expedición de la Constitución de 1886 determinó, por fuerza de las cosas, que se anulara el principio de la soberanía de los Estados consagrados en la Constitución de 1863.

La Constitución de 1863 estableció en su artículo 8º ordinal 4º que los Estados se comprometían a no gravar con impuestos, antes de haberse ofrecido al consumo, los objetivos que fueran materia de impuestos Nacionales, además, el artículo 17, 3º otorgó al Gobierno General "el establecimiento, la organización, administración del crédito público y de las rentas nacionales", los agentes del gobierno General de la Unión en materia de Hacienda, entre otros, deberían ejercer sus funciones bajo la inspección de las autoridades propias de los Estados (art. 20, inc. 2º).

Sostiene, comentando estos principios, don José María Samper: "Uno de los mayores males que había ocasionado la Federación de Colombia (por cuanto los Estados eran soberanos), consistió en la facultad con que, aún a despecho de prohibiciones constitucionales las Asambleas Legislativas gravaban a la industria, el comercio y la vida misma de los pueblos con numerosos pechos y contribuciones..., este mal hubiera podido continuar, no obstante la supresión de los Estados Soberanos y la concentración de la Soberanía, si no se le

hubiese puesto remedio con una disposición constitucional"; el artículo 190 de la Constitución Nacional, "dio facultad a las Asambleas Departamentales para establecer las contribuciones necesarias, con el objeto de cubrir los gastos que cause la administración del respectivo departamento, pero con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley".

En relación con la capacidad impositiva de los municipios, el artículo 199 de la Constitución contempla las autorizaciones para votar en conformidad con las ordenanzas expedias por las Asambleas, las contribuciones y gastos locales, a lo que el señor Samper agregaba que todo ello dentro de la órbita de las leyes; se guardaba así armonía con lo previsto en los ordinales 3º y 11 del artículo 76, que autorizaba al Congreso por medio de leyes para conferir atribuciones especiales a las Asambleas Departamentales y establecer las rentas Nacionales y fijar los gastos de la administración, respectivamente.

Así las cosas, ha de concluirse que la base segunda de la Reforma de 1886, según la cual los "Estados o secciones en que se divide el territorio nacional, tendrán amplias facultades municipales, y los demás que fueren necesarias para atender al desarrollo de sus peculiares intereses y aditamento interno", no podía entenderse como el reconocimiento a estas entidades de una facultad impositiva inicial e incondicionada, sino derivada, sucedánea y limitada por la ley, para los Departamentos, intendencias y Comisarías y, ordenanzas para los Municipios.

El artículo 190 de la Constitución de 1886, que confirió a las Asambleas la facultad para establecer contribuciones para cubrir los gastos de la administración que les corresponden dentro de los límites que fije la ley, se ha mantenido hasta hoy.

El acto legislativo número 3 de 1910, en su artículo 50, estableció en el que es hoy el 187 de la actual codificación constitucional...

> "ARTICULO 50.— Los bienes y rentas de los departamentos así como los de los municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares. No podrán ser ocupadas estas propiedades sino en los mismos términos en que lo son las propiedades privadas. El Gobierno Nacional no podrá conceder exenciones de derechos departamentales ni municipales".

Bajo la vigencia de ese texto constitucional la jurisprudencia se orientó en el sentido de que las Asambleas y Concejos no detentaban facultad impositiva sino dentro del marco de la Constitución y de la ley y que el Gobierno, entendido como Rama Ejecutiva, no podía conceder exenciones sobre impuestos departamentales o municipales.

Subsistió, de todos modos latente la discusión acerca de si el legislativo podía otorgar exenciones respecto de derechos e impuestos correspondientes a los departamentos y municipios.

Por ello, en el proyecto del gobierno para reformar la Constitución, y que culminó con la expedición del acto legislativo número 1 de 1968 se precisa que "...tampocc podrán la ley ni el Gobierno conceder exenciones de impuestos o tasas departamentales o municipales,

ni imponer a favor de la Nación recargos sobre las rentas asignadas a los Departamentos y Municipios (Historia de la Reforma Constitucional de 1968, Imprenta Nacional, 1969, pág. 324).

En la ponencia para primer debate, respecto de ese proyecto, se dijo que "Robustecida también la tendencia descentralizadora, a que hemos hecho referencia, el proyecto en su artículo 7º, no limitándose a ratificar la disposición relativa a la intangibilidad de los bienes departamentales y municipales, sino prohibiendo a la ley y al Gobierno conceder exenciones de impuestos o tasas departamentales o municipales, ni imponer a favor de la Nación recargos sobre las rentas asignadas a los Departamentos y Municipios..." (*ibídem*, pág. 357).

El texto aprobado en la primera instancia y publicado por el Gobierno en el *Diario Oficial* fue del tenor siguiente:

> "...salvo lo dispuesto en las leyes vigentes, no podrán ni la ley ni el gobierno conceder exenciones de impuestos o tasas departamentales o municipales, ni imponer a favor de ninguna entidad distinta recargo sobre las rentas asignadas a los Departamentos y Municipios..."

El texto unificado que debatió el Senado fue concebido en los términos idénticos al de la primera vuelta y en la ponencia para primer debate en el Senado, dijo el ponente que "...El artículo como se presenta ahora es claro, fue redactado con base en las muy tinosas observaciones del representante Hernán Jaramillo Ocampo, del doctor Hernán Toro Agudelo y las propias ideas del ponente. De la simple comparación de los dos textos se deduce el sentido de la nueva redacción".

A pesar de que el ponente para segundo debate —en lo que al parecer apuntaba como comentario a este tema—, dijo que "la eliminación en lo futuro de toda tasa o impuesto de cualquier naturaleza sobre los bienes y rentas de los Departamentos y Municipios con origen en la ley o en disposición del Gobierno, es otra muestra de la política de descentralización", lo cierto es que el texto aprobado no incluyó la limitación al legislativo para otorgar exenciones sobre impuestos municipales o departamentales.

Por ello, a juicio de la Sala, el legislador sí tiene, a la luz de los antecedentes constitucionales y de los textos y doctrina, la facultad para conceder exenciones sobre impuestos.

2. Los desarrollos legales.

La Ley 97 de 1913, atribuyó al Consejo de Bogotá la facultad de crear libremente, entre otros, el impuesto de patentes sobre establecimientos industriales en los que se usarán máquinas a vapor o electricidad, gas o gasolina.

La Ley 88 de 1928 dispuso en su artículo 4º que los impuestos de consumo serían nacionales, "y el que grava las cervezas de producción nacional se elevará al doble de la tarifa que hoy rige", y el 21 previó que "los Departamentos y Municipios no podrán imponer gravámenes sobre la fabricación y consumo de las cervezas nacionales gravadas en la presente ley".

En tal virtud, la fabricación y consumo de las cervezas quedaron exentos de gravámenes municipales y departamentales.

Con la expedición de la Ley 29 de 1963 se estableció que los "impuestos de Industria y Comercio, creados por las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 como impuestos municipales, no podían ser objeto de exención o exoneración por ninguna entidad de los Municipios y del Distrito Especial de Bogotá y sólo quedaban vigentes las prohibiciones que consagraban las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946, sobre gravámenes a la producción primaria, agrícola y ganadera, y al tránsito de productos".

Por tener relación con el asunto materia de la litis es necesario recordar que el artículo 1º de la Ley 20 de 1946 dispuso que se prohibía a los Departamentos y Municipios gravar la producción y tránsito de los artículos allí mencionados, pero su artículo 2º admitió que la prohibición establecida en el artículo 1º no afectaba el impuesto predial, ni de los de degüello y bebidas alcohólicas y fermentadas, ni los derechos por plazas de mercados.

De tal suerte puede deducirse que la facultad de reconocer o de otorgar exenciones por concepto de industria y comercio quedó atribuida a los Concejos y al del Distrito Especial de Bogotá, a partir de la Ley 29 de 1963.

Posteriormente se dictó el Decreto 190 de 1969, de naturaleza legal, en virtud de las facultades conferidas al ejecutivo por la Ley 48 de 1968, por el cual ni los Departamentos, ni los Municipios, ni el Distrito Especial de Bogotá, podían imponer gravámenes sobre la fabricación, consumo y venta de cervezas nacionales, con lo cual se restableció la prohibición consagrada en el texto de la Ley 88 de 1928.

La Ley 48 de 1968 autorizó que se siguieran cobrando los impuestos sobre el consumo de cervezas de producción nacional establecidos por el Decreto-ley 1665 de 1966, y señaló al efecto los criterios que deberían tomarse en cuenta para aquel efecto; simultáneamente, en relación con esa materia, facultó al poder ejecutivo para establecer la base imponible, las tarifas del impuesto y la forma de pago, la fecha de su cobro, la participación del Distrito Especial y la destinación del producido del impuesto, así como su cesión a las entidades descentralizadas temporalmente.

La invocación que la jurisprudencia hace de la Ley 14 de 1987, para resolver el caso planteado es importante, pues el acto acusado y su confirmatorio fueron expedidos con anterioridad a ese nuevo ordenamiento legal que rige a plenitud hacia el futuro.

Con base en las anteriores facultades, el Gobierno Nacional expidió el Decreto-ley 190 de 1969, cuyo artículo 21 dispuso que "los Departamentos, las Intendencias y Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá, y los Municipios podrán imponer gravámenes sobre la fabricación de cervezas nacionales".

A su turno, el artículo 23 de este decreto-ley dispuso que el impuesto de consumo era un impuesto nacional cuyo producido se cedía a las entidades territoriales.

Afincado en la creencia de que tanto la Ley 48 de 1968, como el Decreto 190 de 1969, y a *fortiori* el 294 de 1969, son inconstitucionales, la administración distrital al expedir los actos acusados inaplicó aquellas disposiciones, para lo cual se fundó en el precepto del artículo 1873 de la Constitución Nacional el que, a su juicio, extiende la prohibición de conceder exenciones sobre impuestos departamentales y municipales al propio poder legislativo.

Se inspiró para ello en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de 14 de marzo de 1972, cuyas breves consideraciones fueron:

"El artículo 183 de la Constitución modificado por el 54 del Acto legislativo número 1 de 1968, en cuanto a la adición de su parte final, dice así:

" 'Los bienes y rentas de las entidades territoriales son de su propiedad exclusiva, gozan de las mismas garantías que la propiedad y rentas de los particulares y no podrán ser ocupados sino en los mismos términos en que lo sean la propiedad privada. El Gobierno nacional no podrá conceder exenciones respecto de derechos o impuestos de tales entidades'.

"El Decreto número 3073, fue expedido el 1º de diciembre de 1968, fecha a partir de la cual entró en vigor, según la disposición de su artículo 40. Es, pues, posterior a la enmienda de la Constitución. Es bien conocida la posición de la doctrina de la Corte en cuanto al alcance del texto constitucional transcrito, que se puede sintetizar en la afirmación de que los departamentos y municipios gozan de autonomía para el manejo de los bienes de su propiedad, dentro de los términos de la Constitución y de la ley. Y es como la capacidad impositiva de estas entidades territoriales se encuentra subordinada también a las limitaciones de los mencionados estatutos, pueden ejercerla atendiendo a ella para el mejor desarrollo de los servicios que están llamados a prestar. La parte final del modificado artículo 13 prohíbe al Gobierno Nacional conceder exenciones respecto de derechos o impuestos de los departamentos y municipios. La modificación consistió en incluir dentro de la prohibición las exenciones de impuestos, pues el precepto primitivo, que correspondía al 50 del Acto legislativo número 3 de 1910, sólo hablaba de 'derechos'. Desde un punto de vista puramente literal o formal, parece que el procurador general tuviera razón cuando estima que el texto se refiere sólo al Gobierno Nacional, mas no al Congreso, que por lo mismo cuando aquel actúa como podría hacerlo este, en ejercicio de facultades extraordinarias no es alcanzada por prohibición. Pero si se tiene en cuenta la atención del precepto, y la autonomía condicionada y constitucionalmente garantizada de que gozan departamentos y municipios para manejar sus bienes y rentas, se tiene en conclusión que el término 'Gobierno Nacional', empleado por el artículo 183, no pudo referirse a la Rama Ejecutiva cuando actúa en función administrativa, sino a los órganos que integran el complejo del Poder y que están dotados de atribuciones para dictar normas con vigor sobre todo territorio nacional, así como sobre la vida departamental y municipal. En este entendimiento el pre-

cepto guarda armonía con el artículo 55 de la Carta que señala las ramas del Poder Público y define sus atribuciones, y permite concluir que hoy para el solo aspecto estudiado, la noción del 'Gobierno Nacional' (art. 183) en armonía con el 43 de la Constitución Nacional se extiende al propio Congreso, pues de otra suerte le quedaría en libertad de proceder contra el texto del artículo 183, dando a los bienes y rentas de los departamentos y municipios un tratamiento incompatible con la autonomía que les ha sido reconocida. Debe recordarse, además, que en el presente caso el Gobierno obró investido de facultades extraordinarias que le fueron otorgadas conforme al artículo 76-12 de la Carta y que, por lo mismo, desde el punto de vista de la naturaleza de las disposiciones dadas, actuaba como hubiera podido hacerlo el Congreso, salvo las limitaciones que la ley de autorizaciones hubiera establecido.

"No hay duda de que, aunque desde el punto de vista técnico, enfocado hacia la organización de una entidad cuya función principal es cumplir la misión social de facilitar vivienda a miembros de las Fuerzas Militares, podría caber, una exención impositiva para hacer más moderada la carga económica del beneficiario, no así desde el aspecto constitucional en relación con el artículo 183, pues ya se vio que él prohíbe de modo terminante a los poderes centrales conceder exenciones sobre derechos o impuestos departamentales y municipales. Y esta prohibición debe tener un alcance rígido, sin perjuicio del poder o competencia que tiene el legislador en materia tributaria conforme a normas precisas de la Constitución".

A este fallo salvó el voto el magistrado doctor Gnecco Correa fundado que en la Reforma Constitucional de 1968, se limitó únicamente al poder ejecutivo la prohibición de conceder las referidas exenciones.

En relación con esta materia, esta Corporación ha tenido oportunidad de expresar que "la Ley 29 derogó las exenciones existentes en el caso del impuesto predial al paso que estableció que 'no podrán' establecerse exenciones en el caso del impuesto de Industria y Comercio, distinción importante porque es claro que toda exención existente a la fecha de la nueva ley que en materia de impuesto predial fue eliminada. No así en el caso del impuesto de industria y comercio en el cual el texto legal prohíbe establecer nuevas exenciones..." (*Anales* 1er. Semestre 1980, pág. 522).

La jurisprudencia de esta Corporación enseña reiteradamente que las Asambleas y Concejos no pueden establecer impuestos sino dentro de los marcos de la ley, ni gravar con nuevos tributos aquellos objetos que ya hayan sido materia de gravamen por la ley, por el caso de los departamentos o de aquella y de las ordenanzas, para el caso de los municipios.

En decisión de 10 de diciembre de 1982 (*Anales* 2º Semestre de 1982, págs. 518 y ss.), la sección se orientó en el sentido de considerar que si la ley no había exceptuado del impuesto una determinada actividad, el Distrito Especial de Bogotá, podía gravarlo.

En fallo de 6 de abril de 1984, ponente doctor Enrique Low Murtra, actor Silvia Giraldo Lopera, expediente número 9587 dijo esta sección que "Mientras la ley en forma expresa no haya excluido una determinada actividad del ámbito del tributo, son los Concejos los que poseen la capacidad de reglar las actividades gravadas, fijar las exenciones y establecer las tarifas" (*Anales* Primer Semestre 1984, pág. 512).

De las jurisprudencias citadas, tanto de la Corte Suprema de Justicia, como del Consejo de Estado, despréndese que, a nivel de normas constitucionales, dos son las tesis que pretenden resolver el aspecto básico —pues que lo es del orden constitucional— objeto de este proceso.

La primera considera que la ley no puede reconocer exenciones de impuestos de industria y comercio, pues los bienes y rentas de los Departamentos y Municipios son de su propiedad exclusiva y el término Gobierno utilizado por el artículo 183 de la Carta comprende tanto al poder legislativo, como al ejecutivo.

La segunda considera más ampliamente, que sólo el legislador puede reconocer exenciones sobre ese tipo de impuestos.

Para resolver la cuestión, es necesario recordar que el precepto constitucional fue reformado en 1968 y que, como se sostuvo en el salvamento de voto formulado por el doctor Gnecco Correa a la ya citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 12 de marzo de 1972, los constituyentes no incluyeron al poder legislativo dentro de los organismos que no podían reconocer ni otorgar el tipo de exención a que nos venimos refiriendo.

En consecuencia, para la Sala, el legislador, según los antecedentes del establecimiento de las normas constitucionales, si está facultado para conceder exenciones sobre el impuesto de Industria y Comercio.

Tan cierta es la conclusión anterior, que el constituyente en 1987 hubo de adoptar una reforma constitucional expresa en relación con el artículo 183 de la Constitución Nacional, en sentido opuesto al expresado (vid. art. 1º del acto legislativo).

Esa razón se fortalece con la consideración de que en la estructura del Estado Centralista y Unitario que sustituyó al Federal de 1863, no hay cabida para la existencia, fuera del estado nacional, de un poder de imposición inicial incondicionado ni autónomo, en cabeza de las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios.

La facultad impositiva deviene como atributo esencial de la soberanía y esta se radica en la Nación, cuya voz es el Congreso en la concepción de la democracia representativa.

Los demás poderes de las personas jurídicas públicas se ejercen con sujeción a esa idea dominante, y sólo excepcionalmente las mismas detentan poderes propios consagrados en la Carta.

Señálase al efecto la organización de los aspectos fiscales, presupuestales y de rentas que en relación con los departamentos y municipios previenen los artículos 187 y siguientes de la Constitución.

Lo que procede concluye en que el legislador ejerce por atribución constitucional el poder impositivo dentro de la Nación colombiana, y que los Departamentos y Municipios, tienen en ese campo atribuciones subsidiarias y condicionadas.

Resta establecer, ahora si la ley ha autorizado exención del impuesto de Industria y Comercio respecto de las cervezas de producción nacional, referido al tiempo a que se contraen los actos acusados.

Para ello menester es definir si la exención establecida por la Ley 88 de 1928 subsistió tras la expedición de la 29 de 1963, y la 48 de 1968, y el Decreto-ley 190 de 1969.

Los términos ya transcritos de la Ley 88 de 1928 hacen innecesaria su reproducción en este momento.

Las palabras de la Ley 29 de 1963 indican que aquella exención quedó derogada:

> "...los impuestos de Industria y Comercio creados por las leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, como impuestos municipales, no podrán ser materia de exención o exoneración por ninguna entidad distinta de los municipios y del Distrito Especial de Bogotá... pero subsistirán las prohibiciones que consagran las Leyes de 1904 y 20 de 1946 sobre gravámenes a la producción primaria y ganadería y el tránsito de productos alimenticios".

En materia de exenciones, de acuerdo con el texto de la Ley 29 de 1963, ha de concluirse que, en cuanto al impuesto de Industria y Comercio, sólo los Departamentos y Municipios podían concederlas, o el legislador, y que los anteriormente establecidos, concedidos o reconocidos quedaban derogados, sin que para esto sus precedentes beneficiarios puedan alegar derechos adquiridos, o situación jurídica consolidada, distinta de las concretizadas hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1963.

El legislador tuvo, en sentir de la Sala, la intención de suprimir las exenciones u exoneraciones precedentes sobre impuestos de industria y comercio y, por consecuencia del carácter imperativo de la norma, después de esa ley no podrán subsistir; sin ese entendimiento la voluntad legislativa consagrada en el texto de la Ley 29 de 1963 no tendría existencia.

De otra parte, el texto y el alcance de los artículos 5º y 6º de la Ley 29 de 1963 indican claramente el efecto general inmediato de la ley y en cuanto a la suspensión de las precedentes exenciones legales en materia de impuesto de industria y comercio.

La Ley 48 de 1968 no estableció con relación a la producción y comercio de las cervezas de origen nacional exención de los impuestos de industria y comercio.

La lectura de su articulado permite deducir ese aserto.

De otra parte, tampoco otorgó facultades al ejecutivo para reconocer los mentados beneficios a los productores y comercializadores de esos productos.

Por modo tal que, la disposición del artículo 21 del Decreto-ley 190 de 1969, que desarrolla las facultades extraordinarias otorgadas a la Rama Ejecutiva para regular los aspectos de los impuestos a las cervezas nacionales, choca abiertamente con la ley de facultades y hace ostensible la violación de los preceptos contenidos en el artículo 76 numeral 12 de la Carta, el que, conjugado entre otros, con los artículos 2º y 183 *ibídem*, lleva a definir su inconstitucionalidad.

Por ello, no anduvo descaminada la Administración Distrital cuando, fundada en la inconstitucionalidad del citado artículo 21 del Decreto-ley 190 de 1962 y a *fortiori* la del artículo 11 del Decreto reglamentario 294 de 1969, dispuso que no podía reconocer la exención al impuesto de industria y comercio que reclamaba la sociedad actora.

Otra afirmación infundada es la de que la Ley 48 de 1968 era inconstitucional porque no podía, a juicio de la Junta Distrital de Hacienda, establecer exención, proposición improcedente, pues la citada ley no establecía ninguna, como ya se dijo.

No es del caso, en esta oportunidad, entrar a dilucidar una cuestión —la relacionada con el alcance de las facultades extraordinarias al ejecutivo para regular esta materia— que aunque interesante no ha sido planteada para resolver el caso *sub judice*.

En cuanto concierne a la argumentación de la demandante consistente en que, además, de las razones ya expuestas, la decisión acusada y la confirmatoria son ilegales por gravar doblemente un mismo objeto, vale la pena señalar:

El impuesto regulado por la Ley 48 de 1968 y el Decreto extraordinario 190 de 1969 es un impuesto sobre el consumo y no constituye un impuesto sobre la actividad industrial o comercial en el proceso económico de producción y venta de las cervezas.

Al paso que el impuesto al consumo es un impuesto indirecto, el de industria y comercio es de aquellos que se catalogan como directos, en el primero se castiga el consumo, en el segundo la actividad industrial y comercial; en el primero, el sujeto pasivo es el consumidor, en el segundo el sujeto pasivo es la persona que ejerce, y por ejercerla, la actividad industrial y comercial; aquel se ocasiona cada vez que se produce el consumo del producto por personas innominadas, éste con regularidad anual.

Todo lo anterior significa que el impuesto al consumo de las cervezas nacionales es diferente al de industria y comercio y que uno y otro versan sobre objetos diferentes, por lo cual no es de recibo afirmar que al denegar la exención del impuesto de industria y comercio sobre la actividad de fabricación de cervezas nacionales la Junta Distrital de Hacienda gravó doblemente el mismo objeto.

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

Falla:

Revócase la sentencia apelada de 22 de agosto de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la demanda entablada por la sociedad BAVARIA S. A. para obtener la nulidad de las Resoluciones números 2057 de 2 de noviembre de 1979 y 527 de julio 16 de 1982, proferidas por la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá, y en su lugar *Deniéganse* las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, 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.

Consuelo Sarria Olcos, Hernán Guillermo Aldana Duque, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Liquidación.—

Respecto de establecimientos de SUPERMERCADO, las tarifas aplicadas por la administración, en milaje correspondiente es del 4.8%, es legal.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 0249. Actor: Mercados La Candelaria S. A. Apelación de la sentencia de 4 de febrero de 1983, del Tribunal Administrativo de Antioquia. Revisión de impuestos de Industria y Comercio por el año gravable de 1979. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de 4 de febrero de 1983, proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia, que desestimó las pretensiones en el juicio de revisión de impuestos por concepto de Industria y Comercio, promovido por Mercados La Candelaria S. A., contra la Resolución número 35 de diciembre 7 de 1979, del jefe del Departamento de Impuestos Municipales de Medellín, confirmada por la Junta de Hacienda Municipal en Acta número 5 de abril 22 de 1980, las cuales contienen la liquidación oficial del impuesto mencionado para la vigencia de 1979, respecto del Comercio Mercados La Candelaria S. A. situado en la carrera 81 número 43-3 de la capital antiqueña.

El proceso original fue incinerado con ocasión de los lamentables hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985 en la capital de la República y que ocasionaron la destrucción del Palacio de Justicia.

No se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, y se procede a emitir el fallo correspondiente.

Antecedentes:

A la actora se le practicó liquidación de impuesto de Industria y Comercio por el año de 1979, como viene dicho, y se le aplicó una tarifa correspondiente al tipo de establecimiento que vende abarrotes y misceláneas, establecida en un 4.8%, por tratarse de supermercado.

La actora agotó la vía gubernativa y sostuvo que le era aplicable una tarifa del 3.6%, dado que no podía ser clasificada como supermercado, pues su actividad preponderante era la venta de artículos alimenticios.

El Municipio de Medellín se hizo parte para oponerse a las peticiones de la demanda y sustenta su argumentación considerando que la parte demandante denunció ventas brutas por $ 53.509.052.00, para un promedio mensual de $ 4.459.088.00 y una actividad predominante de venta de víveres y abarrotes —al detal—, con tarifa de 3.6%; que en virtud de indagaciones administrativas se estableció que las ventas brutas del año ascendieron a la suma de $ 70.894.188.00 para un promedio mensual de $ 5.907.849.00, al cual se le aplicó tarifa de 4.8% correspondiente a la actividad denominada "supermercados, comisariatos, mercados privados y similares"; que del dictamen pericial rendido en el proceso se desprende que la actora vende productos en su establecimiento comercial, por lo cual el milaje se aplicó correctamente.

La sentencia de instancia:

La sentencia de instancia discurrió diciendo que la tarifa aplicada por la administración tenía no sólo respaldo legal, sino probatorio, pues con el dictamen pericial obrante en autos se establecía que era indudable el despacho de mercados, víveres, abarrotes, frutas y legumbres, pero que también comprendía la venta de mercancías al menudeo, droguería, ferretería, juguetería y otros, y que la tarifa del 3.6% reclamada por la actora se aplicaba únicamente a la venta de víveres y abarrotes, frutas, legumbres, o depósitos de materiales de construcción; al resolver acogió el concepto fiscal de la primera instancia, el cual sostuvo que por tratarse de supermercado, que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua es el sitio o establecimiento comercial de venta al por menor en el cual se expenden todo género de artículos alimenticios, bebidas, productos de limpieza, etc., y en el que el cliente, que se sirve a sí mismo, paga a la salida.

Las disposiciones que invocó el actor, según transcripción que obra en autos, previenen:

Acuerdo número 17 de 1971, artículo 21:

> "Para determinar el gravamen correspondiente a un establecimiento en donde se ejerzan actividades comerciales, se tomará como base el promedio mensual de operaciones brutas realizadas y se multiplicará por el milaje que pertenezca a dicho establecimiento de acuerdo con la tarifa establecida en el artículo 20".

Por su parte, el artículo 22 del mismo acuerdo establece:

> "Cuando en un establecimiento se ejerzan dos o más actividades comerciales que conforme al artículo 17 le corresponden dos o más tarifas, se liquidará según la actividad predominante aplicando el milaje correspondiente a esta al promedio mensual de operaciones de cambio o ingresos brutos, previa la comprobación por parte del interesado mediante certificación discriminada del volumen de operaciones brutas expresado en moneda legal colombiana durante el último año gravable y de los documentos que a juicio del Departamento de Impuestos sean necesarios".

Y el parágrafo único del artículo 28 del mismo acuerdo citado, dispone:

> "Se entiende por actividad predominante en todos los casos la que determine el mayor volumen de operaciones de cambio o ingresos brutos expresados en moneda corriente".

Con certificación de contador público, el actor demostró que sus ventas correspondían en cifras y por actividades, en la siguiente forma:

"Actividades	*Códigos:*	*Tarifas:*	*Total ventas:*
1 Víveres y abarotes	62-01-01	3.6%	$ 81.310.199.05
2 Frutas y legumbres	62-01-05	3.6"	12.609.259.23
3 Vajillas, cristal, etc.	62-35-01	4.0"	11.623.273.30
4 Drogas y cosméticos	62-15-01	4.0"	10.593.221.67
5 Papelería, revistas	62-45-02	4.8"	2.449.875.33
6 Telas y tejidos en general	62-70-15	4.4"	1.905.851.07
7 Ferretería en general	62-20-10	5.2"	1.627.261.28
8 Juguetería, artículos deportivos	62-45-25	9.2"	1.371.211.66
9 Prendas de vestir para niño	62-70-01	4.0"	220.525.82
10 Prendas de vestir para mujer	62-70-20	4.4"	146.930.16
11 Prendas de vestir para hombre	62-70-25	6.4"	11.790.67
TOTAL DE VENTAS			$ 123.869.399.24
Más otros ingresos gravables:			$ 809.780.66"

La Sala entiende que la tarifa prevista para la venta de víveres y abarrotes comprende y es aplicable cuando el comercio se limita al expendio de estos tipos de productos o géneros de productos, y que no puede aplicarse cuando la actividad del comercio comprende una gama mucho más amplia como la que constituye la desarrollada por la compañía actora.

Además, dentro del proceso se ha dicho, y no ha sido desvirtuado por el actor, que el establecimiento de que se trata se anuncia como supermercado, y de la información pericial se desprende que es así. Ahora bien, a esa actividad se le aplica el milaje correspondiente a 4.8%, que fue lo que hizo la administración, según se infiere de las las alegaciones de las partes.

Por lo expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia de 4 de febrero de 1983, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, dentro del jui-

cio entablado por "Mercados La Candelaria S. A.", contra las Resoluciones números 35 de 7 de diciembre de 1979 y su confirmatoria de 22 de abril de 1980, respectivamente por las cuales se estableció a la actora el monto del impuesto de Industria y Comercio por el año de 1979.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn,

Jorge A. Torrado, Secretario.

DEDUCCIONES DE RENTA BRUTA.— Intereses al exterior.

Los intereses sobre créditos a corto plazo en importación de mercancías, simplemente abonados en cuenta a compañías afiliadas del exterior, no son deducibles. Requisito exigido por el artículo 9º del Decreto 400 de 1975. Gastos incurridos en el exterior.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veinticinco de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1316. Actor: Burroughs de Colombia S. A. Impuestos.

Reconstruido el proceso, se resuelve la apelación de la demandante Burroughs de Colombia S. A., Nit 60.002.433, contra la sentencia de febrero 3 de 1983, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de su demanda en relación con los actos que determinaron el impuesto sobre la renta a su cargo, por el ejercicio de 1975.

La controversia planteada en la demanda, se contrae a la desestimación de la partida de $ 11.224.946, solicitada como deducible de la renta por concepto de intereses causados sobre créditos transitorios originados por la importación de mercancías, contabilizados por la sociedad a favor de sus proveedores en el exterior.

Estimó el Tribunal que la determinación administrativa fue conforme a derecho, toda vez que la sociedad contribuyente no cumplió con el requisito de acreditar ante las oficinas de impuestos el registro de los créditos en la Oficina de Cambios del Banco de la República, según lo preceptuado por el artículo 10 del Decreto-ley 2366 de 1974 y las disposiciones reglamentarias contenidas en los artículos 87 del Decreto 187 de 1975, 8º y 9º del Decreto 400 del mismo año.

La impugnación se fundamenta en que los créditos que dieron lugar a los intereses en mención, no estaban sometidos a registro en las Oficinas de Cambios, de acuerdo con las disposiciones del estatuto cambiario, como lo entendió la misma Dirección de Impuestos Nacionales en concepto de agosto 3 de 1978, al dar respuesta a consulta sobre el particular. Sostiene el apoderado de la recurrente que la sociedad cumplió todos los requisitos legales y reglamentarios para el reconocimiento de la deducción que le negaron las oficinas de impuestos.

Consideraciones de la Sala:

Las piezas aportadas por la demandante para efectos de la reconstrucción, dan cuenta de los siguientes hechos:

1º En la liquidación de revisión se advirtió: "Se rechazaron los intereses pagados al exterior por no cumplir con el requisito del artículo 9º del Decreto 400 de 1975" (fl. 128).

2º Dicha liquidación estuvo precedida de requerimiento en cuya respuesta la sociedad manifestó:

a) Que los intereses solicitados como deducibles en el anexo número 33 de su declaración de renta, correspondían a créditos a corto plazo, derivados de la importación de mercancías y abonados a sus sociedades afiliadas durante 1975, dentro de las tasas máximas de interés que para este tipo de créditos autorizaron las disposiciones cambiarias, en las circulares generales expedidas por la oficina de cambios.

b) Que la sociedad en el mismo anexo cumplió cabalmente los requisitos exigidos en el literal b) del numeral 2º del artículo 64 del Decreto 2053 de 1974: identificación de las compañías a las cuales se abonaron intereses, cuantía abonada y monto de la operación que originó el interés, período en el cual se causó.

c) Por tratarse de intereses causados pero no pagados, la compañía no solicitó las correspondientes licencias de cambio para efectuar los giros correspondientes y en consecuencia, no obtuvo certificación alguna del Banco de la República.

d) Por último expresó: "Es absolutamente imprescindible mencionar a ese respetable despacho, que la compañía se encuentra en el momento ante una imposibilidad de tiempo para reunir todas y cada una de las licencias de importación que generaron intereses durante el año gravable de 1975, pues como ustedes fácilmente habrán podido apreciar, se trata de reunir 100 o más licencias de importación obtenidas en diversos años, tarea supremamente dispendiosa. En razón a lo anteriormente expresado y al hecho de que el Instituto de Comercio Exterior "INCOMEX", requiere de un tiempo más que prudencial para emitir una certificación respecto de la aprobación impartida por dicho organismo a las mencionadas licencias de importación, fue que nuestra compañía solicitó a ese despacho, una prórroga para dar contestación al requerimiento".

3º En el recurso que interpuso contra la liquidación de revisión, manifestó comprobar "en los anexos 3 y 4 adjuntos al presente libelo (que) nuestra compañía ha cumplido con su obligación de presentar para su registro y aprobación, todas las licencias de importación al INCOMEX, dando cumplimiento así a lo estipulado en las normas anteriormente mencionadas. Además el reembolso o pago de las mencionadas importaciones, se ha efectuado previa aprobación de la Oficina de Cambios, quien hasta el momento no ha tenido que intervenir para autorizar el reembolso de intereses, por cuanto estos últimos aun cuando causados y deducibles no han sido pagados y por lo tanto no se ha solicitado la remesa a la Oficina de Cambios" (fls. 10 y ss.).

En el memorial que sustenta la apelación, se impugna la sentencia con el argumento de que la conclusión contenida en ella se basa en el análisis de los artículos 128 y 132 del Decreto 444 de 1967, los cuales no son aplicables a los intereses cuya deducción solicita la actora, porque no se orignan en préstamos otorgados en el exterior, por establecimientos de crédito, "sino que por el contrario, son créditos otorgados por los mismos proveedores que se rigen por disposiciones propias en materia cambiaria y de comercio exterior, como lo es el de amparar las mercancías por las respectivas licencias de importación, debidamente aprobadas por el INCOMEX y de ahí que el concepto 039 de 1978, de la Dirección General de Impuestos Nacionales, interpretando los artículos 87 del Decreto 187 de 1975 y 9 del Decreto 400 de 1975, aclaró que entratándose de créditos transitorios por importación de mercancías, no aplicaba el requisito del registro en la Oficina de Cambios, requisito este que se suple con la aprobación que imparte el INCOMEX a la correspondiente licencia de importación", concepto que se extiende a los costos y deducciones que generen dichos créditos.

Para resolver se considera:

La dificultad de análisis de los hechos, por razón de la desaparición de los antecedentes en la tragedia del Palacio de Justicia, será superada en lo posible dándole credibilidad a lo expuesto por las partes en sus alegatos, así como a lo afirmado por las distintas autoridades que han intervenido en el proceso.

Para comenzar, puede afirmarse que el tratamiento fiscal de la deducción de los gastos incurridos en el exterior, no ha sufrido variación sustancial y pueden destacarse como constantes de nuestra legislación, los siguientes lineamientos:

1. En general, son deducibles los gastos efectuados en el exterior, siempre que tengan relación de causalidad con las rentas de fuente dentro del país.

2. Se distinguen dos grandes grupos de gastos:

a) El conformado por los pagos que por constituir renta gravable en Colombia para su beneficiario, están sometidos a retención en la fuente y por consiguiente, sólo son deducibles si se demuestra haber hecho la respectiva retención (además de los requisitos informativos generales).

b) Si no son gravables en Colombia, están limitados al 10% de la renta líquida computada antes de deducir tales gastos.

Pero, dentro de este último grupo, tradicionalmente no han sido sometidos a dicho límite los gastos en que incurran los importadores de mercancía, tales como las comisiones y los intereses que generan las operaciones de compra y financiación de sus pedidos.

A esos conceptos básicos se agregaron otros usuales en el comercio exterior por guardar similitud con aquellos o por cumplir otras

finalidades que se consideran benéficas para la economía nacional. En el campo de los intereses han gozado de este tratamiento los originados en los sobregiros o descubiertos bancarios que se causen en cabeza de las entidades de crédito (bancos y corporaciones financieras), en la financiación de importaciones de sus clientes, cuya mayoría se realiza a través de cartas de crédito. El legislador de emergencia económica de 1974, además de consagrar este tratamiento a los conceptos tradicionales de los "créditos a corto plazo, derivados de la importación o exportación de mercancía o sobregiros o descubiertos bancarios", indicados en el literal b del artículo 64 del Decreto 2053 de 1974, extendió el mismo tratamiento a otros intereses, para lo cual dispuso en el artículo 10 del Decreto 2366 de 1974: "No se entienden poseídos en Colombia, ni generan renta de fuente dentro del país, los créditos transitorios o a corto plazo originados en la importación de mercancías y en sobregiros o descubiertos bancarios, los créditos destinados a la financiación o prefinanciación de exportaciones, ni los señalados en el artículo 128 del Decreto 444 de 1967, siempre que se ajusten a las condiciones y requisitos que establezca la junta monetaria".

3º En cuanto a la forma como la administración debe controlar estos elementos y características, la ley dispuso el cumplimiento de algunas obligaciones formales y probatorias que pueden resumirse así:

a) Se debe presentar con la declaración de renta, una relación discriminada de todos los gastos, especificando el respectivo concepto y respaldada con certificación de contador público o revisor fiscal "en donde conste que los gastos relacionados están debidamente contabilizados y respaldados con comprobantes".

Esta primera y general previsión de la ley supone la realización del gasto y no la simple causación, si por "comprobantes" se entienden los externos que demuestren la efectividad del gasto.

b) La deducción es aceptable si se acredita la consignación del impuesto retenido en la fuente, cuando de conformidad con las normas correspondientes, dicho gasto está sometido al sistema de retención (inc. 4º, art. 55 Decreto 2053 de 1974).

c) En cuanto a los demás gastos, no sujetos a retención, ni al límite del 10%, el legislador ha adoptado medidas para asegurar tanto la realidad del gasto como su limitación a las proporciones internacionalmente usuales. Fue así como en alguna época aceptó para las comisiones un 2.5% y para los intereses un 7%, que luego aumentó al 9%.

"En la reforma de 1974 se dejó al Ministerio de Hacienda la facultad de señalar el porcentaje aceptable en el caso de las comisiones (literal a, artículo 64) y este lo fijó en un 5% y 10%, para exportación (Res. 1413 de 1975) y la deducción de los intereses en cuanto no excedan del porcentaje del valor de cada crédito o sobregiro que señale el Banco de la República".

Esta última previsión es fácilmente comprensible por cuanto siendo el Banco de la República ejecutor de las medidas monetarias, por una parte, y por otra, el cauce obligatorio del manejo de las divisas

(tanto para el pago de las importaciones de bienes como para la financiación de estos), obviamente la autorización del Banco implicaba tanto el cumplimiento de las normas sobre comercio exterior como sobre legislación de cambios, así como las condiciones aceptables de la financiación externa. Este nuevo sistema permitió ajustar la deducción del gasto, no a una sola tasa general, sino a las tasas vigentes y aceptadas por las autoridades monetarias de acuerdo a la clase y naturaleza del crédito que les dio origen.

Por este motivo el artículo 87 del Decreto reglamentario 187 de 1975, condicionó la deducción de los intereses originados en los créditos indicados en el artículo 10 del Decreto 2366 de 1974, al cumplimiento de las condiciones establecidas por la junta monetaria para comprobar, lo cual dispuso que el contribuyente debía acompañar a su declaración de renta, copia del certificado de registro en la oficina de cambios, en la cual se especifique la calidad del crédito y más adelante, mediante el Decreto 400 de 1975 (marzo 7), aclaró en el artículo 8º, los conceptos (en forma no muy completa por cierto) de lo que debe entenderse por créditos a corto plazo, créditos transitorios y créditos de Plan Vallejo, y el artículo 9º generalizó para la deducción de comisiones e intereses el requisito de que "*también deberá acreditarse en la declaración de renta que dichos pagos están debidamente registrados en la oficina de cambios*".

La Sala considera que este requisito formal tiene por objeto verificar que el pago, tanto de intereses como de comisiones (porque se refiere a los literales a y b del artículo 64), se ajustaron a los requisitos y condiciones consagradas en la legislación cambiaria; este es uno de aquellos casos en que la ley tributaria hace necesaria remisión a la ley de otra área absorviéndola o condicionando su aplicación a esta última. Si se interpreta la norma transcrita, con este criterio, se puede llegar a concluir que lo que importa a la ley, es la autorización oficial dada por la oficina competente y que en esta materia es solo la Oficina de Cambios del Banco de la República.

Con relación a los intereses originados en importación de mercancías, conviene anotar que el sistema más generalizado de financiación, es mediante carta de crédito con un banco local, lo cual conduce a que los intereses en tales casos, aunque tengan por origen una operación de comercio exterior, pueden calificarse tributariamente como gastos hechos en el país, a una entidad nacional gravable y no como gastos en el exterior y en tal virtud la deducibilidad está condicionada al certificado de la entidad bancaria, conforme al artículo 47 del Decreto 2053 de 1974.

Pero si la financiación la hace el mismo despachador, como parece ser el caso de la demandante, es necesario aclarar que las solas licencias de importación otorgadas por el INCOMEX, no constituyen prueba de crédito (menos aún cuando se desconoce el texto de ellas para verificar la forma de pago enunciada en las mismas), dichas licencias apenas son la autorización para realizar la importación, pero no son la prueba de esta misma, ni demuestran la obtención del crédito y menos aún, que este haya sido autorizado por la entidad correspondiente que es la Oficina de Cambios.

Según las afirmaciones iniciales de la demandante, confirmadas por el análisis hecho en las resoluciones que resolvieron el recurso gubernativo y la sentencia apelada, la deducción solicitada y discutida "corresponde a intereses sobre créditos a corto plazo derivados de la importación de mercancías y abonados en cuenta *a sus afiliados* durante el año". Este que fue el planteamiento inicial y sostenido a lo largo del proceso por sí solo demuestra el impedimento de la actora para cumplir con el requisito del artículo 9º del Decreto 400 de 1975, relativo al "registro" del crédito ante la Oficina de Cambios y justifica plenamente la actuación oficial de rechazo de la deducción solicitada ante la falta de tal requisito, aún entendido este en forma amplia, como autorización ajustada a las normas cambiarias.

Lo cierto es que ninguna prueba emanada de la Oficina de Cambios (como lo exige el reglamento) podía aportar, puesto que ante ella no se registró ninguna operación, ni crédito que sólo figuraba en los libros de la empresa.

Por tales razones la Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

(Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha).

Consuelo Sarria Olcos, presidente; *Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ERROR EN LA DESIGNACION DE LA ENTIDAD DEMANDADA.— Para que la relación procesal quede debidamente trabada, es necesario que no exista duda alguna en cuanto a la entidad pública demandada y que su representante quede notificado.

DESCUENTOS TRIBUTARIOS.—

Por participación en sociedades limitadas.

Por renuncia al término de concesión.

DEDUCCIONES A LA RENTA BRUTA.—

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veinticinco de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1547. Actor: Gaseosas Hipinto S. A. Impuestos.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, contra la providencia de agosto 22 de 1986, por la cual el Tribunal Administrativo de Santander, se declaró inhibido para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, relativas a la determinación del impuesto sobre la renta y complementarios a cargo de la actora, por el año de 1980.

Se fundamentó la decisión recurrida en haberse designado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y no a la Nación, como parte demandada. Considera el Tribunal que el Ministerio no es un ente jurídico autónomo, no posee personería y por lo tanto no puede ser demandante ni demandada. Y agrega que no puede aplicar la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual, la demanda debe interpretarse en forma amplia en cuanto a la designación de las partes, porque ello sólo es posible cuando no se mencionan, pero se señalan claramente los actos acusados y en el presente caso se indicó al Ministerio como parte demandada.

El señor Fiscal Tercero de esta Corporación comparte el criterio del Tribunal y conceptúa que debe confirmarse la providencia apelada.

Contra tal decisión, el apoderado de la actora, contraargumenta así:

a) Que en la misma demanda se citó a la Dirección General de Impuestos Nacionales, entidad que produjo los actos acusados, para

efectos de la representación de la parte demandada, según lo preceptuado por el artículo 149 inciso 4º del Decreto 01 de 1984, que expresamente indica que en los procesos que se promuevan contra los actos expedidos por dicha Dirección, ella actúa como representante de las entidades públicas.

b) Que según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, las formalidades no deben prevalecer sobre la aplicación de la justicia y el reconocimiento de los derechos constitucionales y legales.

c) Que igualmente esta Corporación ha sentado el criterio de que, después de la cita para sentencia no puede rechazarse la demanda, porque ya precluyó el momento procesal de tal pronunciamiento.

d) Que el Tribunal sabía a ciencia cierta cuál era la parte demandada, porque lo pudo establecer en la propia demanda, como lo demuestra el proceso, donde compareció la Administración de Impuestos Nacionales, designó apoderado que fue reconocido como representante de la entidad demandada y en tal carácter impugnó las pretensiones de la actora y actuó en el proceso.

Concluye de todo lo anterior el recurrente, que la providencia es ilegal y arbitraria, por cuanto desconoce el procedimiento que señalan los artículos 137 a 142 del Decreto 01 de 1984.

Consideraciones de la Sala:

1º Error en la designación de la entidad demandada:

El nuevo Código contenido en el Decreto 01 de 1984, desarrolló dentro del concepto de la relación jurídico procesal, en forma clara y nítida el de las partes, demandante y demandada, cuya designación, así como la de sus representantes exige el artículo 137-1, como requisito de la demanda. Además dedicó los artículos 149, 150 y 151 a la representación de las entidades públicas y autorizó a estas para incoar toda clase de acciones. Una de las primeras consecuencias de esta concepción procesal, es la de que el auto admisorio de la demanda, deberá notificarse personalmente al representante de la entidad.

Para que la relación procesal quede debidamente trabada, es necesario que no exista duda alguna en cuanto a la identidad de la entidad pública demandada y que su representante quede notificado.

Tratándose de actos administrativos del orden nacional, la demandada debe ser la Nación, que es la entidad jurídica con capacidad suficiente para responder por sus actos y está normalmente representada por el ministro o los demás funcionarios que indica el segundo inciso del artículo 149. En materia de juicios de impuestos la competencia es del director General de Impuestos Nacionales, este funcionario actúa como representante de la Nación.

No es, pues, de poca monta, el cumplimiento de este requisito de la demanda, que se hace en forma cabal, señalando a la Nación como entidad demandada y al director de impuestos como su representante.

Este esquema responde a la necesidad teórica y doctrinaria de concretar correctamente la relación jurídico procesal entre quienes

ostentan realmente su condición de partes contendientes y además responde al principio de derecho de defensa instituido más a favor del demandado para que no pueda ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante tribunal competente y observando las formas propias de cada juicio, como dice el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Desde este punto de vista puede afirmarse que el acto impugnado se funda en dicho criterio por lo cual no sería objetable la decisión inhibitoria del Tribunal, a no ser porque median otras circunstancias que indican una solución distinta, como pasa a exponerse.

En primer término, es necesario considerar que el hecho de incurrir en el error comentado, puede hacer caer, a su turno, al juez en una equivocada notificación del auto admisorio, lo cual constituye una de las causales de nulidad del proceso, según el numeral 8º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

Pero este hecho es grave y genera nulidad, cuando de él puede establecerse que se violó el derecho de defensa, ya que la notificación personal al demandado, está instituida con base en el principio constitucional de no poder ser juzgado sino con la garantía del debido proceso (art. 26, C. N.). Derecho de defensa que también puede verse menguado cuando es indebida la representación de las partes, lo cual, igualmente genera nulidad, según el numeral 7º del artículo 152 *ibidem*.

Pero si la persona indebidamente representada, citada o emplazada, actúa en el proceso sin alegar la nulidad correspondiente, se entiende saneada, máxime cuando el acto procesal cumplió su finalidad y no violó el derecho de defensa, según las voces de los números 3 y 4 del artículo 156 del Código de Procedimiento Civil.

El repaso de los antecedentes de este negocio, indica que evidentemente la demanda incurrió en grave error al señalar como demandado al Ministerio de Hacienda, representado por la Dirección General de Impuestos, entidad que produjo los actos administrativos.

Pero, mediante auto del 6 de agosto de 1985, el Tribunal aceptó la demanda y ordenó notificar al jefe de la División Legal, delegado de la Dirección de Impuestos, diligencia que se surtió el 14 de agosto de 1985.

El 12 de septiembre se presentó el defensor oficial obrando en nombre del "Ministerio de Hacienda y Crédito Público —*La nación*—", para impugnar la demanda y el Tribunal le reconoció personería en calidad de tal.

El concepto fiscal 061 de mayo de 1986, observó el error y manifestó que aunque podía constituir ineptitud de la demanda "en consideración a varios aspectos, se puede considerar como subsanada dicha irregularidad, a fin de proferir el correspondiente fallo de fondo".

De este mismo criterio es la apoderada del Ministerio en la segunda instancia, quien consideró que la *litis* había sido bien trabada. En cambio, el señor Fiscal Tercero de esta Corporación, opina que debe confirmarse la providencia del Tribunal por haber sido inepta la demanda.

Para la Sala no hay duda en cuanto a que la Nación estuvo permanentemente representada por el funcionario legalmente indicado, quien no objetó en ningún momento la demanda, lo cual, conducía a considerar como subsanada la irregularidad, tal como lo anotó el señor Fiscal del Tribunal con respaldo en el último inciso del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

Por las anteriores consideraciones la Sala, apartándose de la opinión de su distinguido colaborador Fiscal Tercero, revocará el fallo inhibitorio y constituida en juez de instancia, procede a resolver los motivos de impugnación contra la liquidación del impuesto sobre la renta de la actora por el año de 1980, que se concretan en los siguientes puntos:

1º Desconocimiento de las siguientes deducciones solicitadas por la contribuyente:

1.1 $ 3.460.387, correspondiente a gastos de propaganda que la sociedad venía amortizando como gastos diferidos.

1.2 $ 2.403.393, por concepto de intereses pagados a entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

1.3 $ 2.956.000, costo de envases y empaques llevados a los gastos de propaganda de la compañía.

2º Negativa de los siguientes descuentos del impuesto:

2.1 $ 1.866.868, por participaciones en sociedad de responsabilidad limitada.

2.2 $ 210, por renuncia al término de adición.

En el orden planteado, se analizan los puntos alegados como violación de las normas legales aplicables en la determinación:

1.1 Gastos de propaganda diferidos para su deducción.

Gira la controversia sobre la interpretación del artículo 58 del Decreto extraordinario 2053 de 1974, que consagra la deducibilidad de los desembolsos efectuados o causados para los fines del negocio o actividad, que de acuerdo con la técnica contable, deban registrarse en el activo para su amortización o tratarse como diferidos. El último inciso de la norma dispone:

"La amortización de inversiones se hace en un término mínimo de cinco (5) años, salvo que se demuestre que, por la naturaleza o duración del negocio, la amortización debe hacerse en un plazo inferior".

La sociedad dedujo de su renta en el ejercicio, la totalidad del saldo por amortizar de la inversión en gastos de propaganda de su producto Seven-up, porque este se retiró del mercado debida a su falta de aceptación. Consideró que no siendo posible obtener renta en los ejercicios siguientes por la venta del mismo, se encontraba en la situación prevista por el inciso antes transcrito; además, que le sería negada la deducción por la oficina de impuestos, debido a la falta de relación de causalidad del gasto con la renta de años posteriores.

La administración estimó que la naturaleza o duración del negocio de que habla la norma, debe entenderse referida a la actividad del contribuyente, el negocio que realiza, no a la venta de un artículo determinado. Puesto que la sociedad produce otras gaseosas, no sólo la que retiró del mercado, no aceptaron las oficinas de impuestos el planteamiento de la contribuyente y desconocieron la deducción en la cifra $ 3.460.387. Así lo explicó la oficina liquidadora y lo ratificaron las que resolvieron el recurso en la vía gubernativa.

No comparte la Sala el criterio administrativo. Si bien es cierto que la norma en cita preceptúa de manera general que la amortización debe hacerse en un término mínimo de 5 años la salvedad que a renglón seguido consagra, no puede entenderse en todos los casos, referida únicamente a la duración de la actividad productora de renta, desconociendo la naturaleza de la inversión y su incidencia en las ventas de los ejercicios futuros.

La práctica comercial y la técnica contable en otros países, aconsejan amortizar los gastos extras de publicidad en períodos de dos años, en consideración a que la experiencia ha demostrado que los efectos de este tipo de campañas publicitarias no se extienden por más tiempo al cabo del cual el público olvida el producto.

Resulta acorde con un criterio de razonabilidad en las expensas ordinarias y necesarias, que debe imperar en el examen de las deducciones de la renta bruta, aceptar que cuando se retira del mercado un producto determinado, todo lo que haya invertido en campañas de publicidad y no esté amortizado, constituye una típica pérdida en el momento en que deja de venderse tal producto, pues carece de sentido conservar en el activo diferido una inversión que, además de irrecuperable no habrá de influir en la obtención de renta de los años siguientes. En consecuencia, el saldo existente debe afectar las utilidades del ejercicio en que ocurra ese evento.

1.2 Intereses pagados a entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

Dan cuenta los antecedentes de que la partida de $ 2.403.393, que fue desestimada por este concepto, corresponde a la suma de las diferencias entre las cifras solicitadas y las certificadas por las entidades que recibieron los pagos, según se discriminó en el requerimiento especial.

Alega la demandante, que las sumas pagadas a los bancos u otras entidades financieras, puede establecerse para efectos de la deducción con otras pruebas, distintas de las certificaciones de las beneficiarias, tales como la contabilidad cuyos comprobantes presentó en la vía gubernativa, elementos conducentes y eficaces al efecto, habida cuenta de que la determinación de tributos debe fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente, por los medios de prueba que señalan las normas tributarias y los libros de contabilidad, son prueba suficiente para que el contribuyente pueda invocar en su favor, conforme a los preceptos de los artículos 32 de la Ley 52 de 1977, 40 del Decreto 2821 de 1974 y 15 del Decreto 3803 de 1982.

A la demanda acompañó certificado de revisor fiscal sobre la cuantía de los pagos de intereses contabilizados a favor de entidades bancarias u otras sometidas a la vigilancia estatal de la Superintendencia del ramo.

Al respecto, la Sala observa que el artículo 47 del Decreto 2053 de 1974, en forma clara consagra una diferencia al tratamiento de la deducción por intereses, según sea el beneficiario de los pagos. Por ser norma especial, se aplica de preferencia sobre la general de la deducibilidad de los gastos según su causación, consagrada en el artículo 16.

El citado artículo 47, dispone:

a) Los intereses que se paguen a entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, son deducibles en su totalidad, siempre que estén certificados por la entidad beneficiaria, o sea, que la parte no comprendida o respaldada por dicha certificación, no es deducible, así se trate de expensas causadas.

b) Los intereses que se paguen a otras personas o entidades (no vigiladas por la Superbancaria), son decibles en cuanto no excedan de la tasa más alta autorizada a los bancos en el respectivo año. Como en este evento no se requiere certificación del beneficiario, es deducible el gasto simplemente causado —según las reglas del artículo 16— y siempre que esté dentro del límite de la tasa mencionada.

Frente a esta norma, encuentra la sección ajustada a derecho la decisión administrativa en lo relativo a la deducción comentada.

1.3 Gastos de envases y empaques como propaganda en cuantía de $ 2.956.000.

La discrepancia entre las oficinas de impuestos y la sociedad contribuyente, sobre su derecho a deducir esta partida, que corresponde a gastos de envases y empaques, distribuidos para promocionar sus productos, surge de los siguientes planteamientos:

Para la administración, el valor a los envases y empaques dados como propaganda, debe descontarse del inventario y no tratarse como una deducción. Dado que la sociedad establece sus costos en ventas de mercancías, por el sistema de juego de inventarios, la disminución de estos se traduce en un mayor valor del costo y en consecuencia, no hay razón para deducir como gasto la partida propuesta.

Por otra parte, se adujo que la sociedad no demostró que el valor de los envases y empaques se hubiera descontado del inventario final, que jugó en la determinación del costo.

Contraargumenta la sociedad actora, que las pruebas del tratamiento contable y fiscal que dio a la partida, se encuentra en el acta de inspección contable y en el mismo requerimiento especial, en el cual, según el punto 21, se estableció que el costo de los envases y empaques, vendidos y obsequiados, ascendió a la suma de $ 15.905.972, mientras el costo contabilizado y tenido en cuenta en el juego de inventarios fue de $ 12.956.000, de donde surge la diferencia de

$ 2.956.000, que corresponde exactamente al monto de deducción discutida, hecho que demnuestra por sí solo, que la sociedad no incluyó dentro de la partida solicitada, como costo el valor comentado.

La afirmación de la actora encuentra respaldo en los antecedentes administrativos, particularmente en el requerimiento especial y en la liquidación oficial, en la cual se determinó la utilidad bruta en ventas, tomando como costo la partida de $ 162.862.838, discriminada así, según anexos a la declaración:

Valor costo de envases y empaques	$ 12.949.972
Valor costos productos transformados y vendidos	149.736.664
Valor costo de productos comprados y vendidos	176.202
Total costo de ventas informado en declaración	$ 162.862.838

En la vía gubernativa la sociedad acompañó, además comprobantes de contabilidad certificados por revisor fiscal sobre el registro contable de la partida de $ 2.956.000, como gastos de propaganda con abono a la cuenta de inventarios.

Para esta sección es claro que la deducción de los envases y empaques está sujeta al sistema de registro contable que utilice la empresa. Si el consumo lo determina por juego de otros inventarios, debe formar parte del costo de producción y las pérdidas reflejadas en el inventario físico de fin de año, quedan automáticamente reconocidas, sin que haya lugar a deducir independientemente y por cuenta de gastos generales, suma alguna por este concepto, pues equivaldría a una doble deducción.

Pero si se demuestra, como ocurre en el presente caso, que no fue registrado en ninguno de los rubros de costos de producción o venta, es aceptable el gasto que indique la cuenta especial de gastos generales.

En consecuencia, se acepta el gasto.

2. Descuentos.

2.1 Por participación en sociedades limitadas.

La inconformidad de la actora en este punto, radica en el hecho de que al fallar su recurso contra la liquidación, se corrigió esta para suprimir el descuento especial citado, en cuantía de $ 1.866.868, con los argumentos de que la sociedad no lo había solicitado en su liquidación privada, ni cumplió los requisitos de la ley para reconocerlo.

Alega la demandante, que las normas que consagran el descuento, no sujetan su reconocimiento a requisitos formales que el contribuyente deba cumplir en su declaración. Los artículos 90 del Decreto 2053 de 1974 y 23 del Decreto 2348 del mismo año, contemplan una situación dentro de la cual se encontraba la sociedad y por ello la oficina liquidadora, aplicando la ley, le reconoció el descuento al cual tenía derecho. Por otra parte, sostiene que el procedimiento resulta

violatorio de su derecho de defensa, puesto que no tuvo oportunidad de impugnar el criterio administrativo, en el recurso procedente, contra la liquidación de revisión.

Contra la argumentación del actor, este despacho observa: los artículos 90, 91 y 92 del Decreto 2053 de 1974 y el 23 del Decreto 2348 de 1974, consagraron un alivio al fenómeno de la cascada tributaria, mediante el sistema de descuentos a las sociedades que percibieran dividendos y participaciones de otras. Se distinguió entre las sociedades inversionistas institucionalizadas (sector financiero vigilado por el superbancario), para condicionar el descuento al reparto de la mayor parte de sus utilidades (60%), dejando para los demás como condición que el rendimiento de sus inversiones no excediera del 30% de la renta líquida. A las sociedades de familia se les exigió cumplir simultáneamente con las dos condiciones para poder gozar del descuento y la legislación tributaria consagró una definición de sociedad de familia en el artículo 6º del Decreto 187 de 1975, como la que está controlada económica, financiera o administrativamente por personas ligadas entre sí, por matrimonio o por parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil.

El propio demandante se encarga de restarle importancia a su argumento fundado en la violación del derecho de defensa que surge del llamado fenómeno de la compensación, que pueden hacer los funcionarios cuando resuelven los recursos, con base en lo dispuesto por el artículo 23 del Decreto extraordinario 2821 de 1974, que dice: "En la decisión de los recursos, los funcionarios podrán corregir oficiosamente los errores de los actos sometidos a su conocimiento y efectuar las compensaciones a que haya lugar, pero no podrán aumentar la suma total fijada a cargo del sujeto pasivo en la liquidación recurrida".

Este sistema que quedó vigente con el procedimiento adoptado por la Ley 52 de 1977, que suprimió el recurso de apelación, tiene en verdad el inconveniente de que limita la posibilidad de defensa del contribuyente a menos que pueda aceptarse alguna manifestación con motivo de la consulta a que están sujetas las providencias que fallan recursos de mayor cuantía (Decreto 3803 de 1982, art. 32). Pero al no existir impugnación fundamentada del punto, la Sala procede a examinar las circunstancias que influyeron.

De los antecedentes administrativos pueden destacarse las siguientes circunstancias:

a) Fácilmente resulta explicable que la sociedad no hubiera planteado este descuento en su liquidación privada, porque estaba muy lejos de reunir las condiciones legales, si se tiene en cuenta que habiendo determinado una renta líquida de $ 96.851, los dividendos y participaciones sumaban $ 8.428.381.

b) Cuando la administración elevó la renta ilíquida a la cantidad de $ 26.594.441 en la liquidación oficial, la cifra declarada por rendimientos, superaba aún el límite del 30% de la nueva renta líquida, que llegaba a $ 7.978.332.

Pero si se considera que en esta ocasión también fueron aumentadas las participaciones sociales por el ajuste en las respectiva liquidaciones, resulta más protuberante el hecho de que sobrepasó tal límite: en efecto, si el descuento fue de $ 1.866.868, significa que las participaciones computadas como base ascendieron a $ 11.667.925.

c) Esta sola circunstancia, sin entrar a despejar la posible calificación de la compañía, como de familia, implicaba ciertamente la existencia de un error corregible con motivo de la reclamación, teniendo en cuenta que no redundaba en un aumento al impuesto inicialmente fijado, que aún así se redujo en $ 3.394.014.

No está demostrada la ilegalidad de la corrección efectuada por funcionarios que fallaron el recurso con base en el artículo 23 del Decreto 2821 de 1974, pero tampoco está demostrado que la compañía reúna las condiciones mínimas para gozar del descuento que concedió el funcionario liquidador en un acto manifiestamente equivocado.

No es aceptable la afirmación de que este descuento no requería cumplir ningún requisito en la declaración, pues obviamente debía demostrarse que se daban los supuestos de límites y condiciones previstos por la ley.

No prospera el cargo.

2.2 Descuentos por renuncia al término de corrección.

En su declaración de renta y patrimonio, la sociedad solicitó como descuento por este concepto la partida de $ 210. La razón que adujo la Administraciónp para negarlo, consiste en que la contribuyente adicionó su declaración posteriormente, por lo cual perdió el derecho al descuento solicitado.

Sostiene el apoderado de la actora, que la adición efectuada a su declaración, no implicó modificación alguna de los datos básicos inicialmente denunciados, sino que tuvo por objeto presentar certificados de retención en la fuente, sin modificar las bases gravables, ni el monto del tributo, Habida cuenta de lo previsto en los artículos 19 y 23 de la Ley 52 de 1977, tal adición no constituye corrección que impida acogerse al beneficio del descuento, porque no cambió los hechos denunciados.

El representante procesal de la Administración argumenta que se modificó el impuesto a cargo, como resultado de las retenciones en la fuente acreditadas, y en consecuencia, debe confirmarse la actuación, según lo previsto en las normas citadas.

Definía el artículo 19 de la Ley 52 de 1977, como datos básicos de los formularios de las declaraciones tributarias, aquellos que conforman la denuncia de los hechos generadores de la obligación y las informaciones necesarias para determinar correctamente las bases gravables y liquidar el impuesto correspondiente.

La modificación de las declaraciones se entendió por dicha ley, artículo 23, como el cambio de los datos básicos, es decir de los hechos denunciados y se limitó a seis meses el término dentro del cual podía el contribuyente efectuarla, sin consecuencias sancionato-

rias de la inexactitud. Expresamente el parágrafo del artículo 25 del citado estatuto legal, preceptuó que las comunicaciones escritas que contuvieran simples aclaraciones o el envío de certificados o comprobantes, que no implicaran modificación de los datos básicos del formulario o el monto de la obligación tributaria, en favor o en contra del Fisco, no se tendrán como adiciones para los efectos tributarios derivados de la corrección de la denuncia inicialmente presentada.

De acuerdo con las anteriores previsiones legales, evidentemente las adiciones que darían lugar a la pérdida del descuento por renuncia al término de corrección del denuncio tributario, serían únicamente las que impliquen modificación de datos básicos, es decir de los hechos denunciados, con el consecuente cambio de la base gravable o del monto del tributo correspondiente. Es indudable que las retenciones en la fuente no son hechos gravables, datos básicos del denuncio, sino mecanismos del recaudo del impuesto que deba pagar el contribuyente. El contribuyente puede demostrar en cualquier momento las retenciones que se le hubieran efectuado, sin cambiar los hechos de los cuales se derivó su alegación tributaria sin modificar esta.

Por todo lo anterior, la Sala concluye que debe modificarse la obligación contenida en los actos que conforman la determinación objeto de la demanda, en los siguientes términos:

Concepto Renta		*Base*	*Impuesto*
La líquida gravable establecida en Resolución número 007, de enero 11 de 1985, de la Administración de Bucaramanga, confirmada por vía de consulta		$ 12.664.010	
Menos deducciones que se aceptan:			
Gastos de propaganda diferidos	$ 3.460.387		
Envase y empaques solicitados como gastos de propaganda	2.956.000	6.416.387	
Renta gravable		6.247.623	$ 2.499.049
Menos descuentos:			
Descuento del 8% como S. A. (art. 5º Ley 19 de 1976) ajustado al nuevo valor de impuestos		199.924	
Descuento por renuncia a término de adición que se acepta		210	200.134
Total impuestos menos descuentos			2.298.915
Impuesto de ganancia ocasional			342.041
Total impuesto a cargo			$ 2.640.956

Obrando en consecuencia con lo expuesto, la Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en desacuerdo con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Revócase la sentencia recurrida.

2º Modifícase la determinación del impuesto de renta y complementarios a cargo de Gaseosas Hipinto S. A., Nit 90.200.463, por el ejercicio de 1980, conforme a la liquidación consignada en la parte motiva de esta providencia y de acuerdo con ella fíjase la suma de dos millones seiscientos cuarenta mil novecientos cincuenta y seis pesos moneda corriente ($ 2.640.956), el valor total del impuesto a pagar por la referida sociedad en relación con dicha vigencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

(La anterior providencia fue aprobada en sesión de la fecha).

Consuelo Sarria Olcos, presidente; *Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Carmelo Martínez Conn* (ausente).

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.— Aplicación a actividades de la Flota Mercante Grancolombiana.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., quince de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 0506. Apelación de la sentencia de febrero 3 de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en juicio de revisión de impuestos de industria y comercio por el año de 1980. Actor: Flota Mercante Grancolombiana S. A.

Estando debidamente reconstruido el expediente, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Municipio de Cali, contra la sentencia proferida el 3 de febrero de 1983 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el juicio de revisión de la operación administrativa por la cual se fijó el impuesto de industria y comercio que debía pagar la Flota Mercante Grancolombiana al Municipio de Cali, correspondiente a la vigencia fiscal de 1980.

Antecedentes administrativos:

La División de Rentas de la Secretaría de Hacienda Municipal de Cali, expidió la Resolución número 465 del 26 de junio de 1980 por medio de la cual fijó en la suma de $ 30.000.00 mensual, el impuesto de industria y comercio a cargo de la Flota Mercante Grancolombiana S. A., por sus actividades realizadas en el Municipio de Cali y correspondiente a la vigencia fiscal de 1980.

La interesada interpuso el recurso de apelación, el cual fue resuelto desfavorablemente mediante la Resolución número 595 A del 24 de diciembre de 1980 expedida por el alcalde de Cali.

Las dos resoluciones citadas fueron demandadas mediante apoderado por la Flota Mercante Grancolombiana ante el Tribunal Administrativo del Valle.

La sentencia apelada:

El Tribunal Administrativo del Valle mediante sentencia proferida el 3 de febrero de 1983 resolvió "Declarar que la sociedad 'Flota Mercante Grancolombiana S. A.' no está obligada a pagar impuesto de industria y comercio en este municipio de Cali".

En primer término, el Tribunal *a quo* fundamentó la anterior decisión, en el resultado de una diligencia de inspección judicial realizada en las oficinas de la sociedad actora ubicadas en Cali y según la cual "...en dichas oficinas no se realiza ningún tipo de actividad comercial, industrial o de servicios, ya que dicha oficina está destinada a trámites meramente administrativos..."

Por otra parte, el Tribunal afirmó:

"...La resolución que cuantificó el impuesto, hecha sobre supuestos, extractando cifras de una publicación en un informe de labores de la Flota Mercante Grancolombiana, no es legal, puesto que la base que genere el tributo debe ser cierta, clara y neta; en síntesis, tener la certeza del mismo y no partir de supuestos como lo ha hecho la oficina liquidadora..."

Y por considerar que la oficina de la Flota Mercante Grancolombiana en Cali no desarrolla ninguna actividad comercial, industrial o de servicios, sostiene el Tribunal que, no le es aplicable el artículo 15 del Decreto 1912 de 1978, por medio del cual, el alcalde expidió la regulación del impuesto de Industria y Comercio del Municipio de Cali.

Y concluye que la sociedad actora no es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio y por ello que las pretensiones de la demanda deben prosperar.

Recurso de apelación:

Según el expediente reconstruido, la apoderada del Municipio de Cali interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la citada sentencia, según fotocopia que obra a folios 3 y siguientes del expediente.

Allí se afirma que, en el caso de autos, la sentencia de instancia debe revocarse porque hubo inepta demanda, por cuanto no se adjuntaron los actos demandados en la oportunidad procesal debida, es decir a la presentación de la demanda como lo exigía el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

Cuestiona también, la actuación del magistrado sustanciador, quien mediante auto para mejor proveer, solicitó los actos demandados.

Y finalmente dice: "doy por reproducido en este memorial todo lo dicho para el presente negocio en la primera instancia".

Con la dificultad que surge de la destrucción del expediente original, puede establecerse que los demás argumentos planteados ante el Tribunal Administrativo del Valle fueron, además de los relativos a la inepta demanda, los siguientes:

1º La oficina de Cali de la Flota Mercante Grancolombiana sí realiza actividades sujetas al impuesto de industria y comercio.

Lo anterior porque es allí, en donde la citada sociedad celebra un contrato mediante el cual se compromete a prestar el servicio de mo-

vilizar una carga de un lugar a otro, en un buque de su propiedad y a cambio de una contraprestación en dinero, la cual se cancela en Cali.

Cuestión diferente es, a juicio de la memorialista, el que ese contrato se ejecute en un lugar distinto del Municipio de Cali.

2º El mismo apoderado en los memoriales presentados durante el trámite en la vía gubernativa afirmó que "...los actos de comercio que realiza la empresa son gravados en la capital de la República..." con lo cual está reconociendo que la actora si declara y es gravada en Bogotá, con el impuesto de industria y comercio.

3º La Flota Mercante Grancolombiana S. A., no está exonerada del impuesto de industria y comercio.

4º De conformidad con las normas que reglamentan el impuesto de industria y comercio en el Municipio de Cali, y concretamente con los artículos 1º y 15 del Decreto 1912 de 1978, la sociedad actora ha debido comprobar el pago del citado impuesto de industria y comercio en otros municipios y por el contrario, cuando fue requerida simplemente manifestó que el sistema contable no estaba diseñado para extraer los datos que conforman la base gravable del impuesto de industria y comercio.

Además, la Flota Mercante Grancolombiana S. A., no aportó pruebas acerca de "las funciones administrativas y de trámite" que realiza en Cali como le correspondía, de conformidad con el artículo 73 del Decreto 1912 de 1978, ya citado, según el cual "la carga de la prueba respecto a la veracidad de la declaración corresponde al contribuyente" y "en los casos en que este no pueda probar idóneamente los datos consignados en la declaración, el monto real del impuesto se estimará oficiosamente por el jefe de la División de Rentas de la Secretaría de Hacienda".

5º El hecho de que la sociedad actora esté exenta del pago de los impuestos sobre la renta, del patrimonio y del de exceso de utilidades, de conformidad con la Ley 10 de 1946, no significa que también lo esté del impuesto de industria y comercio, ya que los primeros son nacionales y este municipal.

Concepto fiscal:

El señor Fiscal Tercero de la Corporación, en su concepto de fondo opina que debe revocarse la sentencia del *a quo* y declarar inepta la demanda.

Y con relación al fondo de la controversia considera que el recurso debe prosperar, por aceptar que la Flota Mercante Grancolombiana S. A. en Cali si presta servicios, aunque los actos de comercio se perfeccionen en otras ciudades.

Consideraciones de la Sala:

En primer lugar debe la Sala analizar el planteamiento de la recurrente, aceptado por nuestro colaborador fiscal, en el sentido de que

en el presente caso debe declararse la inepta demanda, en razón de que la actora no dio cumplimiento a la exigencia de la Ley 167 de 1941 vigente para la época en que se presentó la demanda, de acompañar copia de los actos acusados, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución (art. 86) en cuanto solamente adjuntó las resoluciones que resolvieron los recursos de la vía gubernativa, pero no el acto inicial de fijación del impuesto.

Este tema fue objeto de debate en la primera instancia, cuando la abogada apoderada del Municipio de Cali, al impugnar la demanda, propuso la excepción de inepta demanda precisamente por no haberse acompañado a la demanda, copia de todos los actos cuestionados.

Con posterioridad y habiéndose citado ya para dictar sentencia, la magistrada sustanciadora, en auto para mejor proveer ordenó allegar la copia del acto acusado y habiendo sido recurrida esta providencia, el despacho resolvió en forma adversa el recurso interpuesto, sin que obre en autos este último auto.

Con la dificultad que representa el estudio y análisis de un expediente reconstruido, en el presente caso puede establecerse que evidentemente no se adjuntó el acto administrativo por el cual se fijó el impuesto de industria y comercio de la actora y solamente se acompañaron a la demanda las resoluciones que resolvieron los recursos de reposición y apelación, que a pesar de ello, el despacho la aceptó, que la parte demandada no impugnó el auto admisorio de la demanda, que la parte impugnadora interpuso la excepción de inepta demanda, que el despacho solicitó los antecedentes administrativos y que dictó auto para mejor proveer solicitando la resolución que no había adjuntado la actora.

Lo anterior lo afirma la Sala con base en el siguiente párrafo de la sentencia apelada:

"El proceso recibió el trámite que le es propio, se trajeron los antecedentes administrativos y se oyó el concepto del señor fiscal de la Corporación, quien solicita se despachen favorablemente las peticiones del actor. Al ser notificada la administración municipal, impugnó la demanda (fls. 67 y sgtes. cdno. 1º), proponiendo la excepción de inepta demanda haciéndola consistir en la circunstancia de no haberse acompañado copia del acto acusado, consistente en la Resolución número 465 de junio 26 de 1980, la cual señaló inicialmente el impuesto de industria y comercio. Posteriormente, en auto para mejor proveer se dispuso allegar copia de este acto, habiendo sido recurrida en reposición esta decisión por la administración a quien se le resolvió este recurso en forma adversa (fls. 82 y sgtes. cdno. 1º)".

Es del caso anotar, como el fallo del Tribunal Administrativo del Valle no se pronunció sobre la excepción de inepta demanda propuesta por la apoderada del Municipio de Cali, debiendo hacerlo de conformidad con el artículo 111 de la entonces vigente Ley 167 de 1941.

Es cierto, como lo anota la apoderada del Municipio de Cali, ahora recurrente, que es un requisito para la admisión de la demanda,

el acompañamiento del acto demandado, tal como lo exigía el artículo 86 de la Ley 167 de 1941 y lo exige el artículo 139 del Decreto 01 de 1984.

Por ello las normas procesales (art. 87 Ley 167 de 1941 y 143 Decreto 01 de 1984) preveen que si no se cumplen los requisitos exigidos y entre ellos, el de acompañar el(os) acto(s) demandado(s), no se debe dar curso a la demanda.

Lo hasta aquí expuesto, permite concluir que evidentemente hubo una falla de la magistrada sustanciadora, al aceptar una demanda que no reunía todos los requisitos formales exigidos por las normas procesales para su admisión pero, considera la Sala que teniendo en cuenta que "el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial" (art. 4, Código de Procedimiento Civil), ya entrabada la *litis* y considerando que no se presentaba la ausencia total de los actos demandados, sino solamente de uno de ellos, el cual sí se había demandado y su parte fundamental estaba transcrita, podía el despacho proferir como lo hizo la sentencia de instancia, mas cuando se habían solicitado los antecedentes administrativos tal como en ella misma se afirma.

No comparte la Sala la actuación del Tribunal en Sala Unitaria de dictar un auto para mejor proveer solicitando el acto omitido, cuando esa omisión había sido justamente el argumento de la impugnación de la parte demandada, pues ello da lugar a cuestionar la imparcialidad que el juez debe mantener y transmitir en todas sus actuaciones.

Si bien con un rigor formal, de conformidad con los citados artículos de la Ley 167 de 1941 y del Decreto 01 de 1984, la Resolución número 465 del 26 de junio de 1980 de la División de Rentas de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Cali, también debía adjuntarse, su contenido bien podía establecerse del texto mismo de las otras resoluciones que resolvieron los recursos y las cuales si obraban en los autos; y situación diferente hubiera sido si dicha resolución no hubiere sido demandada.

Por lo expuesto, considera la Sala que en el presente caso no procede la declaratoria de una inepta demanda aunque si echa de menos, en la sentencia recurrida, el pronunciamiento del Tribunal *a quo* sobre este cuestionamiento hecho por la parte impugnadora de la demanda.

Precisado lo anterior con relación al problema de fondo, se observa que este se refiere a dos aspectos uno previo al otro: son las actividades que realiza la Flota Mercante Grancolombiana en Cali, gravadas con el impuesto de industria y comercio? y si lo son, cuál es el monto de ese impuesto?

Con relación al primer aspecto, el fallo apelado, luego de citar las normas locales que regulan el citado impuesto, se refiere a una inspección judicial que el despacho realizó a las oficinas de la Flota Mercante Grancolombiana, ubicadas en Cali (cuya acta no obra en el expediente reconstruido) le da el valor de plena prueba y concluye que allí se comprobó "...que en dichas oficinas no se realiza ningún tipo de actividad comercial, industrial o de servicios, ya que dicha

oficina está destinada a trámites administrativos. Ahora, es más, no fue posible la exhibición de libros de contabilidad dentro de dicha diligencia, puesto que según afirmación del propio actor no existían, o no se llevaba contabilidad de ninguna clase en las oficinas ubicadas en esta ciudad, encontrándose la misma centralizada en sus oficinas principal (sic) en Bogotá en donde sus actos de comercio son gravados".

No son de recibo las anteriores afirmaciones, enfrente a:

1. Según el certificado expedido por la Cámara de Comercio el día 8 de agosto de 1986, sobre la existencia y representación legal de la sociedad actora, el cual obra a folio 87 y siguientes del expediente, el objeto social de la Flota Mercante Grancolombiana es:

"...A) Organizar, fomentar, regularizar, *explotar industrial y comercialmente servicios de Transporte Marítimo, fluvial y de cabotaje, tanto de carga como de pasajeros y semovientes,* entre el exterior y los puertos habilitados y otros sitios y ciudades de Colombia y del Ecuador; entre países extranjeros y entre puertos colombianos y ecuatorianos, lo mismo que la operación de los servicios relacionados con el transporte intermodal, aéreo y terrestre, de carga y semovientes. B) Comprar y vender, importar y exportar cualquier clase de bienes, artículos y mercaderías relacionados con el negocio. C) Establecer dentro de las tres Repúblicas de Colombia, de Venezuela y del Ecuador y en el extranjero, agencias, sucursales y filiales técnicas y comerciales, y aceptar representaciones de entidades del mismo ramo y de ramos similares y complementarios. D) Suscribir acciones o participar en cualquier otra forma en empresas o negocios que faciliten sus operaciones. La sociedad podrá incorporar en su seno otra u otras. E) Tomar o dar dinero en préstamo, dar en garantía sus bienes muebles o inmuebles, girar, endosar, adquirir, aceptar, cobrar, protestar, cancelar o pagar letras de cambio, cheques o cualesquiera otros efectos de comercio o aceptarlos en pago, ejecutar, en general celebrar actos o contratos que se relacionen directa o indirectamente con las operaciones que forman el objeto social, tal como quede indicado, como también toda clase de operaciones industriales o comerciales que convengan a los fines sociales. F) Adquirir bienes de cualquier clase, raíces o muebles para invertir en ellos sus fondos disponibles de reserva, provisión y otros, o enajenar cualquiera de estos bienes que hubiere adquirido. G) También podrá la sociedad ocuparse en cualquier otro negocio lícito, sea o no de comercio, siempre que esté relacionado con los negocios u objetos que la sociedad va a desarrollar. Son propósitos de la sociedad, el de fomentar el intercambio comercial entre los puertos marítimos y fluviales de las tres repúblicas y el de transportar la carga de importación y exportación de dichos estados, en forma que llegue a suplir las necesidades de los mismos cuanto hace a transporte marítimo" (se subraya).

2. En el formulario en el que la sociedad actora presentó declaración de industria y comercio correspondiente al año de 1979, en el municipio de Cali, el cual obra a folio 59 del expediente, en la casilla "Descripción de actividades: se lee textualmente *transporte marítimo de carga*".

3. Según los antecedentes administrativos que obran en el expediente, está comprobado que la Flota Mercante Grancolombiana se encuentra inscrita en el Departamento de Industria y Comercio de la Secretaría de Hacienda Municipal de Cali, con placa número 754-75.

Los citados documentos permiten establecer que las actividades propias de la Flota Mercante Grancolombiana, tal como lo define su objeto social, como ella misma lo declara *"transporte marítimo de carga"*, y como expresamente lo reconoce, al inscribirse en el Departamento de Industria y Comercio de la Secretaría de Hacienda Municipal, son actividades sometidas al pago de impuesto de industria y comercio, de conformidad con el Decreto 1912 de 15 de diciembre de 1978, artículos 1º y 2º los cuales textualmente dicen:

"1º El impuesto de industria y comercio grava todas las actividades industriales, comerciales y de servicios que se ejecuten o realicen en el Municipio de Santiago de Cali, durante cada vigencia fiscal comprendida por el período que comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre.

"2º El impuesto de industria y comercio recae sobre todas las personas naturales o jurídicas bajo cuya responsabilidad se ejerza cualquier actividad comercial, industrial o de servicios, bien sea que la ejecuten directa o indirectamente, en forma permanente u ocasional, en local determinado o en forma ambulante, dentro de la jurisdicción del Municipio de Santiago de Cali".

Si esas son las actividades propias de la sociedad, no entiende la Sala que se refiere el *a quo* cuando afirma que la oficina de Cali está destinada "a trámites meramente administrativos", pues es obvio que el "transporte *marítimo* de carga" que es la actividad declarada, no lo puede realizar en el Municipio de Cali, como tampoco podría realizarla en Bogotá o en Medellín, pero es allí, en donde realiza la actividad propia de su objeto social, como es "el explotar industrial y comercialmente servicios de transporte marítimo...", y los trámites administrativos necesariamente, están relacionados con ese objeto social.

Tiene razón la recurrente, cuando afirma que "una cosa es la celebración de un contrato en la ciudad de Cali mediante el cual la compañía transportadora, en el presente caso Flota Mercante Grancolombiana S. A., se compromete con una persona natural o jurídica a prestar el servicio de movilizar de un lugar a otro, en un buque de su propiedad o tomado en alquiler, una carga singularizada y que como contraprestación recibe una suma determinada en dinero, suma que en este caso se cancela en el sitio donde se celebra el contrato (sic), o sea la ciudad de Cali, y

Otra cosa es que para la ejecución de dicho contrato se responsabilice la empresa transportadora a movilizar la carga, bien sea desde el sitio desde donde se suscribió el contrato o desde un puerto donde previamente sitúe, quien solicita la prestación del servicio de carga.

"Tenemos pues, que una cosa es la ejecución de la actividad que se grava con el impuesto de industria y comercio y otra cosa muy diferente es el lugar de donde y hasta donde se entienda que el servicio se debe prestar..."

El hecho de que en la citada oficina de Cali no se lleve una contabilidad de las actividades allí realizadas, lo que implica es una gran dificultad para precisar el monto del impuesto, pero de ninguna manera puede por *ello* concluirse como lo hizo el Tribunal, que sus actividades no están gravadas, con el impuesto de industria y comercio.

Por el contrario: ello comprueba que las actividades allí realizadas no son diferentes de las que la sociedad realiza en otra ciudades como Bogotá y Medellín, en las cuales según consta en el expediente, la actora es gravada con el impuesto en cuestión, aspecto este que argumentó, pero que no comprobó debidamente como lo exige el artículo 15 del Decreto 1912 de 1978 del alcalde de Cali.

Por otra parte, la sociedad actora alegó que en virtud de la Ley 10 de 1946, estaba exenta de algunos impuestos, pero como en dicha norma no se hace referencia al impuesto aquí discutido, no puede afirmarse que esté exenta del pago del impuesto de industria y comercio.

Por todo lo hasta aquí expuesto, es claro que las actividades que realiza la Flota Mercante Grancolombiana en la ciudad de Cali se encuentran gravadas con el impuesto de industria y comercio, por tratarse como lo establece su objeto social de la explotación industrial y comercial del servicio de transporte marítimo, y las cuales son las propias de la citada sociedad, cualquiera que sea el lugar donde las realice.

Establecido conforme a lo anterior, que las actividades realizadas por la oficina de Cali de la Flota Mercante Grancolombiana, son gravadas con el impuesto de industria y comercio, es del caso referirse a la forma como los actos demandados, fijaron el monto del impuesto que la citada sociedad debía pagar al Municipio de Cali por el año de 1980.

Según el expediente de antecedentes administrativos, la Secretaría de Hacienda del Municipio de Cali, a través de la jefe de la División de Rentas citó el 12 de mayo de 1980, mediante oficio SHR-136 al señor gerente de la sociedad actora, "con el fin de aclarar algunos asuntos relacionados con el impuesto de industria y comercio" (fl. 85).

El 22 de mayo del mismo año de 1980, la misma funcionaria le envió el oficio SHR-179, en el cual se lee: "le solicito hacer llegar a la Secretaría de Hacienda de Cali, División de Rentas, el estado de Pérdidas y Ganancias consolidado de la Flota Mercante Grancolombiana, a diciembre 31 de 1979 y el resumen de la cuenta de ingresos o bancos o caja, o planilla de ingresos, de la agencia de Cali. "Estos documentos fueron solicitados también en 1979 y no nos los enviaron, le solicito atender nuestro requerimiento antes de finalizar el mes de mayo de 1980" (fl. 87).

Con fecha 23 de junio de 1980 el gerente de la Flota Mercante Grancolombiana en Cali le dirigió una comunicación, según la cual puede establecerse que la citada sociedad, en respuesta a la anterior solicitud, entregó a la División de Rentas de la Secretaría de Hacienda

del Municipio el informe de Labores de la Sociedad, del año 1979, con su respectivo balance consolidado y estado de pérdidas y ganancias (fl. 88).

De acuerdo con los datos contenidos en el citado informe, que por lo demás eran los únicos que la sociedad actora había presentado al Municipio con relación al impuesto de industria y comercio, las autoridades pertinentes, expidieron los actos demandados y allí fijaron el monto del impuesto de industria y comercio para el año de 1980, teniendo en cuenta lo siguiente:

Ingresos anuales consolidados	$ 12.042.097.533
1% estimado agencia de Cali	120.420.975
Promedio mensual de ingresos	10.035.081
Industria y Comercio. Tarifa 3 x 1.000	
Servicios relacionados con el transporte	30.105
Aproximado a	30.000

A juicio de la Sala, la autoridad administrativa, tenía competencia para hacerlo, de conformidad con el artículo 73 del Decreto 1912 de 1978, del alcalde del Municipio de Cali, según el cual "la carga de la prueba respecto de la veracidad de la declaración, corresponde al contribuyente. *En los casos en que este no pueda probar idóneamente los datos consignados en la declaración, el monto real de su impuesto se estimará oficiosamente por el jefe de la División de Rentas de la Secretaría de Hacienda*" (se subraya).

Así que, los actos demandados, no tomaron como base supuestos, sino el mismo documento aportado por el representante de la sociedad actora y al aplicarle la tarifa correspondiente se le asignó el monto de $ 30.000 mensuales para el año de 1980.

Por último, es del caso anotar, cómo la misma sociedad actora aceptó desde el año de 1979, que debía pagar impuesto de industria y comercio en la ciudad de Cali y solamente cuestionó su monto, así se lee en comunicación número 01712 de 9 de agosto de 1979, dirigida por el gerente de la sociedad en Cali, doctor Luis Teodoro Alvarez Guzmán, al alcalde de la ciudad de Cali en los siguientes términos:

"En forma atenta me permito adjuntarle a la presente fotocopia de la comunicación que he recibido de la doctora Cecilia T. de Vargas, jefe División de Rentas del Municipio.

"Según me manifestó nuestro doctor Carlos Lleras de la Fuente, ustedes quedaron en sostener una nueva reunión para, finalmente, llegar a una conclusión definitiva sobre *el nuevo monto del impuesto* que debemos pagar al Municipio de Cali, habida cuenta de las dificultades de todo orden, que tanto nuestro doctor Lleras como el suscrito le expresáramos, dificultades que nos impiden calcular dicho impuesto de acuerdo al estatuto legal del municipio.

"Así quedo a la espera de su nueva reunión con el doctor Lleras y pendiente de sus noticias, le envío mi más cordial y atento saludo" (se subraya).

Por todo lo expuesto, considera la Sala que debe revocarse la providencia del Tribunal *a quo*, aquí recurrida y en su lugar declarar ajustados a la legalidad y en firme los actos demandados.

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

Falla:

1º Revócase la sentencia apelada.

2º Se declaran ajustados a la legalidad y en firme los siguientes actos administrativos: Resolución 465 de 26 de junio de 1980 de la División de Rentas de la Secretaría de Hacienda Municipal.

Resolución 1111 de 6 de noviembre de 1980 de la División de Rentas de la Secretaría de Hacienda Municipal.

Resoluciones 595 A de 24 de diciembre de 1980 del señor Alcalde del Municipio de Cali.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado Torado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.—

Base para liquidar el monto del impuesto, son las ventas del año inmediatamente anterior.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veinte de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 0308. Apelación de la sentencia de julio 1º de 1981 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en juicio de revisión de impuestos por el año gravable de 1977. Actor: Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A.

Habiéndose cumplido debidamente la reconstrucción, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Medellín como entidad demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el juicio de revisión de impuestos iniciado por Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A. CADENALCO contra la operación administrativa de fijación del impuesto de industria y comercio, correspondiente al año gravable de 1977, por el almacén ubicado en la carrera 52 Nº 47-36 (Pichincha) de Medellín, operación contenida en las Resoluciones número 20 de 8 de octubre de 1977 y número 18 de 19 de abril de 1978, expedidas por el jefe del Departamento de Impuestos Municipales de Medellín, y en el Acta número 6 de 12 de mayo de 1978 de la Junta de Hacienda Municipal.

Antecedentes:

Con base en los documentos allegados con motivo de la reconstrucción y fundamentalmente, teniendo en cuenta lo afirmado en la parte considerativa de la sentencia del Tribunal *a quo*, la Sala observa que la contribuyente presentó la declaración anual de industria y comercio, correspondiente al año de 1976 y a su almacén ubicado en la carrera 52 Nº 47-36 de Medellín, con un total de ventas de $ 76.936.991 con un promedio mensual de $ 6.411.413 al cual le aplicó un milaje del 6 por mil, al ubicar el establecimiento en el grupo 62-35-10 lo cual implica un impuesto mensual de industria y comercio de $ 38.468 que sería lo que la sociedad tenía que pagar durante el año de 1977.

Por su parte la administración no aceptó lo anterior y según lo relata el fallo apelado, ordenó una visita de los contadores revisores, los cuales según documento del 11 de abril de 1978, el cual no aparece

en el expediente reconstruido, encontraron como promedio mensual de ventas la suma de $ 13.627.376 y una carga fiscal de $ 81.764 mensuales; cifras que fueron fijadas por los actos demandados.

La sentencia apelada:

El Tribunal de instancia desató la controversia planteada por la contribuyente contra los actos anteriores, declarando su nulidad, dejando en firme su liquidación privada y declarando que no había lugar a la sanción por considerar que los actos demandados habían violado las normas de carácter municipal que regulan el impuesto de industria y comercio, en las cuales se prevee que la base para fijar el monto del impuesto de industria y comercio, es el valor total de las ventas realizadas en el año inmediatamente anterior y ya que, según los visitadores de la administración, la nueva liquidación "...se hizo teniendo como base la diferencia que se presentó en el año 1975, cuando solamente declararon el 50% aproximadamente, de sus ingresos reales".

En síntesis el Tribunal resolvió favorablemente las peticiones de la demanda por cuanto la liquidación del impuesto de industria y comercio del almacén en cuestión para 1977, la hizo la administración con base en datos de 1975, en cuanto no obtuvieron información satisfactoria del año de 1976.

Agrega el fallo apelado con relación a la sanción por inexactitud, que "mal puede auspiciarse una sanción orientada como castigo a la inexactitud (art. 37 del Acuerdo 17 de 1971), cuando para llegar a ello se tuvieron que confrontar, valorar y proyectar hacia el futuro, las fallas ajenas al período inmediatamente anterior, quebrantándose la esencia del impuesto de industria y comercio que se genera por anualidades, sin admitir un entrelazamiento tan amplio como el que impuso la Administración Municipal".

El recurso de apelación:

El señor apoderado del Municipio de Medellín interpuso el recurso de apelación que ahora se trata de resolver y el cuestionamiento del fallo de instancia, lo fundamenta principalmente en la afirmación de que la administración tiene facultades discrecionales para utilizar diferentes mecanismos tendientes a establecer la liquidación oficial de un impuesto, sin que la única posibilidad sea la declaración del interesado, esto de conformidad con los artículos 42 y 36 del Acuerdo número 17 de 1971, y el artículo 20 del Acuerdo número 7 de 1973, los cuales le permiten a la administración fijar el monto del impuesto de acuerdo con los elementos de juicio que pudiere obtener.

Agrega que con relación a la tarifa del 6 por mil, que también había sido cuestionada por el apoderado de la contribuyente, no es del caso ningún comentario, toda vez que esta en su declaración privada de 1976, la aplicó.

Concepto fiscal:

La señora Fiscal Sexta de la Corporación, en su concepto de fondo considera que debe confirmarse el fallo apelado. Afirma que la infor-

mación de los visitadores sólo es pertinente cuando el contribuyente no haya declarado, pero no para constatar la veracidad de las declaraciones y a su juicio, en este último evento las revisiones han de recaer sobre las ventas del año inmediatamente anterior.

Acepta como prueba la peritación realizada durante el trámite de la instancia, la cual coincide con la declaración presentada por la contribuyente y acoge la tesis del *a quo* en el sentido de que el año que debió revisarse fue el de 1976 y no el de 1975.

Consideraciones de la Sala:

Con las limitaciones que surgen por tratarse de un expediente reconstruido, se procede a resolver la controversia planteada en el presente recurso de apelación, la cual se refiere precisamente a establecer si la Administración Municipal podía, como lo hizo liquidar y establecer el impuesto de industria y comercio de la contribuyente para el año de 1977, en el almacén ubicado en la carrera 52 número 47-36 (Pichincha) Medellín, teniendo en cuenta el valor declarado como ventas en 1975, luego de no aceptar lo declarado e informado por la misma sociedad contribuyente.

Las normas de carácter local aplicables al caso de autos, se encuentran contenidas en los artículos 29-36 y 42 del Acuerdo 17 de 1971, adicionado este último por el artículo 20 del Acuerdo 7 de 1973, los cuales dicen textualmente:

Artículo 29 Acuerdo 17 de 1971.

"Artículo 29.— Entre el 1º de enero y el 31 de marzo de cada año los contribuyentes gravados con impuesto de industria y comercio, deberán presentar por duplicado, ante el Departamento de Impuestos, la declaración escrita y jurada, correspondiente a sus actividades en el año anterior, que contenga además de las informaciones que dicha dependencia señala en desarrollo del presente acuerdo, las informaciones necesarias para determinar el valor del gravamen correspondiente".

Artículo 36 Acuerdo 17 de 1971.

"Todos los contribuyentes están en la obligación de demostrar la veracidad de los datos que suministren en la respectiva declaración, con certificaciones de la Administración de Hacienda y libros registrados, si así lo solicitare el Departamento de Impuestos. Si no lo hicieren, el departamento fijará el impuesto en el monto que corresponda a la realidad de acuerdo con los elementos de juicio que puede allegar.

"Parágrafo.— Los visitadores de Industria y Comercio revisarán los establecimientos gravados con impuestos, a fin de constatar la veracidad de las declaraciones y de informar la actividad cumplida por aquellos que no hayan declarado, con el objeto de que se puedan establecer los tributos y las sanciones pertinentes".

"……

Artículo 42 Acuerdo 17 de 1971.

"Anualmente el jefe del Departamento de Impuestos efectuará la liquidación oficial de Impuesto de Industria y Comercio, tomando como base la declaración y la liquidación privada de cada contribuyente, conforme lo preceptúa el artículo 36.

"......

Artículo 20 Acuerdo 7 de 1973,

"El artículo 42 del Acuerdo 17 de 1971, quedará así:

"Anualmente el jefe del Departamento de Impuestos Municipales efectuará la liquidación oficial del impuesto de Industria y Comercio, tomando como base la declaración y la liquidación privada de cada contribuyente, y también los demás elementos de juicio, conforme lo preceptúa el artículo 36".

De conformidad con las citadas normas, concluye la Sala que el contribuyente del impuesto de industria y comercio presenta una declaración correspondiente a sus actividades del año anterior y anualmente la administración liquida oficialmente el impuesto de industria y comercio, con base en la declaración y la liquidación privada presentada por el contribuyente.

Si la administración y concretamente el Departamento de Impuestos del Municipio lo llegare a solicitar, el contribuyente deberá comprobar la veracidad de su declaración, con base en sus libros registrados y certificaciones de la "Administración de Hacienda". Si el contribuyente no comprueba la veracidad de su declaración y liquidación cuando esta ha sido cuestionada por la administración, esta podrá fijar el monto del impuesto "...con base en los elementos de juicio que puede allegar...". Para poder tener elementos de juicio adicionales a los presentados por el contribuyente, la administración cuenta con los que el acuerdo municipal denomina visitadores de Industria y Comercio quienes tienen competencia propia para "constatar la veracidad de las declaraciones" e informar de la actividad de quienes no hubieren declarado.

En este caso, la contribuyente fue objeto de una visita pues como se afirma en la sentencia apelada, la administración tenía dudas, ya que se había formado "concepto adverso" en cuanto a la forma como presentaba las liquidaciones privadas, pues se habían establecido grandes diferencias entre las ventas brutas efectivas y las informadas.

No obra en el expediente ni el acta de la visita, ni el informe rendido por los visitadores y respecto de esa visita, solamente la Sala encuentra la referencia que hace el *a quo*, en el sentido de que "La administración se apartó como bien lo detalla el informe, de estas cantidades que se aferraban a un listado de computadora destinado específicamente para industria y comercio, pero que no encontraban confirmación en otros documentos y atendiéndose exclusivamente a las diferencias que se habían detectado en el año 1975 en el almacén de la calle Pichincha, así se procedió según folio 27:

"La liquidación del impuesto para este almacén, se hizo teniendo en cuenta un promedio mensual de ventas calculado a $ 13.627.378.00, sin tener en cuenta los datos contenidos en la declaración privada

$ 76.936.951.00 promedio de $ 6.411.413.00. Este cálculo se hizo teniendo como base la diferencia que se presentó en el año 1975, cuando solamente declararon el 50% aproximadamente de sus ingresos reales. Tanto el impuesto fijado como la sanción que contempla la Resolución 00020 de octubre 8 de 1977, deben ser sostenidos".

Según lo anterior, entiende la Sala que la administración hizo la liquidación oficial aquí cuestionada, para el año de 1977, con base en los datos del año 1975, lo cual evidentemente, como lo anota el *a quo*, desconoce las previsiones contenidas en la normatividad local que regula el impuesto de industria y comercio y según las cuales la base para liquidar el monto del impuesto, son las ventas del año inmediatamente anterior (arts. 29 y 42 Acuerdo 17 de 1971).

Es cierto, como lo anota el recurrente que la administración puede tener en cuenta otros elementos de juicio, diferentes de la declaración privada y obtenidos cuando cuestionada esta, los contribuyentes deben probar la veracidad de sus informaciones, pero ello no significa que puedan remitirse a cifras de períodos gravables ya clausurados, en cuanto claramente la base gravable debe ser la originada exclusivamente en el año *inmediatamente* anterior.

En el caso de autos, si la administración cuestionó los datos presentados por la contribuyente, relacionados con las ventas del almacén en cuestión realizadas durante el año de 1976, podía investigar y tratar de conseguir otros elementos de juicio, pero siempre relacionadas con el citado período, pero no como lo hizo, acudir a datos correspondientes a otros años diferentes de 1976, para fijar el impuesto del año de 1977.

Como lo hizo, desconoció la normatividad superior, tal como lo dijo el Tribunal *a quo*, y por ello habrá de confirmarse la sentencia apelada, ya que por lo demás, no aparecen en el expediente pruebas de lo alegado por el recurrente relacionadas, con otros elementos de juicio que pudiera haber tenido la administración en cuanto la contribuyente no hubiera podido probar la veracidad de su declaración correspondiente al año de 1976, de que obstaculizó la visita realizada por los inspectores de Industria y Comercio, o de confundir ventas brutas realizadas con ventas brutas denunciadas.

Con relación a la sanción impuesta y en cuanto a la discusión sobre si se trata de un establecimiento departamentalizado o no, lo planteado por el *a quo* también se confirmará, en cuanto evidentemente si acepta que la liquidación privada debe quedar en firme, no hay lugar a sanción y porque en cuanto al código de actividad y la tarifa aplicable, no hay controversia entre las partes.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Carmelo Martínez Conn, ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS. CERTIFICACION POR EL INCOMEX.—

En el sistema anterior a la certificación del valor de los cigarrillos extranjeros, encargada al INCOMEX (Decreto 1222 de 1986, art. 136) el mayor precio de los cigarrillos de producción nacional que servía de base para el impuesto, debía ser divulgado por las autoridades para que las distribuidoras pudieran aplicarlos.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diez de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 6514. Actor: Distribuidora Colombina Limitada. Impuestos.

Reconstruido el proceso, se resuelve la apelación que interpuso la sociedad Distribuidora Colombiana Limitada, contra la sentencia por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó la nulidad de las Resoluciones 1639, 1778, 3625 y 3626 de 1980, del director de Impuestos Distritales y la número 176 de 1982 de la Junta de Hacienda, que determinaron a su cargo un mayor valor del impuesto al consumo de cigarrillos de procedencia extranjera, correspondiente a los meses de abril y marzo de 1980.

La compañía venía liquidando el impuesto sobre $ 7.44 que era el valor más alto de la cajetilla de cigarrillo nacional. Las autoridades distritales en junio de 1980 ajustaron el impuesto pagado por las ventas de abril 15 a mayo 31, a razón de $ 8.58 que fue el precio adoptado por la Compañía Colombiana de Tabaco y comunicado por esta al Distrito Especial el 14 de abril, mas no a la demandante.

La actora alegó que no sólo el Distrito no hizo ninguna indagación sobre el precio de los cigarrillos nacionales, sino que no comunicó el nuevo valor sobre el cual se debía liquidar el impuesto. La sentencia no aceptó tal argumentación y sostuvo la actuación oficial.

La impugnación de la recurrente contra la sentencia, se concreta a lo siguiente:

1º No examinó el primer cargo formulado en la demanda, consistente en la violación del artículo 1º de la Ley 19 de 1970, en los siguientes términos que conviene transcribir:

"De texto del artículo 1º citado, se deriva la obligación para las autoridades públicas correspondientes de verificar en la realidad del mercado el precio del cigarrillo nacional más costoso, que es la base para determinar el impuesto de consumo para el cigarrillo importado. En la sentencia se reconoce que esa verificación no se hizo y que el tributo se tasó con fundamento en una simple información suministrada por una empresa privada con interés evidente de crearse factores ventajosos y favorables en relación con sus competidores...

"También se adujo en la demanda la violación del artículo 1º citado, en concepto de que el procedimiento utilizado para liquidar el impuesto que la propia ley define como de consumo, desnaturaliza el tributo en cuanto implica que el importador y no el consumidor, que es su destinatario, tenga que asumir exclusivamente la carga, sin posibilidad de trasladarla, como sería lo lógico dentro de un impuesto al consumo..."

2º Según la sentencia, se comunicó telefónicamente a la sociedad la variación del precio del cigarrillo nacional. Alega el recurrente, que la comunicación telefónica no es la idónea para notificar actos oficiales, mucho menos cuando de ello depende la tasación de un tributo. En este argumento fundó la demandante el cargo de violación de los artículos 52 a 55 del Código de Régimen Político y Municipal, que no fue aceptado por el Tribunal.

El Distrito Especial de Bogotá, a través del personero fue notificado de la solicitud de reconstrucción, pero no aportó copia de su alegato en la primera instancia, al cual hace referencia el fallo recurrido.

Para resolver se considera:

La Ley 19 de 1970, preceptuó en su artículo 1º:

"Los cigarrillos de procedencia extranjera estarán sujetos a un impuesto de consumo a favor de los departamentos, del Distrito Especial de Bogotá, de las intendencias y comisarías donde se expendan, igual al impuesto de consumo departamental que paguen los cigarrillos de producción nacional y de mayor precio. Dicho impuesto será liquidado y recaudado en la misma forma establecida para los impuestos correspondientes a los cigarrillos de fabricación nacional".

Para la fecha de expedición de la ley en cita —Ley 19 de 1970, art. 79—, el impuesto al consumo de tabaco al cual se remitió para efectos de la liquidación y recaudo del establecido sobre los de procedencia extranjera, se hallaba regulado por el Derecho Legislativo 1626 de 1951 y la Ley 4ª de 1963 en materia de tarifas, y en los demás aspectos esenciales de la obligación tributaria, así como en los relativos a su efectivo cumplimiento, por el Decreto extraordinario 214 de 1969, así:

a) El hecho generador de la obligación lo constituye la distribución de cigarrillos por una "persona, firma o empresa" dentro de una determinada zona geográfica, en forma única o en concurrencia con otros distribuidores, ya sean mayoristas, intermediarios o vendedores al detal (art. 1º, parágrafo Decreto 214 de 1968).

b) El momento de ocurrencia de dicho evento se fijó en el de la entrega real o simbólica de los productos por parte de los distribuidores o los vendedores (*ib.* art. 4º, inc. 1º).

c) La base de liquidación del gravamen es el precio de distribución, sin deducir descuentos o bonificaciones y sin incluir los impuestos sobre consumo de tabaco y sobre ventas, que deben formar parte del valor total que paga el cliente en la forma, estado y lugar de la distribución (arts. 1º y 3º, inc. final).

d) Para los cigarrillos, la tarifa es del 100% del precio de venta, sin consideración al empaque, al peso o a la presentación, salvo que en su elaboración se emplee tabaco extranjero importado, caso en el cual, la tarifa es del 10% del precio de venta (Decreto 1626 de 1951, art. 4º Ley 4ª de 1983 art. 7º). La distribución de picadura, rapé o chinú de fabricación nacional, se gravó con una tarifa del 40%, sobre el precio de venta (Decreto-ley 1626 de 1951, art. 4º).

e) Son responsables del pago de los impuestos, en forma solidaria, los fabricantes y los distribuidores (Decreto E. 284 de 1969, art. 4º, inc. 2º). Para los fines del control administrativo del cumplimiento de la obligación por parte de los responsables, el mismo decreto les impuso el deber formal de comunicar por escrito a las autoridades de rentas departamentales, intendencias o comisariales, el precio de distribución de cada una de las marcas que expenden, así como las modificaciones a dichos precios (*ib.* arts. 4º y 3º inc. 1º).

Sostiene el libelista que la proposición jurídica enunciada en el artículo 1º de la Ley 19 de 1970, es incompleta y necesita complementarse con el señalamiento oficial del precio más alto en el mercado de los cigarrillos de producción nacional, con el fin de conocer las variaciones en la base gravable. Y que el acto que declare cuál es dicho precio, debe ser notificado, para producir efectos, según las previsiones de los artículos 52 a 55 del Código de Régimen Político y Municipal. Como las resoluciones que le impusieron un mayor valor a pagar a la demandante no fueron precedidas de tales requisitos, resultan violatorios de las normas invocadas y desnaturalizan el tributo previsto en ley como de consumo, por cuanto el importador tiene que asumir la carga impositiva sin posibilidad de trasladarla al consumidor.

Al respecto, considera la Sala que, dada la expresa remisión de la Ley 19 de 1970, al régimen del impuesto departamental sobre el consumo de tabaco vigente al momento de expedición de aquella, los correlativos deberes, derechos y facultades de la administración y de los responsables, sujetos activo y pasivo de la relación jurídica tributaria que surgen del artículo 1º de dicha ley, son los señalados en las normas que acaban de analizarse.

Pero como es obvio, sus previsiones deben acomodarse a la natural función económica que cumplen los obligados: para el caso de

los productores es fácil comprender que siendo ellos mismos quienes fijan el precio de venta (hay libertad de precios) y estando el impuesto ligado a este, es apenas elemental que ellos mismos están en capacidad de cumplir en forma inmediata y automática la ley, aplicando al precio de venta la tarifa del impuesto que corresponda según sea la procedencia del tabaco utilizado.

Pero cuando la empresa sólo distribuye cigarrillos extranjeros y por tanto, no está en capacidad de fijar precios de los cigarrillos de producción nacional, necesita de algún comunicado oficial sobre las variaciones en estos últimos para poder liquidar y cobrar el impuesto. Si la base del impuesto no es un factor que está bajo su control ni conocimiento, las autoridades fiscales tienen el deber de comunicárselo en forma segura y oportuna.

Es pertinente recordar que, en el año de 1971, el Gobierno Nacional expidió el Decreto número 8, reglamentario de la Ley 19 de 1970, que fijó el valor del gravamen que debían pagar los cigarrillos importados, teniendo en cuenta el que para entonces pagaban los cigarrillos nacionales de mayor precio, y autorizó a la Dirección General de Impuestos Nacionales, para modificarlos cada vez que comprobara un aumento en los precios de los cigarrillos de producción nacional (arts. 2º y 14). Esta Corporación en sentencia de febrero 2 de 1976, expediente 3832, consideró que el Gobierno no podía adoptar tales previsiones y las anuló, entre otras razones por las siguientes:

> "11. La Ley 19 de 1970 no sólo confirmó la existencia del impuesto nacional sobre el consumo de tabaco, de procedencia extranjera, sino que indicó la tarifa cuando dijo que ese impuesto sería igual si de consumo departamental *"que paguen los cigarrillos de producción nacional de mayor precio"*. Estando fijada la tarifa del impuesto, mal puede el gobierno con el pretexto de ejercer la potestad reglamentaria, señalar tarifa alguna y menos tarifa diferente, mayor o menor que la indicada en la ley. Es de la esencia de la potestad impositiva del Estado, que el estatuto que adopte las contribuciones, defina con claridad la causa del tributo, las personas obligadas y la tarifa. La Ley de 1970 cumplió esas condiciones y por tanto carece de objeto el reglamento en cuanto hace a cualquiera de las calificaciones esenciales de la ley tributaria" (Anales primer semestre de 1976).

Es fácil comprender el vacío que dejó este fallo en cuanto al *modus operandi* en especial de los responsables que no eran productores simultáneamente y que por tanto no estaban en capacidad de establecer los precios de los cigarrillos nacionales. Pero las autoridades debían proveer de algún sistema que divulgara precio más alto a fin de que todos ajustaran el cobro del impuesto a la nueva base que resultara del mercado.

Ese problema hoy está superado al encargar al INCOMEX de certificar el valor CIF de los cigarrillos extranjeros, según lo dispone el artículo 136 del Decreto 1222 de 1986.

Finalmente, la Sala comparte el argumento del apoderado de la actora, respecto de que la comunicación telefónica no es el medio legalmente idóneo para notificar actos de la Administración.

Está probado que la Compañía Colombiana de Tabaco comunicó el 14 de abril de 1986 al secretario de Hacienda del Distrito sus nuevos precios de distribución para sus productos (Royal e Hidalgos) y por ende la base para liquidar el impuesto, pero esta comunicación, que obviamente la conocían en forma inmediata sus propios clientes y distribuidores, no fue comunicada a la demandante, la cual no tenía por qué conocerla en forma inmediata (15 de abril), como lo consideró el Distrito al reaforar en el mes de junio los impuestos sobre las ventas de 15 de abril al 31 de mayo.

Como conclusión se revocará la sentencia apelada y se accederá a las peticiones en cuanto al monto del gravamen y devolución del exceso pagado, según recibo número 105442 de 21 de junio de 1982.

No se condena al Distrito a reconocer interés a título de lucro cesante, por cuanto el acto no señala ninguna norma especial que lo permita y la sentencia invocada de esta misma Sección Cuarta (Nº 770 de julio 3 de 1981), se refiere a Impuestos Nacionales y con relación al artículo 31 del Decreto extraordinario 2821 de 1974.

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

Falla:

1º Revócase la sentencia apelada.

2º Declárase que la actora Distribuidora Colombiana Ltda., con Registro Mercantil 1452 de Bogotá y Nit 99.301.163 sólo está obligada a pagar al Distrito Especial de Bogotá, por concepto de impuesto sobre consumo de cigarrillo extranjero en el período de abril y mayo de 1986, la cantidad de seis millones ochocientos diez y ocho mil trescientos trece pesos ($ 6.818.313).

3º Como consecuencia, el Distrito Especial de Bogotá, previos los trámites administrativos vigentes, devolverá a la citada compañía, la cantidad de un millón cuarenta y cuatro mil setecientos cuarenta y un pesos con sesenta centavos ($ 1.044.741.60), que pagó de más según recibo número 105442 de 21 de junio de 1982.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuelvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

(Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha).

Consuelo Sarria Olcos, presidente; *Jaime Abella Zárate, José Ignacio Narváez García, Carmelo Martínez Conn*, ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

TITULO OCTAVO

JURISDICCION COACTIVA

ACTOS CONFIRMATORIOS DE LIQUIDACION DE AFORO.—

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., treinta de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 1766. Actor: La Nación contra Rogelio Neira Martínez (Casa Olímpica). Apelación Auto de abril 1º de 1987, proferido por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, y excepciones propuestas por la parte ejecutada. Auto.

Se desata el recurso de apelación interpuesta por el Procurador Judicial de Rogelio Neira Martínez (Casa Olímpica), contra el mandamiento de pago librado el 1º de abril de 1987.

El título ejecutivo:

Sirvió de título ejecutivo las providencias dictadas por la División de Recursos Tributarios relativas al impuesto a las ventas a los números 02257 de 31 de octubre de 1984 que confirmó la liquidación de aforo por $ 44.387.00; 2258 por $ 59.143.00; 2288 por $ 431.406.00; 2287 por $ 7.411.691.00; 2292 por $ 8.783.790.00; 2266 por $ 9.281.940; 2286 por $ 9.111.474.00; 2285 por $ 7.816.470.00; 2251 por $ 8.716.860.00; 2250 por $ 8.321.280.00; 2249 por $ 11.443.505.00; 2290 por $ 11.109.715.00; 2267 por $ 8.974.612.00; 2289 por $ 10.885.012.00; 2262 por $ 7.859.656.00; 2248 por $ 10.874.932.00; 2268 por $ 11.377.484.00; 2269 por $ 11.605.556.00; 2256 por $ 2.602.129.00; 2255 por $ 2.119.204.00; 2263 por $ 1.575.129.00; 2264 por $ 2.224.552.00; 2265 por $ 2.088.252.00 (fls. 2/4).

Los argumentos contra el mandamiento de pago:

1º El apoderado de la ejecutada sostiene que los actos aducidos no son títulos ejecutivos pues se hallan pendientes de decisión acerca de la revocatoria directa de los mismos, por lo cual no son exigibles pues no se hallan ejecutoriados.

Por ello, con base en el artículo 1542 del Código Civil sobre obligaciones condicionales no puede exigirse el pago reclamado.

2º Inexistencia de la obligación, la cual consiste en que contra las referidas providencias interpuso recursos de ley, los cuales no se decidieron dentro del término legal, generándose así el silencio administrativo positivo, y por tanto quedaron en firme las liquidaciones privadas del impuesto, razón por la cual los títulos ejecutivos invocados

como fundamento de las medidas ejecutivas eran extemporáneas y por lo mismo ilegales, de allí la inexistencia de las deudas reclamadas a favor de la Nación.

3º Silencio Administrativo positivo, en relación con los recursos de reconsideración que contra las medidas de aforo interpuso la actora, sin que se hubiera decidido oportunamente, pues vino a fallarse sólo 5 años y medio después, por lo que debe entenderse que se fallaron en favor del contribuyente y pide se declare así (fl. 189).

4º Prescripción de la acción de cobro por haber transcurrido lapso superior a 5 años contados a partir del reconocimiento del segundo mes siguiente a la fecha de la notificación de los actos invocados como títulos sin que se hubiera intentado acción ejecutiva interrumpido la prescripción por los medios legales, pues sólo vino a serle notificado a la actora el auto de mandamiento de pago el 25 de mayo de 1987.

Para resolver se considera:

En cuanto a los argumentos esgrimidos por el apelantte se tiene:

1º La existencia de recursos o solicitudes de revocación directa de los actos administrativos indicados, no los priva de su carácter ejecutorio, el cual puede ser argüido cuando las providencias por no haber sido debidamente notificados, no adquieren fuerza ejecutoria.

En las providencias indicadas y aportadas en copia idónea al expediente constan obligaciones claras y precisas y son exigibles según certificación del Administrador de Impuestos Nacionales de Bogotá.

2º La existencia de causas de invalidez de los títulos invocados, no puede ser objeto de discusión dentro del proceso ejecutivo como cuestión principal sino incidental y puede conllevar la suspensión del mismo.

La circunstancia de que las resoluciones aducidas como títulos ejecutivos son ilegales por haberse expedido luego de ocurrido el silencio administrativo positivo no puede ser calificado por el juez de la ejecución, sino por el de la validez de la decisión que lo es el de restablecimiento del derecho, a través del proceso ordinario Contencioso Administrativo, y además, no existe relación con el impuesto a las ventas.

Tal cuestión es objeto de examen con ocasión del incidente de excepciones, pero no en el momento de calificarse la procedencia o improcedencia del mandamiento de pago.

3º Prescripción:

La prescripción debe ser examinada como cuestión de fondo y no en el momento de analizar el mandamiento de pago, por lo pronto aparece que los actos que sirven de título ejecutivo se expidieron en octubre y noviembre de 1984 y se notificó su cobro al actor en mayo de 1987.

Por lo brevemente expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Resuelve:

Confírmase el acto de mandamiento de pago del 1º de abril de 1987, librado a favor de la Nación y a cargo del contribuyente Rogelio Neira Martínez con C. C. 17.008.508 de Bogotá (Casa Olímpica), por la Sección de Cobranzas grupo número 3 de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá (fl. 160).

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Consuelo Sarria Olcos, Hernán Guillermo Aldana Duque, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

TITULO IX

CAPITULO I

RECURSO DE SUPLICA

YACIMIENTOS DE CARBON, HIERRO Y CALIZAS.— Reserva especial.

1. De los que sean necesarios para la INDUSTRIA SIDERURGICA y que se encuentren en BOYACA Y CUNDINAMARCA.

2. REGALIAS QUE SE LE PAGUEN AL ESTADO POR LAS EXPLOTACIONES; SU ADMINISTRACION CORRESPONDE A "SIDEBOY" (Instituto de Desarrollo de Boyacá).

3. DESTINACION DE LAS REGALIAS.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., febrero dieciocho de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente número 3057. Actor: Acerías Paz del Río S. A. Demandados: Ministerio de Minas y Energía, Empresa Colombiana de Minas "ECOMINAS" y otros.

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto calendado el día 14 de diciembre de 1987, pero sólo en cuanto al alcance de lo decidido en el punto tercero del mismo.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcriben a continuación los apartes pertinentes de la misma. En ella se lee:

"El apoderado judicial de Acerías Paz del Río S. A., solicitó la nulidad del auto de fecha 21 de julio de 1987 (fls. 346 a 348 cdno. 1), petición a la cual se le ha dado el trámite incidental respectivo, por lo que se procede a su decisión.

"Para resolver se considera:

"Primero. El incidentista estima que la providencia aludida es válida porque en ella se decidió ordenar dos trámites bien diferenciados 'que no podrían ser simultáneos sino sucesivos' (fl. 3 cdno. 6), a saber: poner en conocimiento una nulidad y modificar el auto admisorio de la demanda a los afectados con la nulidad, como si esta ya se hubiera declarado, a pesar de ignorarse si la sanearán o no. Este hecho constituye causal de nulidad, en opinión del incidentista, porque desconoce 'las formas propias del debido proceso' que 'han sido desconocidas' (fl. 4 cdno. 6).

"*Segundo*. Durante el traslado a la otra parte no hubo manifestación alguna, aunque posteriormente la apoderada de la Nación (Ministerio de Minas y Energía), expresó que por tratarse de un asunto de puro derecho se abstuvo de pedir pruebas y, además, solicitó que se prescindiera del período probatorio y se decidiera de plano el incidente.

"*Tercero*. Es mandato legal (art. 155 del C. de P. C.) que el que alegue una nulidad deberá expresar la causal invocada, entre otros requisitos. En el escrito sobre el cual se provee ahora, no se señala específicamente ninguna disposición legal como soporte de la nulidad invocada. No obstante la Sala entiende que la exigencia legal no hace relación con la nomenclatura de la norma que le sirve de apoyo, sino con su contenido.

"En este sentido, se interpreta que lo que el señor apoderado de la sociedad actora invoca es que ha habido un trámite distinto del que legalmente corresponde; y en verdad que tiene razón, puesto que lo dispuesto por el legislador, en caso de nulidades allanables, es que debe esperarse a que los afectados manifiesten si la subsanan o no y sólo después de esta etapa procede declarar la nulidad y disponer la renovación de la actuación que resulte afectada. En el asunto *sub judice* en el mismo auto se ordenó poner en conocimiento de las partes supuestamente afectadas por la nulidad y, de una vez, se ordenó renovar la actuación disponiendo que se notificara el auto admisorio y se corriera traslado de la demanda.

"*Cuarto*. Por otra parte, en el auto atacado se consideró que la nulidad se había presentado porque en el parágrafo del artículo 4º de la Resolución número 795 acusada, se había creado una situación jurídica subjetiva, particular y concreta, en relación con el Departamento de Boyacá y unos municipios, porque allí se ordenó darles unas copia auténtica de la Resolución número 2574 del 7 de diciembre de 1971, mediante la cual se cambia el aludido parágrafo por otro del siguiente tenor:

> "En las respectivas negociaciones deberán contemplarse contraprestaciones equitativas de carácter económico a favor del Estado, por las explotaciones de los yacimientos nacionales de carbón, hierros calizas efectuadas por Acerías Paz del Río S. A., tomando en cuenta la fecha en que se iniciaron tales explotaciones".

"No es esta la oportunidad procesal para entrar a decidir sobre la legalidad de esta última decisión, ni siquiera sobre la de los actos acusados, razón por la cual la Sala estima que no podrá hacer pronunciamiento jurisdiccional ninguno sin la comparencia del departamento y de los municipios aludidos, pues si ellos resultan o no afectados dependerá de lo que se decida en la sentencia, luego del debate respectivo en el que se tutela debidamente el derecho de defensa de esas entidades territoriales.

"Con fundamento en las anteriores consideraciones sólo se invalidará el auto acusado en el punto segundo; y el tercero en relación con la notificación y traslado de la demanda, pero este último conservará validez en cuanto a la orden de que se ponga en conocimiento la nulidad allí mencionada.

"*Quinto.* Como la nulidad prospera parcialmente no habrá condena en costas.

"En consecuencia

Se resuelve:

"*Primero:* Declárase nulo lo ordenado en el punto segundo de la parte resolutiva del auto de 21 de julio de 1987 y lo dispuesto en el punto tercero en cuanto a la notificación y traslado de la demanda; lo mismo que la actuación surtida con base en las decisiones que por este asunto se invalidan.

"*Segundo:* Deniégase la nulidad del resto del contenido del auto atacado.

"*Tercero:* Mantiénese la validez de lo decidido en el punto tercero de la providencia cuestionada, en cuanto a la orden de poner en conocimiento del Departamento de Boyacá y de los municipios allí mencionados, la nulidad aludida por medio del Tribunal comisionado y de los jueces que éste subcomisione" (fls. 11 a 14 cdno. núm. 6).

II

Sustentación del recurso

A folios 15 y siguientes del cuaderno número 6 aparece el escrito presentado por el impugnante, en el cual se hacen las siguientes valoraciones de orden jurídico y fáctico para sustentar el recurso. Allí se precisa:

"*Primera.* Una de las resoluciones ministeriales acusadas de nulidad —la 795 de 1980— dispuso en el parágrafo de su artículo 4º que en las negociaciones que se adelantaran entre Carbones de Colombia, S. A. —CARBOCOL— y la Empresa Colombiana de Minas —ECOMINAS—, por una parte, y Acerías Paz del Río S. A., por la otra parte, para cumplir el mandato (art. 4º de la Resolución 795) de que aquellas empresas estatales negociaran preferencialmente con Acerías la exploración y explotación de los yacimientos mineros que se les aportaron por la misma Resolución 795, deberían "contemplarse contraprestaciones equitativas de carácter económico, a favor del Departamento de Boyacá y de los Municipios de ubicación de las minas, por las explotaciones de los yacimientos nacionales efectuadas por Acerías Paz del Río S. A., tomando en cuenta la fecha en que se iniciaron tales explotaciones, sin perjuicio del impuesto de que trata la Ley 61 de 1979".

"Con base en dicho parágrafo, y estimando el honorable consejero ponente que había creado en favor del Departamento de Boyacá y de los municipios de ubicación de los yacimientos mineros un derecho subjetivo y concreto a percibir las contraprestaciones económicas que eventualmente se pactaron, estimó igualmente que esas entidades tenían derecho a intervenir en el proceso pues su resultado podía afectarlas, debiendo haber sido citadas y recibido notificación de la de-

manda: como no sucedió así, el ponente consideró que podía estarse ante una nulidad que debía ponerse en conocimiento de ellas para los efectos pertinentes.

"*Segunda.* Aun cuando respeto pero no comparto el criterio del señor consejero ponente, pues por el contrario estimo que no se da ni puede declararse nulidad alguna por este aspecto (que ya habría oportunidad de debatir, como anteriormente rebatí la existencia de una nulidad análoga, que en definitiva se mantuvo por razones de procedimiento, no de fondo), por ahora y para los efectos del recurso del que hago uso debo limitarme —pero ello creo es suficiente— a poner de presente que la pretendida nulidad podría tener algún asomo de existencia en razón de lo dispuesto por el parágrafo del artículo 4º de la Resolución 795 que mencionaba al Departamento de Boyacá y a los municipios de ubicación de las minas (y que el señor consejero ponente identificó por qué medio como Pesca, Guítiva, Monguí, Jericó, Sativanorte, Tibasosa, Samacá, Ventaquemada, Guachetá y Ráquira) como posibles beneficiarios de contraprestaciones económicas que se pactaran a cargo de Acerías en sus negociaciones con ECOMINAS y CARBOCOL.

"Cuando se dictó el auto de julio 21 de 1987, obraba en el proceso —y nada indicaba al honorable Consejo que no estuviera vigente— el primitivo parágrafo del artículo 4º de la Resolución 795, atrás transcrito y que aparentemente daba pie para pensar en la existencia de una nulidad por la no intervención en el proceso de las entidades territoriales llamadas eventualmente a percibir unas contraprestaciones económicas, si se pactaban a cargo de Acerías.

"Pero a mi escrito presentado el 13 de agosto de 1987 acompañé copia auténtica de la Resolución número 2574 de 1981 dictada el 17 de diciembre de dicho año por el Ministerio de Minas y Energía, por la cual se modificó la Resolución 795 de 1980 para sustituir, como lo sustituyó, el parágrafo del artículo 4º de la citada Resolución 795 de que ha venido hablándose, y para disponer a cambio de él:

"*Artículo primero.*— El parágrafo del artículo 4º de la Resolución 00795 del 16 de mayo de 1980 quedará así:

"En las respectivas negociaciones deberán contemplarse contraprestaciones equitativas de carácter económico a favor del Estado, por las explotaciones de los yacimientos nacionales de carbón, hierro y calizas efectuadas por Acerías Paz del Río S. A., tomando en cuenta la fecha en que se iniciaron tales explotaciones".

"*Artículo segundo.*— Esta resolución rige desde la fecha de su expedición".

"De conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2574, desde la fecha de su expedición —diciembre 17 de 1981— dejó de tener vigencia el primitivo parágrafo del artículo 4º de la Resolución 795 de 1980, por haber sido íntegramente sustituido por el que acaba de copiarse; y consecuencialmente el Departamento de Boyacá y los municipios de ubicación de los yacimientos mineros aportados a ECOMINAS y a CARBOCOL por la Resolución 795 dejaron de tener la vocación que para percibir contraprestaciones de carácter económico

se les había conferido en 1980, puesto que dichas contraprestaciones —si a ellas se llegare— ya no serían pactadas en favor del departamento y de los municipios (Resolución 795 de 1980) sino del Estado (Resolución 2574 de 1981). En consecuencia, la entidad departamental y las entidades municipales no tienen interés jurídico alguno en el proceso ni en su resultado, pues cualquiera que éste fuere carece de virtualidad para favorecerlas o para perjudicarlas, toda vez que nada tienen qué ganar o qué perder en razón del litigio en el que no tienen ningún derecho a intervenir ni se debate nada que pueda interesarles.

"*Tercera.* Así mirada la cuestión, como en mi opinión necesariamente ha de mirarse, no puede ser legal dar cabida en el proceso a quienes carecen de todo interés jurídico para participar en él, puesto que lo que es materia del debate judicial no puede afectarlos en ningún sentido. Si en algún momento y por determinado lapso —desde mayo 16 de 1980 (fecha de la Resolución 795 de ese año) y hasta diciembre 17 de 1981 (fecha de la Resolución 2574 de ese año)— el Departamento de Boyacá y los municipios de ubicación de los yacimientos mineros tuvieron vocación para percibir contraprestaciones económicas que eventualmente se pactaron a cargo de Acerías en sus negociaciones con ECOMINAS y CARBOCOL sobre las minas de hierro, calizas y carbón (las únicas que se les aportaron), de esa vocación fueron privados al disponerse por la Resolución 2574 que las contraprestaciones serían a favor del Estado y ya no de las entidades territoriales que mencionaba el parágrafo del artículo 4º de la Resolución 795 de 1980, parágrafo este que desapareció del ámbito jurídico por haber sido íntegramente sustituido y que hoy no puede ser aplicado ni servir de soporte para decisión judicial alguna.

Si la pretendida nulidad que el honorable consejero ponente creyó advertir se basa precisamente en no haberse notificado la demanda a quienes debían ser parte obligada en el proceso para integrar el contradictorio, es obvio que no puede seguir pensándose así en presencia de lo dispuesto por la Resolución 2574 de 1981, puesto que ni el Departamento de Boyacá ni los municipios de ubicación de las minas pueden ser considerados ni deben ser tenidos como litis consortes necesarios toda vez que carecen de interés jurídico para intervenir en el proceso y que la decisión que en este recaiga no toca con ningún derecho de esas entidades territoriales ni es susceptible de afectarlas en ningún sentido.

"De esta manera, se ve claro que mantener la decisión de poner en conocimiento del Departamento de Boyacá y de algunos de sus municipios la nulidad que el señor consejero ponente creyó advertir no tiene justificación alguna ni asidero legal: si esas entidades no deben intervenir en el proceso en el que nada que les interese se debate, llevarlas a él es contrario a derecho; y si por carecer de interés jurídico no tienen por qué ser parte procesal,, llamarlas oficiosamente a ser parte rebasa las atribuciones y facultades judiciales, lesiona la ley y ofende injustificadamente a la otra parte que se ve enfrentada a un número superior de personas que seguramente han de hacerle más difícil la defensa de sus legítimos derechos.

"*Cuarta.* En el auto que impugno se lee que no es la oportunidad procesal para entrar a decidir sobre la legalidad de la Resolución 2574, ni siquiera la de los actos acusados, razón por la cual la Sala estima que no podrá hacer pronunciamiento jurisdiccional alguno sin la comparecencia del departamento y de los municipios, pues si ellos resultan o no afectados dependerá de lo que se decida en la sentencia, luego del debate respectivo en el que se tutele el derecho de defensa de esas entidades.

"Creo que es de mi deber referirme a esta apreciación que se halla en la parte motiva de la providencia, así: a) el pronunciamiento jurisdiccional que se haga sobre los actos administrativos acusados (Decreto 1179 y Resoluciones 794 y 795, de 1980) no puede afectar en forma alguna al Departamento de Boyacá ni a ninguna de sus entidades territoriales, puesto que no tienen derecho alguno que en el proceso se debata y carecen de todo interés jurídico para intervenir en dicho proceso y para ejercer dentro de él el derecho de defensa de algo inexistente; b) dentro del proceso en que hablo no puede haber, ni hoy ni mañana, pronunciamiento jurisdiccional alguno sobre la legalidad o la ilegalidad de la Resolución 2574 de 1981 pues este acto administrativo no está *sub judice,* no ha sido demandado —que yo sepa— y en todo caso decidir sobre su validez o ilegalidad tendrá que ser el resultado de un proceso diferente, si dicha resolución hubiere sido o fuere demandada ante la jurisdicción contencioso administrativa, nunca dentro del proceso en que hablo y en el que no se debate sobre la validez o no validez jurídica de dicha resolución.

"En consecuencia, tampoco por este aspecto se justifica ni es legal la intervención de las entidades territoriales dentro de este proceso, pues en él no habrá decisión jurisdiccional susceptible de favorecerlas o de perjudicarlas en ningún aspecto ni por ningún motivo. Si la Resolución 2574 de 1981 las lesionó al desconocerles un derecho que la 795 de 1980 les había otorgado, es cuestión ajena al presente proceso y que debe dilucidarse, si se cree del caso, con el ejercicio independiente de las acciones o medios que la ley brinda" (fls. 15 a 19 cdno. núm. 6).

III

Consideraciones de la Sala:

a) Ni en el Decreto número 1179 de 76 de mayo de 1980, ni en las Resoluciones números 000794 y 000795, dictadas ambas por el Ministerio de Minas y Energía, aparecen comprometidos derechos subjetivos del Departamento de Boyacá, pues lo que el artículo primero de la normatividad primeramente citada dispone es que se declaran "...de reserva especial los yacimientos de carbón, hierro y calizas que sean necesarios para la industria siderúrgica, que se encuentren en las zonas de los Departamentos de Boyacá y Cundinamarca..." que allí se delimitan.

La realidad anterior explica bien la razón por la cual no existe fundamento jurídico alguno para que ese centro de imputación jurídica se vincule al proceso;

b) De la atenta lectura del artículo 4º del Decreto número 1179 de 1980, se desprende que el Instituto de Desarrollo de Boyacá —IDEBOY— debe administrar e invertir la totalidad de las regalías que se paguen al Estado por la explotación de las minas situadas en municipios del Departamento de Boyacá, dentro de las zonas "A" y "B" alinderadas en el artículo 1º del mismo. Tales regalías, se precisa luego, se destinarán exclusivamente a gastos de inversión directamente relacionados con obras públicas, educación, salud, desarrollo agropecuario, fomento minero y defensa de los recursos forestales en tales municipios.

Dentro del marco jurídico anterior se tiene que las "regalías" se pagan al Estado, y le pertenecen a este. Sólo que las sumas que por tal concepto se perciban tienen una destinación especial.

La Resolución número 002574 de 17 de diciembre de 1981 originaria del Ministerio de Minas y Energía, por medio de la cual se modifica la número 795 de 16 de mayo de 1980, no hizo cosa distinta a corregir el error en que se incurrió en esta al consagrar que "...en las respectivas negociaciones deberán contemplarse contra prestaciones equitativas de carácter económico, a favor del Departamento de Boyacá y de los municipios de la ubicación de lasminas...", pues en puridad de verdad tales derechos se consagran en la ley en favor del Estado, y no respecto de estos últimos centros de imputación jurídica.

c) Dentro del marco anterior fluye con claridad que el Departamento de Boyacá no aparece como titular de ningún derecho subjetivo a lo largo de la normatividad acusada, motivo por el cual no se aprecia una buena razón de orden legal para que sea vinculado al proceso. En cambio, el Instituto de Desarrollo de Boyacá —IDEBOY— y los municipios del citado departamento, comprendidos en las zonas "A" y "B" del artículo primero del Decreto 1179 de 1980, sí, pues en favor del primero se establece el derecho de administración, y en beneficio de los segundos la utilización de las regalías para los fines específicos indicados en el artículo cuarto del mismo. Esto explica que si la normatividad acusada se derrumba, tales entes administrativos sufren perjuicio cierto en el goce y ejercicio de sus derechos, y si se mantienen estos se conservan incólumes para su propio beneficio.

Por ello el aparte del auto impugnado se mantedrá, con la modificación de que no hay lugar a notificar al Departamento de Boyacá por las razones en antes expuestas.

d) En apoyo de la perspectiva jurídica que se deja precisada la Sala recuerda que ella fue inicialmente también la del Procurador Judicial de la parte actora. Sólo así se explica el siguiente párrafo tomado de su escrito, visible a folios dos y siguientes del cuaderno número 6, donde se lee:

"Creyendo advertir el señor consejero ponente una nulidad por no haber sido convocados al proceso del departamento, el Instituto y los diez municipios atrás citados, que según el expediente debían formar el *litis* consorcio necesario, decidió ponerla oficiosamente en conocimiento de los así afectados para que manifestaran si la saneaban, todo de conformidad con lo dispuesto por el artículo 157 del Código de Procedimiento Civil. *Solamente hasta ahí era procedente disponer*

en esa providencia: poner en conocimiento la pretendida nulidad para que fuera o no saneada. Si lo primero, continuaría su curso el proceso; si lo segundo, se declararía la nulidad, de existir realmente (art. 157 citado)". (Subrayas de la Sala).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

Resuelve:

Confírmase el punto tercero de la providencia suplicada con la modificación en el sentido de que no hay lugar a hacer notificación alguna al Departamento de Boyacá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.

Arturo Mora Villate, Secretario.

PENSION DE JUBILACION. JUSTICIA ORDINARIA. Competencia.—

Reliquidación con base en sueldo devengado como trabajador oficial vinculado por contrato. De la controversia no es competente esta jurisdicción.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Sala de Decisión.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 1724. Actor: Jaime Angulo Bossa.

El señor Jaime Angulo Bossa interpuso mediante apoderado, recurso de súplica contra el auto de 10 de mayo de 1984, mediante el cual el consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas consideró que esta jurisdicción no era competente para conocer del proceso y declaró la nulidad de la actuación a partir del auto admisorio de la demanda.

Como la nulidad obedeció a que el reajuste o reliquidación que de su pensión de jubilación solicita el señor Jaime Angulo Bossa, procedería por aplicación de nuevos tiempos servidos mediante vinculación contractual, en el memorial sustentatorio del recurso se argumenta:

Que las partes en el proceso son de un lado el demandante y de otra la Caja Nacional de Previsión.

Lo que se demanda es la negativa de la Caja a reliquidar la pensión que viene pagando el actor. Es decir, que la controversia gira en torno a una prestación social que surge no del contrato de trabajo sino de las normas invocadas en la demanda, referentes a los derechos que surgen de la reincorporación al servicio oficial de un pensionado.

Que por ello esa controversia no proviene de un contrato de trabajo sino de la aplicación de las normas pertinentes.

Cita en su apoyo una providencia del Consejo de Estado de 18 de agosto de 1977.

Para resolver se considera:

Lo que se solicita en la demanda es la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, a partir de la fecha en que se decrete su retiro

del servicio oficial y con base en el sueldo promedio de los tres últimos años de servicio en la Empresa Colombiana de Petróleos, en su condición de trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo.

Es claro entonces que la controversia surge o se desprende de su vinculación contractual. Sin ella no estaría pretendiendo la reliquidación de la pensión.

Ciertamente todos los derechos de los trabajadores oficiales tienen su origen primero en la ley, nacen de las normas que los consagran.

Por eso es acertada la interpretación que de las disposiciones sobre competencia se hace en el auto suplicado.

La expresión "que no provengan de un contrato de trabajo", debe entenderse como excluyente de todos los conflictos en los cuales se controviertan derechos de los trabajadores oficiales en general, que son quienes se vinculan por contrato.

Ese es el espíritu de la norma. Sustraer del conocimiento de esta jurisdicción todo lo relacionado con derechos de las personas vinculadas a la Administración por contrato de trabajo, para adscribir tales asuntos a la competencia de la justicia ordinaria.

Si no fuera ello así, siempre que hubiera controversia sobre cualquier derecho, podría argumentarse que tiene origen en la ley.

La jurisprudencia citada por el recurrente fue rectificada en providencias posteriores que sostienen el criterio expuesto en el auto suplicado.

Claro está que las partes son, el demandante y la Caja Nacional de Previsión, pero el derecho se está reclamando precisamente por haber existido una vinculación contractual con una entidad descentralizada que dio lugar a un nuevo tiempo de servicios.

La Sala comparte pues la decisión del magistrado ponente, por considerar que es a la justicia ordinaria a la que corresponde conocer del asunto.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión

Resuelve:

Confirmar el auto suplicado de 10 de mayo de 1984, proferido por el consejero Reynaldo Arciniegas Baedecker dentro del proceso iniciado por el señor Jaime Angulo Bossa.

En firme esta providencia, pase el expediente al Despacho de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Aydée Anzola Linares, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CAPITULO II

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

(Ley 11 de 1975, art. 2º)

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA FRENTE A LA SENTENCIA QUE DESATA EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. Improcedencia.—

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número S-004. Recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de 22 de octubre de 1986 dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado. Actor: Néstor Ventez Playonero.

Esta providencia había sido proyectada, para ser sometida a consideración de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, esta resolvió en sesión de marzo 15 de 1988, que recursos como el planteado fueran decididos por el consejero ponente.

El señor Néstor Ventez Playonero, a través de apoderado interpuso recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de 22 de octubre de 1986, por medio de la cual la Sección Segunda del Consejo de Estado resolvió el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra el fallo de única instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 1º de noviembre de 1985. Mediante este proveído, el Tribunal resolvió favorablemente las pretensiones del actor, dirigidas a obtener su reintegro al servicio del Senado de la República, así como el pago de sueldos y prestaciones.

La Nación, a través del Ministerio de Gobierno, una vez ejecutoriada la sentencia, y dentro del término previsto por la ley, propuso contra ella recurso extraordinario de anulación, recurso tramitado y fallado por medio de la providencia que ahora es materia de súplica por el actor de la única instancia.

Consideraciones:

Según lo ha establecido el Consejo de Estado, los recursos extraordinarios de súplica y de anulación no son excluyentes uno del otro, si bien son distintos y paralelos por la naturaleza y finalidad que cada uno de ellos persigue. Mediante el de súplica "se comparan tesis doctrinales contenidas en autos y sentencias (del Consejo de Estado) sin que entre en juego ninguna consideración de tipo constitucional o legal". A través del de anulación "la confrontación se hace entre la sentencia y una o más normas constitucionales o legales, sin que entre en consideración ninguna tesis jurisprudencial".

Por lo demás "los dos recursos no concurren en el proceso: el uno es parte de él; el otro no. El recurso de súplica se ejerce y decide den-

tro del proceso. Por el contrario, el recurso de anulación, a semejanza del de revisión, se interpone, tramita y decide con posterioridad a la terminación del proceso en que se dictó la sentencia que es objeto de él; o sea que está sometido a un trámite completamente separado de aquel" (Sala Plena, auto, sept. 15 de 1986, Exp. núm. 0942. Consejero ponente, doctor Joaquín Vanín Tello).

Corolario de lo anterior es que la posible concurrencia de los dos recursos tenga lugar frente a la misma sentencia, mas no en relación jerárquica de uno de los dos ante el otro, como ha ocurrido en el presente caso, en el cual, el demandante pretende hacer objeto del recurso extraordinario de súplica, la sentencia que a su turno desató el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra fallo de única instancia proferido por Tribunal Administrativo. Tal posibilidad no está prevista por la ley y sí resultaría contraria a la necesidad de concluir oportunamente los procesos, evitando que ellos se hagan interminables, mucho más cuando, como pasaría aquí, frente a una sentencia ejecutoriada, única que hace posible el recurso extraordinario de anulación, se desencadenaría una serie de instancias francamente atentatoria de la seguridad jurídica y de la necesidad de pronta definición judicial.

La figura del recurso extraordinario de súplica tiene por objeto, como lo anota la providencia antes citada, autos interlocutorios y sentencias en relación con los cuales no se haya producido el fenómeno de la ejecutoria, y por ello afirma que es acontencimiento dentro del proceso respectivo. En el que aquí se examina, tal recurso no era dable, en primer lugar, porque siendo el proceso de única instancia, tramitado por un Tribunal Administrativo, no podrían presentarse jamás los presupuestos fácticos que justifican el recurso a la luz del artículo 2º de la Ley 11 de 1975. Y en segundo lugar, porque dirigiéndose contra una sentencia originada en actuación fuera del proceso, contradice el principio ya señalado, de que la súplica ha de tramitarse dentro del mismo.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que el Consejo de Estado,

Resuelva:

Por improcedente, no se admite el recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de 22 de octubre de 1986, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado y mediante la cual fue resuelto un recurso extraordinario de anulación.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para lo de su cargo.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA FRENTE A LA SENTENCIA QUE DESATA EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. Improcedencia.—

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número S-004. Recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de 22 de octubre de 1986 dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado. Actor: Néstor Ventez Playonero.

Esta providencia había sido proyectada, para ser sometida a consideración de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, esta resolvió en sesión de marzo 15 de 1988, que recursos como el planteado fueran decididos por el consejero ponente.

El señor Néstor Ventez Playonero, a través de apoderado interpuso recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de 22 de octubre de 1986, por medio de la cual la Sección Segunda del Consejo de Estado resolvió el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra el fallo de única instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 1º de noviembre de 1985. Mediante este proveído, el Tribunal resolvió favorablemente las pretensiones del actor, dirigidas a obtener su reintegro al servicio del Senado de la República, así como el pago de sueldos y prestaciones.

La Nación, a través del Ministerio de Gobierno, una vez ejecutoriada la sentencia, y dentro del término previsto por la ley, propuso contra ella recurso extraordinario de anulación, recurso tramitado y fallado por medio de la providencia que ahora es materia de súplica por el actor de la única instancia.

Consideraciones:

Según lo ha establecido el Consejo de Estado, los recursos extraordinarios de súplica y de anulación no son excluyentes uno del otro, si bien son distintos y paralelos por la naturaleza y finalidad que cada uno de ellos persigue. Mediante el de súplica "se comparan tesis doctrinales contenidas en autos y sentencias (del Consejo de Estado) sin que entre en juego ninguna consideración de tipo constitucional o legal". A través del de anulación "la confrontación se hace entre la sentencia y una o más normas constitucionales o legales, sin que entre en consideración ninguna tesis jurisprudencial".

Por lo demás "los dos recursos no concurren en el proceso: el uno es parte de él; el otro no. El recurso de súplica se ejerce y decide den-

tro del proceso. Por el contrario, el recurso de anulación, a semejanza del de revisión, se interpone, tramita y decide con posterioridad a la terminación del proceso en que se dictó la sentencia que es objeto de él; o sea que está sometido a un trámite completamente separado de aquel" (Sala Plena, auto, sept. 15 de 1986, Exp. núm. 0942. Consejero ponente, doctor Joaquín Vanín Tello).

Corolario de lo anterior es que la posible concurrencia de los dos recursos tenga lugar frente a la misma sentencia, mas no en relación jerárquica de uno de los dos ante el otro, como ha ocurrido en el presente caso, en el cual, el demandante pretende hacer objeto del recurso extraordinario de súplica, la sentencia que a su turno desató el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra fallo de única instancia proferido por Tribunal Administrativo. Tal posibilidad no está prevista por la ley y sí resultaría contraria a la necesidad de concluir oportunamente los procesos, evitando que ellos se hagan interminables, mucho más cuando, como pasaría aquí, frente a una sentencia ejecutoriada, única que hace posible el recurso extraordinario de anulación, se desencadenaría una serie de instancias francamente atentatoria de la seguridad jurídica y de la necesidad de pronta definición judicial.

La figura del recurso extraordinario de súplica tiene por objeto, como lo anota la providencia antes citada, autos interlocutorios y sentencias en relación con los cuales no se haya producido el fenómeno de la ejecutoria, y por ello afirma que es acontencimiento dentro del proceso respectivo. En el que aquí se examina, tal recurso no era dable, en primer lugar, porque siendo el proceso de única instancia, tramitado por un Tribunal Administrativo, no podrían presentarse jamás los presupuestos fácticos que justifican el recurso a la luz del artículo 2º de la Ley 11 de 1975. Y en segundo lugar, porque dirigiéndose contra una sentencia originada en actuación fuera del proceso, contradice el principio ya señalado, de que la súplica ha de tramitarse dentro del mismo.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que el Consejo de Estado,

Resuelva:

Por improcedente, no se admite el recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de 22 de octubre de 1986, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado y mediante la cual fue resuelto un recurso extraordinario de anulación.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para lo de su cargo.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA FRENTE AL AUTO INADMISORIO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. Procedencia. RECURSOS EXTRAORDINARIOS. IMPROCEDENCIA FRENTE A SENTENCIAS DE LA SALA ELECTORAL.—

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., quince de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación Rev. 013. Recurso de revisión contra providencia aclaratoria de 27 de marzo de 1987 proferida por la Sala Electoral del Consejo de Estado. Actor: Carlos Plata Castilla.

Procede la Sala Plena Contenciosa a resolver el recurso de súplica interpuesto por el doctor Carlos Plata Castilla, mediante apoderado, contra el auto de 25 de septiembre del año 1987, proferido en Sala Unitaria y mediante el cual, el consejero ponente se abstuvo de dar curso al recurso de revisión propuesto por el citado doctor Carlos Plata Castilla, mediante apoderado contra "la sentencia que mediante auto 'aclaratorio' profirió la Sala Contenciosa Electoral" el 27 de marzo del presente año dentro del proceso número E-016 en el que se demandó el acta por la cual se declararon electos representantes a la Cámara por la circunscripción electoral de Santander.

Antecedentes:

La Sala Contenciosa Electoral mediante sentencia de 26 de febrero de 1987 resolvió la controversia planteada en el proceso número E-016 en el que se demandó el acta, por la cual se declararon electos representantes a la Cámara por la circunscripción electoral de Santander.

La parte impugnadora solicitó aclaración de la citada sentencia y la Sala Contenciosa Electoral mediante providencia de 27 de marzo de 1987 accedió a dicha petición, aclarando la sentencia en cuestión.

La providencia aclaratoria quedó ejecutoriada el día 4 de abril de año en curso y el día 10 de septiembre del presente año fue interpuesto el recurso de revisión "de la sentencia que mediante auto 'aclaratorio' profirió la Sala Contenciosa Electoral" por el doctor Carlos Plata Castilla mediante apoderado.

Auto suplicado:

El honorable consejero a quien correspondió el estudio del recurso de acuerdo con el reparto, profirió el auto de 25 de septiembre de

1987 aquí recurrido, mediante el cual resolvió abstenerse de dar curso al citado recurso de revisión con base en el siguiente razonamiento:

"Como es sabido, el auto aclaratoria forma parte integral de la sentencia y debe notificarse como esta; esa providencia constituye con ella una unidad.

"La Ley 96 de 1985 dispuso en su artículo 67 que 'contra la sentencia de la Sala Electoral no cabrá recurso alguno'.

"La prohibición anterior se refiere específicamente a los recursos extraordinarios por cuanto los ordinarios obviamente que no son de recibo, puesto que, verbigracia, el de apelación mal podría interponerse contra fallos de la Sala Electoral por lo mismo que no existe en tales casos una instancia superior; el de reposición por la simple razón de que él no procede contra los autos interlocutorios que por su naturaleza serían apelables, dictado por el magistrado ponente en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite en la apelación de un auto. En tales condiciones, forzoso es concluir, que en la ley en cita el legislador hizo referencia exclusiva en su artículo 67 a los recursos extraordinarios, como son la súplica, la anulación y la revisión y, por ende, mal puede ahora darse trámite al recurso de revisión propuesto en el caso presente, discrepando por lo mismo la Sala Unitaria de las razones expresadas por el señor apoderado del doctor Carlos Plata Castilla en su memorial, que las respeta pero no las comparte".

Recurso de súplica:

Afirma el recurrente que el auto de Sala Unitaria proferido el 25 de septiembre anterior es susceptible del recurso de súplica por tratarse de un auto dictado en única instancia por el magistrado ponente el cual, por su naturaleza sería apelable. Solicita que la Sala Plena Contenciosa, lo revoque, admita el recurso de revisión y ordene darle el trámite correspondiente.

Fundamenta sus peticiones en los siguientes argumentos:

1. La providencia demandada en revisión es una verdadera sentencia, que reformó otra sentencia ya proferida. Por ello la califica de "supersentencia" y afirma que se pronunció sobre el fondo de la cuestión debatida, al reformar uno de los puntos del fallo ya proferido.

2. Cuando el artículo 67 de la Ley 96 de 1985 establece que contra las sentencias proferidas por la Sala Contenciosa Electoral, no procede ningún recurso, se refiere es a los recursos ordinarios o internos y no a los extraordinarios.

A este respecto trae transcripciones de los *Anales del Congreso,* sobre la historia y antecedentes de la citada Ley 96 de 1985 para precisar que el recurso que se quiso acabar enfrente a los fallos en materia electoral fue el recurso de súplica a que se refiere la Ley 11 de 1975. Reitera que con relación a los recursos extraordinarios, aquellos que se interponen una vez ejecutoriado el fallo electoral, la Ley 96 de 1985 no quiso suprimirlos, toda vez que éstos no alargan o demoran

la definición de los procesos electorales y más que recursos son verdaderas "acciones" contra fallos ya ejecutoriados que originan procesos diferentes.

Agrega que teniendo en cuenta que el Decreto 01 de 1984, pretendió sustituir el recurso de súplica previsto por la Ley 11 de 1975 por el nuevo recurso de anulación, podría llegarse a aceptar que la prohibición prevista en el citado artículo 67 de la Ley 96 de 1985 se refiera al recurso de anulación, pero no al de revisión.

Trae una cita textual de la obra: "Derecho Procesal Administrativo del honorable consejero Carlos Betancur Jaramillo, de su edición de 1985 sobre el recurso de revisión; dicha transcripción dice:

" 'Estimó el legislador que... dadas las causales de revisión, no se veía justificación alguna para que no operara frente a sentencias dictadas en procesos de mayor relevancia para la comunidad, tales como los relacionados con acciones públicas de nulidad y electorales y con las de restablecimiento en general... Así, se amplió la órbita de acción del recurso de revisión, haciéndolo comprensivo de todas las sentencias de única o segunda instancia dictadas por el Consejo de Estado o de las de única de los tribunales seccionales" (Obra citada, Señal Editoria, segunda edición, 1985, págs. 362 y 363).

3. Anota que a pesar de la expresa prohibición del artículo 231 del Decreto 01 de 1984, reformado por la Ley 96 de 1985, la Sala Electoral "admitió y decidió un recurso de reposición "...bajo el mentido ropaje y denominación de solicitud de aclaración".

Resalta el que el recurso negado no se interpuso contra la sentencia del juicio electoral número E-016 proferida el 26 de febrero de 1987, sino contra "una segunda auto sentencia en el mismo proceso y dentro del mismo expediente", respecto de la cual, por ser una "ilegal y antiprocesal decisión", no puede "entenderse que exista previsión legal prohibitiva respecto del recurso de revisión".

4. Finalmente agrega que aunque en el presente caso no se ha planteado ningún incidente de nulidad pero la causal invocada en el recurso de revisión, es la prevista en el numeral 6º del artículo 188 del Decreto 01 de 1984 que se refiere a "nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso" debe aplicarse el criterio de la Sala Electoral del Consejo de Estado, al resolver un incidente de nulidad planteado contra una sentencia con la cual se había puesto fin a un proceso electoral: Expediente E-011 Manuel Barcha Garcés.

Para resolver se considera:

Procedencia del recurso de súplica interpuesto:

El recurrente afirma:

"... ... ...

"Dado que el recurso de súplica en este caso es viable, por tratarse de un auto que dictado en única instancia por el magistrado ponente por su naturaleza sería apelable, me permito fundamentarlo solici-

tándole a la Sala Plena Contenciosa lo revoque y, en su lugar, admita el recurso de revisión y ordene darle el trámite correspondiente".

"..."

Al respecto, la Sala observa lo siguiente:

El artículo 183 del Decreto 01 de 1984, al consagrar el recurso de súplica establece que "procederá contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el ponente en el curso de la segunda o única instancia. Igualmente procederá contra los autos interlocutorios no susceptibles de apelación dictados en primera instancia por el ponente".

De conformidad con el artículo transcrito, como norma general, el recurso ordinario, de súplica, procede contra las providencias, que dictadas por el ponente, presentan la característica común de no tener recurso de apelación, dentro de una de las instancia del proceso, bien sea la primera, la segunda o la única instancia, en los términos allí previstos, siempre dentro del trámite ordinario de las instancias de un proceso.

Como en el caso de autos, el trámite ordinario del proceso terminó, con la sentencia aclarada, proferida por la Sala Contenciosa Electoral y enfrente a la cual se interpuso un recurso extraordinario, el de revisión, es del caso analizar la procedencia del recurso ordinario de súplica en el trámite de los recursos extraordinarios.

El Decreto 01 de 1984, al regular en sus artículos 185 y siguientes el recurso extraordinario de revisión, no incluyó ninguna previsión con relación a la procedencia o no del recurso ordinario de súplica contra el auto que lo inadmitiera, como sí lo hizo al regular el mismo tema en el caso del recurso, también extraordinario de anulación, cuando en el artículo 203 expresamente estableció que contra el auto que declara desierto el recurso de anulación "sólo procederá el recurso de súplica por ante los consejeros restantes de la Sala".

Aúnque no exista norma expresa como la citada, que prevea la procedencia del recurso ordinario de súplica en el trámite del recurso extraordinario de revisión y específicamente enfrente al auto por el cual el ponente se abstiene de tramitar un recurso de revisión, se considera que sí es procedente teniendo en cuenta su propio contenido, que permitiría calificarlo de naturaleza apelable, en los términos del artículo 181 del Decreto 01 de 1984. En efecto, el auto por el cual el ponente se abstiene de tramitar un recurso de revisión es materialmente semejante al auto por el cual se rechaza una demanda, más si se tiene en cuenta, que la interposición del recurso extraordinario de revisión, da lugar a un verdadero juicio que se le hace a la providencia cuya revisión se solicita, es decir a una sentencia ejecutoriada.

Así lo ha entendido esta Corporación y aún sin detenerse a establecer la procedencia del recurso interpuesto lo ha resuelto (auto 18 de septiembre de 1984. Actor Néstor Ovidio López Vidal. Expediente R-068).

La anterior interpretación también ha sido aceptada por la Corte Suprema de Justicia en casos similares y dando aplicación a normas

que previstas en el Código de Procedimiento Civil, regulan también de una manera similar el recurso de súplica, en la jurisdicción ordinaria. En este sentido puede citarse el auto de 13 de diciembre de 1983 de la Sala de Casación Civil de dicha Corporación, en el cual con ponencia del honorable magistrado Humberto Murcia Ballén, se resolvió un recurso de súplica interpuesto contra un auto que inadmitió una demanda de revisión. Es de anotar, que en el Código de Procedimiento Civil, no existe, ninguna norma expresa que consagre la procedencia del citado recurso de súplica en el trámite del recurso de revisión.

Por otra parte, además de que por su naturaleza, el auto es apelable, no existe ninguna razón de orden jurídico procesal que indique la improcedencia del recurso de súplica en el caso analizado y por el contrario, si dicho recurso se considera procedente en la tramitación del recurso de anulación, como expresamente lo provee el artículo 203 del Decreto 01 de 1984, también debe considerarse procedente en la tramitación del recurso extraordinario de revisión.

Decisión del recurso:

A juicio de la Sala, los argumentos del recurrente pueden precisarse así:

1. La prohibición del artículo 67 de la Ley 96 de 1985 se refiere a los recursos ordinarios y no a los extraordinarios.

2. La providencia contra la cual se interpuso el recurso de revisión fue ilegal y antiprocesal y por ello, no puede existir enfrente a ella una "previsión legal prohibitiva respecto del recurso de revisión".

3. Por ser la causal invocada para la revisión, la de existencia de nulidad en la sentencia que puso fin al proceso, debe aplicarse el criterio de la Sala Electoral al resolver un incidente de nulidad, planteado en el Expediente E-011 Manuel Barcha Garcés.

La previsión del artículo 67 de la Ley 96 de 1985, según la cual, contra la sentencia de la Sala Electoral no cabrá recurso alguno, se refiere a los recursos extraordinarios y así lo ha entendido en diferentes providencias esta Corporación, toda vez que no puede referirse al de reposición y al de apelación, los cuales no se pueden interponer enfrente a una sentencia de la Sala Electoral, tal como acertadamente lo anota el auto recurrido, porque el de reposición no procede contra los autos interlocutorios que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado ponente en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite en la apelación de un auto, y el de apelación porque no existe en la jurisdicción una instancia superior de la Sala Electoral.

La transcripción que el recurrente hace de apartes de la obra "Derecho Procesal Administrativo", del doctor Carlos Betancur Jaramillo, no sirve para respaldar su argumento, por cuanto no pueden los comentarios allí hechos por el citado tratadista, aplicarse a la Ley 96 de 1985, toda vez que dicha ley fue expedida el 21 de noviembre de 1985, con posterioridad a la fecha de publicación de la obra citada, junio de 1985.

Aunque el recurrente, al comienzo de su memorial afirma categóricamente que la providencia demandada en revisión es una verdadera sentencia, más adelante se contradice y argumenta que respecto de ella no puede existir ninguna prohibición, por cuanto es un auto sentencia, ilegal y antiprocesal.

A juicio de la Sala la providencia recurrida es un auto aclaratorio que como tal forma parte de la sentencia y constituye con ella una unidad.

Con relación al último argumento, el libelista pretende que la Sala decida en el presente caso, como lo hizo la Sala Electoral al resolver un incidente de nulidad, lo cual no es posible pues tal como lo precisa la providencia por él invocada, no pueden confundirse los recursos extraordinarios con las nulidades.

Así las cosas, tratándose de una sentencia proferida por la Sala Electoral, respecto de ella no procede ningún recurso extraordinario, de conformidad con lo previsto en el artículo 67 de la Ley 96 de 1985, tal como lo dijo la providencia recurrida, la cual habrá de confirmarse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado por medio de su Sala Plena de lo Contencioso

Resuelve:

Confírmase el auto de Sala Unitaria proferido el 25 de septiembre de 1987.

Cópiese y notifíquese.

Jaime Abella Zárate, Aydée Anzola Linares, ausente; *Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Carlos Betancur Jaramillo, Alvaro Lecompté Luna, Clara Forero de Castro,* ausente; *Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta.*

Nubia González Cerón, Secretaria.

TITULO XI

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. INAPLICABILIDAD DE LA INSTITUCION PROCESAL CIVIL, "AGENCIA OFICIOSA" EN LA FORMULACION DE ESTE RECURSO.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyecto: *Doctor José Alberto Roldán B.* Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 2920. Recurso de anulación. Actor: José Oscar Eduardo Mejía Quintana.

El doctor Agustín Gómez Torres, invocando la agencia oficiosa, interpone recurso de anulación contra la sentencia de 13 de marzo de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de restablecimiento del derecho promovido por el señor José Oscar Eduardo Mejía Quintana, por conducto de apoderado.

Explica el recurrente su actuación en los siguientes términos:

"A) Pese a que el poder que me fue conferido por mi mandante, según lo dispone el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, me habilita como apoderado para *'Todo el proceso a que está destinado y para la ejecución de la sentencia y el cobro de costas, multas y perjuicios en el mismo expediente'*, esa honorable entidad sin embargo ha sentado doctrina acerca de que el recurso de anulación *es un nuevo proceso* y por consiguiente precisa de nuevo poder.

B) El Proceso Contencioso Administrativo en comento se tramitó siguiendo el procedimiento anterior que no consideraba en ninguno de sus artículos que un recurso se pudiera alguna vez tramitar como *'un nuevo proceso'* y que por ende precisara de poder especial para continuar los defensa de los intereses de mi poderdante y

C) Como los términos para interponer el recurso de anulación se están venciendo y desconozco el paradero de mi patrocinado, y por lo mismo es imposible que este me otorgue nuevo poder.

Lo anterior me obliga a hacer uso de la *Agencia oficiosa* pues considero que el mandante no me exonera de la obligación de defender sus intereses hasta el final, pues de lo contrario yo, incurriría en falta contra la ética profesional" (fls. 33-34).

Se considera:

Ciertamente, como lo prevé el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, en los aspectos no contemplados en este Código se aplicará el Código de Procedimiento Civil. Luego, fácil es colegir que las normas de esta obra son de aplicación subsidiaria en la jurisdicción contencioso administrativa.

Ha de tenerse en cuenta a este respecto que, conforme al precepto citado, la aplicación subsidiaria es viable sólo "en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo".

De las notables diferencias existentes entre el recurso extraordinario de anulación que consagra el Código Contencioso Administrativo y el de casación de que trata el Código de Procedimiento Civil cabe destacar la de que aquel procede contra sentencias ejecutoriadas, es decir, por fuera del proceso (arts. 194 y 196, C. C. A.), en tanto que el de casación es un medio de impugnación que opera dentro del proceso e impide la ejecutoria de la sentencia recurrida.

Razón es esta para que se exija poder especial para la interposición del recurso que se consagra y reglamenta en los artículos 194 a 205 del Código Contencioso Administrativo, sin que ello signifique que exista contradicción entre los dos estatutos procesales en referencia. Es claro, en efecto, que si, con arreglo al artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, el poder para litigar se entiende conferido para todo el proceso a que está destinado y habilita al apoderado para interponer *dentro* de él toda clase de recursos, inclusive, el de casasión, no ocurre lo mismo respecto del recurso de anulación, que procede contra *sentencia ejecutoriada,* vale decir, por fuera del proceso que con ella culmina.

Sentada la premisa de que el recurso de anulación exige poder especial, precisa definir si, dada la naturaleza de este medio de impugnación, es procedente su interposición mediante la figura de la "Agencia Oficiosa Procesal", como lo pretende el recurrente argumentando que el artículo 47 del Código de Procedimiento Civil es aplicable al *sub lite* en razón de las previsiones del 267 del Código Contencioso Administrativo (fls. 33-36).

A) *Naturaleza del recurso de anulación*

1. Es un medio específico de impugnación, propio del Derecho Procesal Administrativo, que sólo procede "contra las sentencias ejecutoriadas de única o segunda instancia dictadas por las secciones del Consejo de Estado y contra las de única dictadas por los Tribunales Administrativos" (art. 194 C. C. A.).

2. Es esencialmente formalista, por cuanto impone al recurrente la obligación de cumplir con las formalidades y requisitos de oportunidad, de redacción y de presentación señalados en los artículos 196, 198 y 199 *ibídem,* so pena de rechazo.

3. Es limitado, por cuanto sólo "podrá anularse una sentencia por *violación directa* de la Constitución Política o de la ley sustantiva". Es decir, únicamente puede invocarse esta causal precisa y restringida (art. 197).

4. No constituye una nueva instancia. Es una actuación formalista y técnica con miras a obtener que el superior revise si incurrió el juzgador en violación directa de la Constitución Nacional o de la ley sustantiva y requiere la formulación de un silogismo apodíctico que demuestre dialécticamente la relación de causalidad entre lo decidido en aquella y el quebrantamiento normativo.

Las características anteriores determinan que este recurso no constituye propiamente un proceso contra una sentencia, ni mucho menos, una instancia más, dentro del proceso. Tampoco tiene por objeto la revisión del proceso que culminó en la sentencia que se impugna; no se revisa el proceso sino la sentencia, frente a la norma invocada.

B) *Inaplicabilidad del artículo 47 del Código de Procedimiento Civil respecto de la formulación del recurso de anulación*

Como en un principio se destacó, las normas del procedimiento civil son aplicables aquí en la medida en que se compadezcan con la *naturaleza* de los procesos y actuaciones que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa. Pues bien, para esta el recurso en comento no constituye una "demanda", sino una actuación impugnativa contra una sentencia que puso término a un proceso administrativo, lo cual es ostensible y radicalmente diferente del proceso mismo y de la demanda que lo incoó.

Por lo tanto, no es cierto, como lo afirma el memorialista sin respaldo jurisprudencial, que la Corporación haya "sentado doctrina acerca de que el recurso de anulación *es un nuevo proceso* y por consiguiente precisa de nuevo poder" (fl. 33).

Una cosa es *promover demanda* y otra muy distinta *interponer recurso* extraordinario contra sentencia ejecutoriada, que es lo característico y peculiar de dicho recurso y de donde se deriva la necesidad de un poder especial para el efecto.

Según enseñan los procesalistas "el proceso comienza con una petición llamada demanda, que es el acto básico del mismo, no sólo porque lo incoa materialmente, sino porque constituye su fundamento jurídico. Sin la demanda el juez no entra en actividad..." (Hernando Morales Molina, Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, 7ª ed. pág. 287).

En cambio, los recursos están dirigidos contra un acto concreto del juez, contra una decisión de este que el recurrente estima contraria a derecho, para que se corrijan los yerros en que hubiere incurrido: *in judicando* o *in procedendo*.

En consecuencia, es coruscante que demanda y recurso no son términos sinónimos.

Cuando el sentido de la ley sea claro, *no se desatenderá su tenor literal* a pretexto de consultar su espíritu, ordena el artículo 27 del Código Civil.

Y con claridad meridiana el artículo 47 del Código de Procedimiento Civil, prescribe:

"Se podrá *promover demanda* a nombre de persona de quien no se tenga poder..."

Al respecto, se tiene que el sentido natural y obvio del término *demanda* empleado en esta disposición, es de petición con la cual se incoa el proceso; y así es entendida por los que profesan la ciencia del Derecho Procesal (C. C., arts. 28, 29).

Por este sólo aspecto no sería procedente el artículo 47 en cita para justificar la interposición del recurso de anulación en referencia.

Pero, si se arguyera que el término en mención no tiene un sentido unívoco en la disposición citada y que puede hacerse extensivo a la interposición del recurso de anulación, se tiene que esta asimilación es legalmente imposible, por cuanto, de conformidad con el precitado artículo 28 del Código Civil, cuando el legislador haya definido expresamente las palabras de la ley para ciertas materias "se les dará en estas su significado legal".

Y, en tratándose de la *materia* de la "Agencia oficiosa procesal", esta se contrae a formular sin poder *la demanda con que se promueve todo proceso* a la que alude expresamente el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil al señalar los requisitos que ella debe contener, para ser admitida como "instrumento para el ejercicio de la acción y la formulación de la pretensión, con el fin de obtener la aplicación de la voluntad concreta de la ley, por una sentencia favorable y mediante un proceso, en un caso determinado" (Hernando Devis Echandía, "Compendio de Derecho Procesal", Tomo I, Décima Edición, pág. 416).

En tal virtud, no es el caso de tramitar el recurso en referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CARRERA ADMINISTRATIVA.—

Poder disciplinario ejercitado sobre empleados públicos escalafonados en la Carrera Administrativa, que participan en huelgas o tumultos que entraban la prestación del servicio con aplicación del Decreto 2132 de 1976.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativa.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veinte de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor José Joaquín Vanín Tello.*

Proyectó: *Dotor Antonio José Arciniegas A.* Abogado asistente.

Referencia: Expediente número 1199. Actores: Libia Mercedes Montoya y otras.

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto, a través de apoderado, por Libia Mercedes Montoya Moreno, Luz Angela Torres Becerra, Emperatriz Sabogal Bustos y Carmen Teodolinda Fernández de Ríos, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 4 de octubre de 1985, que negó las súplicas de las demandantes de nulidad de las Resoluciones del Ministro de Hacienda y Crédito Público que las suspendieron en el ejercicio de sus cargos por doce meses, en aplicación del artículo 2º del Decreto 2132 de 1976. Igualmente fue negado el restablecimiento de derechos solicitados por las actoras.

Cargos contra la sentencia recurrida:

En el escrito del recurso de anulación se formularon, contra la sentencia impugnada, los cargos de ser violatoria flagrante y directamente, por falta de aplicación e interpretación errónea, de los artículos 26 y 121 de la Constitución Nacional y 2º del Decreto Legislativo 2132 de 1976 y, que, como consecuencia de esa violación, resultaron igualmente violados los artículos 2º, 16, 17 y 20 de la Constitución Nacional; 66, 67 y 69 del antiguo Código Contencioso Administrativo, 84 y 85 del nuevo Código Contencioso Administrativo, al negarse la anulación de los actos acusados y desatenderse la petición de restablecimiento del derecho de las actoras.

Estos cargos se sustentaron concretamente de la manera siguiente:

"El Tribunal en la sentencia recurrida considera, en síntesis que a los demandados se les podía imponer la sanción de suspensión en

el ejercicio del cargo por el término de doce (12) meses con arreglo a lo previsto en el artículo 2º del Decreto 2132 de 1976, según el cual al nominador le bastaba una simple prueba sumaria de las faltas imputadas para que pudiera imponerle a los inculpados las sanciones disciplinarias consagradas en dicho decreto. Así mismo considera el Tribunal en la sentencia que se ataca que la norma de excepción en referencia, al señalar que las sanciones podían imponerse sin el lleno de los requisitos legales, estaba facultando a la Administración para sancionar a los empleados de carrera colocados en rebeldía sin necesidad de someterlos a los procedimientos disciplinarios que los protegen, con la simple comprobación de la falta, es decir, sin citación y audiencia de los inculpados. En otros términos, según el criterio del Tribunal, la sanción podía hacerse sin necesidad de dar aplicación al artículo 26 de la Constitución Nacional.

"El Tribunal violó flagrantemente el artículo 26 de la Constitución Nacional en concordancia con el artículo 121 de la Constitución Nacional, al entender erróneamente estas normas, pues considera que dentro de las facultades que se confieren al Gobierno en el Estado de Sitio está la de suspender la aplicación de preceptos constitucionales como es el que garantiza el derecho de defensa y el debido proceso, ya que para el Tribunal basta una simple prueba sumaria, es decir, la prueba unilateral producida por la misma Administración a espaldas de los inculpados, para aplicar las sanciones previstas en el Decreto 2132 de 1976, además, de que establece una presunción de culpabilidad, que debían desvirtuar los demandantes.

"El Tribunal con la sentencia impugnada, también violó directamente el artículo 2º del Decreto 2132, al haberlo interpretado erróneamente. En efecto, la Corte en sentencia de abril 22 de 1976, al estudiar la constitucionalidad del Decreto 528 de 18 de marzo de 1976, igual en su contenido al Decreto 2132 de 1976, fijó los alcances del referido estatuto así: 'La circunstancia de que para proceder a dicha suspensión no se signa los procedimientos administrativos señalados para tiempos normales, no significa que se haya quitado a dichos funcionarios el derecho de defensa, pues este no está en juego, sino más propiamente la tutela de presuntos derechos privados, que sigue vigente y en manos de las jurisdicciones competentes' ".

"Como bien lo dice la Corte lo que se suspenden son las prerrogativas legales y reglamentarias a que tienen derecho los empleados por el hecho de pertenecer a la carrera, mas no al derecho de defensa" (fls. 3 a 4 C. P.).

El fallo recurrido:

La sentencia impugnada en anulación, fue proferida por el Tribunal de Cundinamarca denegando las súplicas de la demanda, por las razones siguientes:

"Para motivar las providencias impugnadas, la administración se apoyó en el artículo 2º del Decreto 2132 de 1976 dictado en desarollo del Decreto 2131 del mismo año, que declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional.

"Los accionantes acusan a la administración por desviación del poder al producir los actos demandados, pues consideran que ha debido adelantarse una investigación disciplinaria previa, en orden a establecer la participación de los inculpados en el cese aludido.

"La controversia gira, entonces, en torno a si la administración obró conforme a derecho al suspender de sus empleos a los actores o si, por el contrario, lo hizo en forma irregular y, por consiguiente, deben anularse las providencias demandadas.

"Se ha dicho que la administración incurre en desviación de poder cuando los móviles de sus actos no corresponden a la finalidad perseguida por la ley que confiere la facultad. Por eso se hace necesario analizar los motivos determinantes de los actos acusados, para deducir si existió desviación de poder y si quienes alegan ésta desvirtuaron la motivación de los actos.

"Como se recuerda, a mediados del mes de agosto de 1979, algunos empleados públicos iniciaron un movimiento colectivo de protesta que paralizó las funciones normales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dadas las características de gravedad del movimiento que se prolongó por varios meses y que se extendió a otras dependencias de la administración, con fecha 28 de agosto de aquel año, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dictó la Resolución 04802 que declaró ilegal el movimiento y facultó a la administración para suspender a los funcionarios comprometidos en el cese de actividades.

"Por esa época el país se encontraba bajo el régimen de Estado de Sitio y estaba en vigencia el Decreto 2132 de 1976, que dispuso lo siguiente:

" 'Artículo 2º Los empleados públicos escalafonados en la Carrera Administrativa que participen en huelgas o reuniones tumultuarias o que entraben o que impidan la prestación del servicio, o que inciten a la participación de tales hechos, pueden ser suspendidos en sus empleos, sin derecho a remuneración y sin el lleno de los requisitos legales y reglamentarios" '.

"Es verdad que la disposición transcrita no derogó, ni podía hacerlo, la vigencia de normas constitucionales que tutelan el derecho de defensa y del debido proceso, ni le concedió carta de naturaleza a la administración para que en forma arbitraria lesionara los derechos de los servidores públicos. Pero le concedió si, a las autoridades administrativas, la facultad de imponer las sanciones allí previstas a quienes incurrieran en el tipo de conductas, igualmente allí previstas.

"También es cierto que para sancionar a un empleado público escalafonado en la carrera administrativa y que haya incurrido en alguna falta sancionable, existen procedimientos administrativos que le permiten al inculpado un amplio margen de defensa. Esos procedimientos están reglamentados en los artículos 130 y siguientes del Decreto 1950 de 1973, donde se señalan los requisitos que deben cumplirse para tal efecto. Estos y no otros son los únicos procedimientos legales que regulan el régimen disciplinario aplicable a los empleados públicos por faltas en el ejercicio de sus funciones. Por ser ello así, el artículo 2º del Decreto 2132 de 1976 antes transcrito, como norma

de excepción exoneró al nominador, expresamente, de llenar los requisitos legales y reglamentarios para suspender en sus empleos a los funcionarios públicos escalafonados en la Carrera Administrativa, que se encontraren en las circunstancias en él enumeradas.

"Sólo así y no de otra manera podía la administración superar con la celeridad y la eficacia debida la emergencia que perturbaba el buen servicio público. Estaban en peligro la estabilidad jurídica del país, y los derechos de la comunidad, amenazados por quienes, con razón o sin ella, faltaban a sus deberes en el ejercicio ilegal de sus derechos.

"Obran en el proceso los siguientes documentos:

"1. Certificado de tiempo de servicio expedido por la División de Personal, en el que consta que el actor Horacio Escobar Duque participó en el cese de actividades a partir de 27 de agosto de 1979 (fl. 55).

"2. Constancia expedida por el jefe de Servicios Generales de la División Administrativa del Ministerio de Hacienda, en la que se consigna que la actora Carmen Fernández de Ríos se vinculó al movimiento laboral del Ministerio de Hacienda desde agosto 28 de 1979 hasta el 9 de diciembre del mismo año (fl. 56).

"3. Comunicación suscrita por el asistente administrativo, de fecha 3 de diciembre de 1979, en la cual se informa al jefe de la División de Personal, que hasta dicha fecha la actora Luz Angela Becerra no se había reintegrado a sus labores (fl. 57).

"4. Comunicación de la Tesorería General de la República al Secretario General del Ministerio de Hacienda suscrita el 28 de noviembre de 1979, en la que solicita se sancione, entre otros, a Emperatriz Sabogal B., por doce meses (fl. 58).

"5. Certificado de tiempo de servicios, expedido por la Sección de Registro y Control de la División de Personal, en la cual consta que la actora Libia Mercedes Montoya Moreno, participó en el cese de actividades, desde el 21 de septiembre hasta la fecha de insubsistencia (fl. 59).

"6. Relación suscrita por el jefe de Pagaduría, sobre la fecha de cancelación de sueldos del personal suspendido.

"Los documentos mencionados dan fe de que los demandantes eran empleados públicos al servicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y demuestran, así mismo, que participaron en el cese de actividades que se les imputa en los actos acusados. Aún más, los mismos actores admiten en las demandas, como un hecho cierto, el cese de actividades por la mayoría de los funcionarios de la Administración de Impuestos de Barranquilla, que luego se extendió a otras dependencias del país y admiten también que la fecha de las demandas, el paro continuaba.

"De tales elementos de juicio, se deduce que, indudablemente, los actores si participaron en el cese de actividades por la época que dan cuenta los autos. Le bastaba, pues, al nominador una simple prueba sumaria de las faltas imputadas para que pudiera imponerle a los in-

culpados las sanciones disciplinarias consagradas en el artículo 2º del Decreto 2132 de 1976, encaminadas a restablecer el orden perturbado en las dependencias oficiales.

"La Sala considera que la norma de excepción en referencia, al señalar que las sanciones podían imponerse sin el lleno de los requisitos legales, estaba facultando a la Administración para sancionar a los empleados de carera colocados en rebeldía, sin necesidad de someterlos a los procedimientos disciplinarios que los protege, con la simple comprobación de la falta imputada. Por último, frente a las pruebas aducidas por la administración, era a los presuntos transgresores a quienes correspondía demostrar que habían asistido al trabajo durante el cese de actividades, para desvirtuar así la presunción de legalidad que ampara a los actos controvertidos.

"Por no haberse demostrado la ilegalidad de los actos impugnados, ni el desbordamiento del poder atribuido al nominador, no prosperarán las súplicas de las demandas y así habrá de declararse. En esta forma, la Sala revisa la tesis que había sostenido en casos anteriores, en el sentido de que en esta ocasión no se violaron las normas del debido proceso" (fls. 107 a 111 del C. P. del Tribunal).

Habiéndose tramitado legalmente el recurso, sin que se observe causal alguna de nulidad procesal, se pasa a decidir, previas las siguientes

Consideraciones:

La distinguida señora Fiscal Quinto de la Corporación, en su vista de fondo, hizo los planteamientos siguientes, que la Sala comparte y transcribe como parte de la motivación de esta sentencia:

"De conformidad con el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo, podrá anularse una sentencia por violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva.

"Se requiere entonces que la violación sea manifiesta, que aparezca de bulto, que para llegar a ella no se necesiten pruebas ni extensos razonamientos.

"Puede sí, violarse la Constitución o la ley por interrpetación errónea cuando el juzgador entiende equivocadamente su contenido.

"En el caso de autos los actores aseguran que se dio un errado entendimiento al artículo 2º del Decreto 2132 de 1976, violándose así el artículo 26 de la Constitución que garantiza el derecho de defensa y el mismo artículo que reza:

" 'Los empleados públicos escalafonados en la carrera administrativa que participen en huelgas o en reuniones tumultuarias o que entraben o impidan la prestación del servicio o que inciten a la participación en tales hechos, pueden ser suspendidos en sus empleos, sin derecho a remuneración y sin el lleno de los requisitos legales y reglamentarios' ".

"Es de advertir que este decreto expedido en uso de las facultades del estado de sitio, fue sometido al control de la honorable Corte Suprema de Justicia que lo declaró exequible.

"Como norma de carácter excepcional encaminada a controlar situaciones difíciles, es explicable que acorde con esa finalidad, hubiera autorizado la sanción de suspensión para quienes participaran en paros o huelgas, sin cumplir con los requisitos de procedimiento previstos en las leyes y reglamentos de carácter ordinario, siempre claro está, que se acreditara el hecho.

"La Constitución en el artículo 26 exige que todo juzgamiento se haga conforme a las leyes. Es entonces la ley la que determina la forma de hacerlo, el trámite pertinente. Un Decreto de Estado de Sitio tiene fuerza de ley y puede suspender otras. En este caso se suspendieron las leyes y reglamentos relativos a los procedimientos para la aplicación de la sanción de suspensión de empleados públicos inscritos en la Carrera Administrativa, más no su derecho de defensa.

"En efecto, es necesario partir de la base de que la participación de los actores en la cesación de actividades ocurrida en el Ministerio de Hacienda, fue un hecho establecido perfectamente por la Administración pues ni siquiera se negó en el curso del proceso, y en el trámite de recurso de apelación no se admiten pruebas.

"Por lo tanto, se hicieron acreedores a la sanción sin necesidad de observar los procedimientos ordinarios, puesto que ese y no otro es el significado del artículo 2º del Decreto 2132 de 1976.

"Con ello no se violó el derecho de defensa; se cambió la oportunidad y la forma de ejercitarlo.

"Los demandantes hubieran podido recurrir el acto sancionatorio por vía gubernativa, y demostrar su asistencia normal al trabajo en los días del paro. Hubieran podido hacer lo mismo por vía jurisdiccional, en el proceso en el cual controvirtieron dichos actos.

"Una sanción deja de ser legal, se convierte en arbitraria, cuando es injusta, inmerecida. Por este aspecto ha debido atacarse y no se hizo.

"No se aportó ninguna prueba de la no participación en el paro, es decir no se desvirtuó la causa de la sanción pudiendo hacerlo y por tanto el Tribunal la encontró ajustada a derecho.

"Si hubo entonces oportunidades para ejercitar derecho de defensa. Si ella no se hizo adecuadamente, las consecuencias adversas a los demandantes no provienen de la violación de las normas invocadas sino de su propio proceder" (fls. 38 a 39).

La sentencia recurrida se fundamentó en que el artículo 2º del Decreto 2132 de 1976 no afectó la vigencia de las normas constitucionales que tutelan el derecho de defensa y el debido proceso, sino que con base en el artículo 121 de la Carta y en desarollo del artículo 26 de la misma, facultó a las autoridades administrativas para imponer a los empleados públicos de carrera administrativa, a quienes se les comprobara la comisión de las faltas previstas en ese decreto, las

sanciones igualmente previstas en él, sin el cumplimiento de los requisitos o procedimientos señalados en las leyes y reglamentos para imponer tales sanciones.

Sobre esa consideración, la sentencia recurrida negó las pretensiones de las actoras, debido a que en el proceso se demostró que la Administración había comprobado plenamente la comisión de las faltas por parte de ellas, lo que las hacía acreedoras a las sanciones impuestas en los actos acusados, sin que las demandantes hubieran demostrado su asistencia al trabajo durante el cese de actividades para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos acusados.

Ciertamente que el artículo 26 de la Carta exige que todo juzgamiento se haga conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio consagradas en las mismas leyes. Esa ley preexistente sobre la que se sancionó a las actoras era el Decreto 2132 de 1976, que autorizaba aplicar las sanciones previstas, con la sola comprobación de las faltas contempladas "y sin el lleno de los requisitos legales y reglamentarios", como lo entendió el Tribunal.

Pero es que, además, en el escrito del recurso extraordinario de anulación no se indicó cuáles otras normas legales que, dando desarrollo al artículo 26 de la Carta, establecieron el procedimiento y las formas que debió seguir la Administración para aplicar las sanciones previstas en el Decreto 2132 de 1976, por las faltas también allí contempladas.

Para definir la violación del artículo 26 de la Carta deben indicarse las normas legales consagratorias del procedimiento específico no observado por la Administración para aplicar determinada sanción, puesto que ese artículo consagra el principio universal y general del derecho de defensa, que implica el cumplimiento del procedimiento que para cada caso y materia establezca la ley. Así, los procedimientos son diferentes para sancionar delitos y para castigar faltas disciplinarias.

El recurrente no indicó las normas que, por no haber sido aplicadas, resultaron violadas, implicando la violación del artículo 26 de la Constitución, por parte de la sentencia impugnada.

En estas condiciones, no puede tener prosperidad el recurso extraordinario de anulación interpuesto.

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

Falla:

No prospera el recurso extraordinario de anulación interpuesto.

Condénase a las recurrentes al pago de las costas y perjuicios, que se liquidarán mediante incidente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala, en sesión celebrada el día 8 de febrero de 1988.

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

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACCION DE PLENA JURISDICCION. CADUCIDAD. CONTEO: TERMINO.—

La caducidad debe contarse desde la publicación, NOTIFICACION o EJECUCION del acto. NOTIFICACION. Concepto. NOTIFICACION Y COMUNICACION. Referencias: Son dos fenómenos diferentes, aunque en ambas se pretenda informar al interesado de la existencia de una actuación o de una decisión; en un caso mediante una diligencia rodeada de formalidades y en otro no.

CADUCIDAD: CONCEPTO. No puede imponerse por ANALOGIA RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. CAUSAL UNICA: VIOLACION DIRECTA "POR CADUCIDAD".

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., siete de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número R-018 (201). Actor: Luis Bernardo Uribe. Demandado: Departamento de Antioquia.

Procede la Sala a decidir sobre el recurso extraordinario de anulación formulado por el apoderado judicial del demandante contra la sentencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, una vez que se ha surtido el trámite legal de la impugnación y el de la reconstrucción del recurso.

I. La sentencia acusada:

La inconformidad se dirigió contra la sentencia de segundo grado mediante la cual se revocó la del *a quo*, y se declaró probada la excepción de caducidad de la acción. La de primera instancia, había accedido integralmente a las súplicas de la demanda.

Para decidir en la forma indicada, el *ad quem* consideró que la acción propuesta, la de plena jurisdicción —hoy de restablecimiento del derecho— "prescribe al cabo de los cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho u operación administrativa que causa la acción", según las voces de los artículos 67 y 83 de la Ley 167 de 1941 (fls. 21 y 22, cuaderno 1). Para el caso *sub júdice*, observó que "el término para efectos de determinar la caducidad de la acción, debe contarse a partir de la

fecha de comunicación del acto acusado (enero 21 de 1980), que coincide con la de su expedición (fls. 2, 22, 23 y 137)" y agregó: "y como quiera que la demanda se instauró ante la Secretaría del Tribunal Administrativo de Antioquia el 23 de mayo de 1980, es lógico inferir que ella se hizo por fuera de los cuatro meses que autoriza el Código Contencioso Administrativo para el ejercicio de esta clase de acciones, toda vez que dicho término venció el 21 del mismo mes y año" (fl. 23, cuaderno 1).

II. La acusación:

El recurrente consideró que "la sentencia incurrió en violación directa del inciso final del artículo 83 de la Ley 167 de 1941, por interpretación errónea del mismo. Y como consecuencia de esto, también se violan (sic) principalmente, los artículos 2º, 16, 17 y 26 de la Constitución Nacional, por no haberles dado la debida aplicación" (fl. 35, cuaderno 1).

Argumentó que "si bien es cierto que el 21 de enero se le comunicó su insubsistencia, por el hecho de ser empleado de manejo —como ya se dijo y está establecido procesalmente— mi patrocinado no podía sustraerse al deber ineludible de hacer entrega formal y total de la oficina a su cargo. Ello quiere decir, que la "ejecución del acto" por medio del cual se declaró insubsistente al actor, debía estar necesariamente, subordinada al último acto de ocurrencia de la entrega. Y se repite una vez más, ésta sólo se vino a consumar o consolidar definitivamente el 23 de enero de 1980. Y, precisamente a partir de esa fecha, el 23 de enero de 1980, día en que se concretó la insubsistencia, es desde cuando se deben contar los cuatro meses de que habla el inciso final del artículo 83 de la Ley 167 de 1941" (fls. 33 y 34, cuaderno 1). Afirmó que conforme a esta disposición la caducidad se debe contar desde la terminación de la ejecución, ya que respecto de la insubsistencia no proceden la publicación, ni la notificación.

III. La réplica:

El apoderado del Departamento de Antioquia se opuso a la prosperidad del recurso de anulación con fundamento en que desde el 21 de enero se comunicó al actor que había cesado en sus funciones y que tal comunicación "rompe de inmediato el vínculo laboral —trabajador-patrono—. No el 23 de enero cuando el ex-funcionario terminó de entregar su puesto" (fl. 112, cuaderno 1). Agregó que "no existe una constancia clara sobre este hecho" pero admite que "es posible que haya asistido a la oficina, para entregar sellos, muebles, libros, documentos, pero dentro de una actividad particular, no de funcionario público, porque a partir del 21 de enero no ostentaba tal calidad" y concluyó: "Si se hubiera comprobado que el señor Uribe cumplió del 21 al 23 las funciones de su cargo, la afirmación del señor apoderado (...) hubiera tenido aceptación. Pero esto no ocurrió" (fl. 112, cuaderno 1).

IV. El concepto Fiscal:

El Fiscal Cuarto de esta Corporación, doctor Euclides Londoño Cardona, conceptuó que "es viable continuar" el trámite de la reconstrucción del recurso de anulación.

No hizo mención ninguna sobre el fondo del recurso.

V. Consideraciones de la Sala:

A. Por mandato legal (art. 197 del C. C. A.), la violación *directa* de la Constitución Política o de la ley sustantiva en que incurra la sentencia de única o de segunda instancia proferida por una Sección del Consejo de Estado, es causal de anulación en vía del respectivo recurso extraordinario.

El impugnante acusa el fallo de segundo grado de haber interpretado erróneamente el inciso final del artículo 83 de la Ley 167 de 1941, vigente cuando se presentó la demanda, pues el fallador lo entendió en el sentido de que la caducidad debía contarse "a partir de la fecha de *comunicación* del acto acusado que coincide con la de su *expedición*" (se subraya), cuando el cabal entendimiento de la disposición es que se debe contar desde la *publicación, notificación* o *ejecución,* y para el caso *sub lite,* por no ser posibles los eventos de la publicación ni la notificación, se debe contar desde la ejecución. Respecto de esta última afirmó que ella se concretó el 23 de enero de 1980, hecho que la contraparte discute.

B. De la motivación de la sentencia acusada se deduce que —en verdad— el fallador contó el término de caducidad desde el 21 de enero de 1980 por ser esa "la fecha de *comunicación*" de la cual, además, predicó coincidencia con la de *expedición* del acto acusado. Observa la Sala que en el fallo nada se dijo sobre el hecho de la *ejecución,* es decir, no tomó esta circunstancia como punto de partida, para contar el término de caducidad, ni tampoco hizo afirmación alguna sobre si tal ejecución había ocurrido el 21 o el 23 de enero de 1980. Es decir, no media en la aplicación de la norma cuestión alguna de hecho, ya que la *ejecución* del acto acusado le fue indiferente, cualquiera que hubiera sido el día de su ocurrencia. No hay, entonces, cuestión de hecho en la formulación del cargo, sino sólo de derecho, por lo que, por este aspecto, es formalmente viable el estudio del fondo de la acusación.

C. La norma legal que se dice mal interpretada preceptúa:

"La encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción".

Se observa, entonces, que la disposición tiene contenido sustancial como quiera que ella sanciona el supuesto fáctico con la imposibilidad de buscar la efectividad judicial de los derechos sustantivos que hubiere en cabeza del actor. Es decir, extingue la posibilidad de su reclamación judicial y, por lo tanto, afecta el derecho sustancial

en la medida en que hace imposible su tutela por la jurisdicción, impidiendo un pronunciamiento de los Jueces sobre su existencia o validez. La demanda se refiere, por las razones expresadas, a la violación de un precepto legal de contenido sustantivo y, por otra parte, la ley no exige la formulación de la proposición jurídica completa, como requisito de la acusación.

D. Con referencia al cargo concreto de la interpretación errónea, se tiene:

1. La norma señalada por el actor dispone que la caducidad se debe contar desde: La publicación, la notificación o la ejecución. Tres supuestos que el intérprete no puede adicionar con otros. De donde resulta que no se puede contar la caducidad desde la *expedición,* ni desde la *comunicación,* ni desde otro supuesto cualquiera, porque ello equivale a una ampliación del significado de la norma, no permitida al intérprete, porque cuando el sentido de la ley es claro, como en este caso, no se puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (art. 27 del C. C.).

2. No se puede decir que *la comunicación* y *la notificación* son lo mismo, aunque procuran parecidos pero no idénticos fines; y por lo tanto, el sentido de la norma no puede ampliarse hasta el punto de entender como sinónimos "comunicación" y "notificación", para aplicarla, indistintamente, en uno u otro caso.

En efecto: Tan evidente es la diferencia sustancial que el legislador ha establecido entre la comunicación y la notificación que una u otra las ha establecido para eventos diversos y a esta última la ha rodeado de formalidades (arts. 44, 45 y 47 del C. C. A.) hasta el punto de que la falta de un requisito o la *irregularidad* en su práctica, está sancionada con la *ineficacia* de la misma (art. 48 del C. C. A.); al paso que la comunicación se hace *por escrito,* sin más solemnidades; e inclusive puede surtirse también *verbalmente* cuando se trata de contestar peticiones orales (art. 6º, inciso final del C. C. A.). Lo que interesa en la *comunicación* es que haya certeza de que el destinatario la recibió realmente; en cambio en la notificación interesan también sus formalidades (entregar copia íntegra y auténtica, indicar los recursos procedente, etc.).

Por las razones que se han dejado expresadas, el legislador se refirió a la *notificación* y a la *comunicación* como dos fenómenos distintos, en los artículos 6º, 23, 28, 35, 40, 42, 44, 45, 47, 48, 50, 51, 60, 61, 76 ordinales 5 y 13 y 91 inciso final del Código Contencioso Administrativo; y 34 inciso primero del Decreto 222 de 1983, entre otras disposiciones.

Durante la vigencia de la Ley 167 de 1941 también existió esa diferenciación, según se deduce del examen contextual de sus artículos 4º, 19, 74, 75, 76, 78, estos últimos cuatro como quedaron después de la modificación que les hizo el Decreto 2733 de 1959; y, con mayor claridad como lo dispone el artículo 126 en los ordinales 1º y 2º en donde se ordena *comunicar* en un caso y *notificar* en el otro.

En conclusión, comunicación y notificación son dos fenómenos diferentes, aunque con ambos se pretenda informar al interesado de

la existencia de una actuación o de una decisión; en un caso mediante una diligencia rodeada de formalidades y en el otro no.

A lo anteriormente expresado se abona que esta Corporación, en Sala de Decisión de su Sección Tercera, con ponencia de quien redacta la presente, dijo:

"De lo anterior se colige que el término de caducidad debe contarse así:

"a) A partir de la publicación, respecto de terceros afectados en forma directa e inmediata, cuando la decisión se haya tomado en una actuación en la que ellos no han intervenido (art. 46 del C. C. A.);

"b) A partir de la comunicación cuando haya norma expresa que indique que para la firmeza del acto es suficiente la sola comunicación, sin necesidad de la notificación que como regla general ordena el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, o sea cuando se establece una excepción a la obligatoriedad de notificar los actos;

"c) A partir de la ejecución, cuando la administración no dio la oportunidad de ejercer los recursos existentes (art. 135, ordinal 2º del C. C. A.) y los ejecuta respecto del administrado sin haberlos notificado, ni comunicado, ni publicado, según el caso, pues es obvio que a partir de tal ejecución el interesado tiene conocimiento cabal de la existencia de la decisión que le vulneró el derecho cuyo restablecimiento pretende por la vía jurisdiccional;

"d) A partir de la notificación:

"1. De la decisión cuestionada, cuando contra ella no procede ningún recurso por la vía gubernativa (art. 62, ordinal 1º del C. C. A.).

"2. De la decisión que se haya tomado respecto de los recursos interpuestos oportunamente (C. C. A., arts 62 ordinal 2 y 44 inciso 1º).

"Del examen de los artículos 63 y 51 inciso cuarto, del Código Contencioso Administrativo se colige que el término de caducidad también empieza a correr, respecto de los actos contra los cuales procedan recursos de los que el interesado no hizo uso, a partir del día siguiente al vencimiento del lapso hábil para impugnarlos por la vía gubernativa, porque esta es una forma de que el acto administrativo quede en firme" (Auto del 12 de marzo de 1987. Expediente número 4978; Actor: "Minas Maturin Ltda."; Tomo Copiador 71, páginas 396 y siguientes) (Tomo de la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado).

3. La caducidad es una sanción al administrado que no reclama la actividad jurisdiccional para la tutela de su derecho, dentro de los límites temporales que le fija la ley, por lo tanto no puede imponerse tampoco por analogía.

4. Como el fallo cuya anulación se demanda decidió declarar probada la excepción de caducidad de la acción, interpretando el in-

ciso final del artículo 83 de la Ley 167 de 1941 en el sentido de que, conforme a esta disposición la caducidad de la acción debe contarse a partir de la fecha de la *comunicación*, erró el sentenciador al interpretar tal precepto, violándolo, lo cual amerita la prosperidad del cargo que se le imputó a la providencia mencionada, como en efecto ha de disponerse.

E. Por mandato del artículo 205 del Código Contencioso Administrativo, ante la prosperidad del recurso, la Sala debe dictar la sentencia que reemplace a la anulada, en grado de segunda instancia pues debe revisar la del *a quo*, que fue apelada por la parte demandada, según el texto de la que se invalida. Pero antes se dispondrá que se reconstruya el expediente pues se estima necesario, porque en el fondo del litigio hay un conjunto de cuestiones de hecho cuya demostración debe verificar la Sala para proveer como corresponda (art. 4º, literal A, inciso final, Decreto 3825 de 1985).

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

Falla:

Primero: Anúlase la sentencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, dentro del proceso de la referencia, fechada el 31 de mayo de 1985.

Segundo: Reconstrúyase el expediente a efecto de dictarse la sentencia que debe sustituir la anulada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constsancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 1º de marzo de 1988.

Carmelo Martínez Conn, Presidente de la Sala; *Antonio José de Irisarri Restrepo, Jaime Abella Zárate*, con Salvamento de voto; *Hernán Guillermo Aldana Duque*, con Salvamento de voto; *Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos*, con Salvamento de voto; *Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

Salvamento de voto: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 018. Actor: Luis Bernardo Uribe Vélez. Recurso de anulación.

Bogotá, D. E., nueve de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

En resumen y en forma respetuosa, discrepo del fallo anterior por lo siguiente:

Para los efectos de precisar la causal del recurso extraordinario de anulación, consagrada en el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo y ante la dificultad de definir el concepto de "ley sustantiva", la Sala se inclinó por lo menos a delimitarla expresando que "la sustantiva o sustancial, es aquella que no es procedimental, cualquiera que sea el Código en donde se encuentre la norma" (Exp. núm. 010 V-14-85). Esta orientación se ha seguido para considerar extraño a este recurso, el debate de posibles violaciones de leyes procedimentales en varios fallos.

Entendida la "caducidad" como el lapso dentro del cual pueda interponerse válidamente una demanda, forma parte de los requisitos y formalidades que debe cumplir toda demanda para ser admitida (art. 143, C. C. A.) y aunque es indiscutible su importancia, sigue siendo un aspecto de medio o procedimiento para reclamar los derechos y siendo de índole procedimental, es ajena a la causal del recurso de anulación.

En materias como la que se planteó originalmente en este negocio (despido injustificado de un funcionario), entiendo que por "ley sustancial" debe considerarse solamente aquella que regula los derechos y obligaciones de los funcionarios en su relación con el servicio público y tratándose de los de "libre nombramiento y remoción", debe serlo la ley que garantice la forma de removerlos.

Pero la ley que indica la forma, *el tiempo,* el juez competente, etc., ante los cuales pueda hacer valer sus derechos, es ley de naturaleza procesal.

Con la interpretación aceptada, cualquier asunto procesal es válido como causal del recurso extraordinario por la sencilla razón de que todas las normas procesales tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.

Esta interpretación extensiva, me parece que contradice los términos utilizados por el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo, con relación a la causal de violación directa de la Constitución "o de la ley sustantiva".

Jaime Abella Zárate

Salvamento de voto: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número R-018. Actor: Luis Bernardo Uribe Vélez. Recurso de anulación.

Con el debido respeto a la mayoría de la Sala debo manifestar que considero errónea la solución jurídica dada al caso a que se refiere la sentencia anterior.

La razón de mi criterio disidente estriba en que la sentencia parte de la idea de que la Comunicación de la providencia por la cual se declaró insubsistente a un empleado público constituye una regulación de orden sustantivo, cuya infracción determina la procedencia del recurso extraordinario de anulación.

Las disposiciones que regulan los trámites de la comunicación o notificación no son *per se* normas sustantivas, que permitan la aplicación del recurso extraordinario de anulación, pues ellas son desarrollos de otros preceptos superiores de la Carta, que integran los aspectos procesales de la actividad administrativa o jurisdiccional. Por lo mismo aquellos no son leyes sustantivas en sentido propio.

De otra parte, la violación de la norma que regula la caducidad de la acción, por el desecho jurídico de considerarla como sustantiva hace que, en fin de cuentas, toda norma semejante, que roza con los aspectos de la procedencia de la acción, se considere sustantiva, sin fundamento ninguno en la naturaleza de semejantes disposiciones.

Al acoger como criterio de la ejecución del acto de insubsistencia cuya legalidad debatió el actor, la circunstancia de la entrega del cargo, creo que se yerra, pues:

a) La simple comunicación es ya ejecución de la decisión de separar al actor del cargo, y a partir de ella se debía computar el término de caducidad, como lo hizo certeramente el fallo que ahora se ha anulado;

b) Admitir que sólo con la entrega se ejecuta el acto de insubsistencia, implica que hasta entonces el funcionario continuaría desempeñando sus funciones, lo que es contrario a la realidad de las cosas, y al hecho de que la entrega supone la existencia y posesión del nuevo empleado, lo que imposibilita el ejercicio de la función por el funcionario saliente y constituye prueba de la ejecución de la insubsistencia;

c) Corolario de lo que antecede es que si no se ejecutó la insubsistencia, el funcionario continuaría en su ejercicio del cargo y, entonces, la acción disciplinaria eventual, por no entregarlo o no des-

pachar sus funciones, sería procedente aún después del recibo de la comunicación y del hecho de que el nuevo reemplazo no podría —a pesar de haber sido designado y éste recibiera el cargo—, desempeñar las funciones propias del mismo, y que a la medida de insubsistencia no se habría ejecutado.

La comunicación de las decisiones administrativas, como en el caso de autos, constituyen sin duda su ejecución, a punto tal, que si no fuera así, habría de decidirse que el empleado que entrega incurriría en bandono del cargo si dejara de asistir al despacho, a pesar de que se hubiera hecho presente su sucesor y estuviere recibiendo el cargo, previa posesión requerida.

Una cosa es la ejecución de la insubsistencia, en cuya virtud no puede continuar el ejercicio de funciones por el empleado y otra, diferente, la entrega del cargo.

Como la ejecución de la medida acusada operó en fecha 21 de enero de 1980 y no el 23, fecha en la cual culminó la entrega, infiero que al presentar la demanda la acción, como lo declaró la Sección Segunda de la Corporación se hallaba caducada y que el fallo de la Sección no ha debido ser anulado.

Hernán Guillermo Aldana Duque.

Fecha: ut supra.

Salvamento de voto: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación R-018. Actor: Luis Bernardo Uribe Vélez. Recurso de anulación.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., ocho de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Dos son los temas tratados en la providencia que antecede que no comparto y por ello debo salvar el voto con el mayor respeto por el criterio mayoritario de la Sala.

Ellos son: el considerar que las normas sobre caducidad son normas sustantivas y por ello su violación puede aceptarse como causal del recurso de anulación de conformidad con el artículo 197 del Decreto 01 de 1984 y el afirmar que en el caso de una declaratoria de insubsistencia, el término de caducidad para impugnar el acto que la contiene debe contarse desde la fecha de su *ejecución* y no desde la fecha de su *comunicación.*

Con relación al primer aspecto comparto las afirmaciones hechas por el consejero Jaime Abella Zárate en el salvamento de voto que antecede, cuando allí afirma "entendida la 'caducidad' como el lapso dentro del cual pueda interponerse válidamente una demanda, forma parte de los requisitos y formalidades que debe cumplir toda demanda para ser admitida (art. 143, Código Contencioso Administrativo) y aunque es indiscutible su importancia, sigue siendo un aspecto de medio o procedimiento para reclamar los derechos y siendo de índole procedimental, es ajena a la causal del recurso de anulación".

... ...

"Pero la ley que indica la forma, *el tiempo,* el juez competente, etc., ante los cuales pueda hacer valer sus derechos, es la ley de naturaleza procesal".

"Con la interpretación aceptada, cualquier asunto procesal es válido como causal del recurso extraordinario por la sencilla razón de que todas las normas procesales tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial".

"Esta interpretación extensiva, me parece que contradice los términos utilizados por el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo con relación a la causal de violación directa de la Constitución o de la ley sustantiva".

En cuanto al tema de la fecha a partir de la cual se debe contar el término de la caducidad de la acción cuando se trata de impugnar el acto administrativo por el cual se declara la insubsistencia de un nombramiento, la providencia aprobada por la Sala afirma, que, de conformidad con el artículo 83 de la Ley 167 de 1941 la caducidad de la acción se debe contar desde la publicación, la notificación o la ejecución y no desde su expedición, ni desde su comunicación, ni desde ningún otro supuesto cualquiera.

Y para respaldar la anterior afirmación precisa que la notificación y la comunicación no son lo mismo, para lo cual cita diferentes normas del Decreto 01 de 1964, de la Ley 167 de 1941 y del Decreto 222 de 1983.

Y transcribe un auto de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de fecha 12 de marzo de 1987, Expediente número 4978, actor Minas Maturín Limitada, en el cual se precisa a partir de qué fecha debe contarse el término de caducidad así:

" 'a) A partir de la publicación, respecto de terceros afectados en forma directa e inmediata, cuando la decisión se haya tomado en una actuación en la que ellos no han intervenido (art. 46 C. C. A.);

" 'b) A partir de la comunicación cuando haya norma expresa que indique que para la firmeza del acto es suficiente la sola comunicación, sin necesidad de la notificación que como regla general ordena el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, o sea cuando se establece una excepción a la obligatoriedad de notificar los actos;

" 'c) A partir de la ejecución, cuando la administración no dio la oportunidad de ejercer los recursos existentes (art. 135 ord. 2º, C. C. A.) y los ejecuta respecto del administrado sin haberlos notificado, *ni comunicado*, ni publicado, según el caso, pues es obvio que a partir de tal ejecución el interesado tiene conocimiento cabal de la existencia de la decisión que le vulneró el derecho cuyo restablecimiento pretende por la vía jurisdiccional (se subraya);

" 'd) A partir de la notificación:

" '1. De la decisión cuestionada, cuando contra ella no proceda ningún recurso por la vía gubernativa (art. 62 ord. 1º C. C. A.).

" '2. De la decisión que se haya tomado respecto de los recursos interpuestos oportunamente (C. C. A., arts. 62 ords. 2 y 44 inc. 1º).

" 'Del examen de los artículos 63 y 51 inciso 4º del Código Contencioso Administrativo se colige que el término de caducidad también empieza a correr, respecto de los actos contra los cuales proceden recursos de los que el interesado no hizo uso, a partir del día siguiente al vencimiento del lapso hábil para impugnarlos por la vía gubernativa, porque esta es una forma de que el acto administrativo quede en firme' ". (Auto de 12 de marzo de 1987. Exp. núm. 4978; actor: "Miguel Maturín Ltda."; Tomo copiador 71, págs. 369 y siguientes).

Concluye el fallo del cual me aparto, que como en el caso de autos la sentencia de la Sección Segunda decidió declarar la caducidad de

la acción, teniendo en cuenta la fecha *de la comunicación*, es del caso anularla por errónea interpretación del artículo 83 de la Ley 167 de 1941.

La declaratoria de insubsistencia de un nombramiento, como manifestación de la competencia nominadora discrecional de una autoridad, está contenida en un acto administrativo, de aquellos que la doctrina ha denominado "acto condición" por cuanto no se trata de un acto administrativo con el cual culmina un procedimiento administrativo c se crea una situación jurídica individual, sino que simplemente ubica al particular en una situación jurídica general, impersonal y ya existente, razón por la cual, respecto de él no procede ningún recurso, y no se exige su notificación personal.

En cuanto dicho acto, no requiere notificación (por cuanto respecto de él no proceden recursos) ha surgido la dificultad de precisar la fecha desde la cual se debe contar el término de caducidad de la acción para su impugnación: si desde su expedición, o desde su comunicación que es la utilizada normalmente para estos actos o desde su ejecución.

La jurisprudencia del Consejo de Estado en esta materia ha evolucionado con un criterio orientador: el darle la oportunidad al afectado de conocer la decisión y ejercer su derecho de defensa.

Durante la vigencia del citado artículo 83 de la Ley 167 de 1941 y en cuanto dicha norma no incluía el evento de la comunicación como sí lo trae el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, el Consejo de Estado precisaba que el término de caducidad debía contarse a partir de la fecha de *expedición* del acto que declaraba la insubsistencia (sentencia 16 de junio de 1965, actor Luis Felipe Sáchica Ferrer. Ponente: Doctor Carlos Portocarrero Mutis; sentencia 19 de mayo de 1979, actor Pablo Emilio Garavito. Exp. núm. 3435. Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado).

La anterior jurisprudencia fue cambiada y esta Corporación consideró que la oportunidad para comenzar a contar el término de caducidad de la acción, debía ser el momento en que la persona afectada conocía la decisión, y en el caso de la insubsistencia, en el cual no hay publicación, ni notificación, la fecha sería la de la ejecución del acto, oportunidad en la cual sin lugar a dudas, el afectado lo conoce y puede cuestionarlo.

Si el acto, que no requería notificación, era comunicado, aunque el citado artículo 83 de la Ley 167 de 1941, no incluía esta figura, la fecha de la comunicación, era la que debía tenerse en cuenta, siguiendo el criterio de que en ese momento el particular conocía la decisión que lo afectaba y podía impugnarla.

En el anterior sentido se pronunció el Consejo de Estado en providencias del 15 de febrero de 1984, Expediente 9852, actora Bertha Inés García de Valbuena, ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker; de 16 de julio de 1984, Expediente 10476, actora Mabel Jaramillo Marín, ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello.

Es del caso anotar que las anteriores providencias aunque fueron dictadas en 1984 cuando ya se encontraba vigente el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, se refieren a la aplicación del artículo 83 de la Ley 167 de 1941.

A mi juicio el momento en que comienza a correr el término de caducidad, tal como lo venía sosteniendo hasta ahora el Consejo de Estado es aquel en el cual el afectado se entera de la decisión administrativa ya sea por su publicación, por su notificación, por su comunicación o por su ejecución, según el acto de que se trate.

Esta interpretación fue recogida en la legislación positiva y concretamente en el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, cuando se incluyó la figura de la comunicación de los actos administrativos.

En el caso de autos, tratándose de un acto por el cual se declaró insubsistente un nombramiento y el cual fue *comunicado*, es esa la fecha a partir de la cual corre el término de caducidad de la acción para impugnarlo, pues fue esa la oportunidad en la cual el afectado lo conoció y a partir de ese momento podía impugnarlo.

Así lo acepta el auto de la Sección Tercera invocado por la providencia que no comparto cuando al precisar que el término de caducidad se cuenta a partir de la ejecución cuando la Administración ejecuta sus decisiones sin haberlas *comunicado* (página 8 de la sentencia primer párrafo).

O sea que, a *contrario sensu*, si se comunicó, es esa y no otra la oportunidad en que empieza a correr el término de caducidad.

A pesar de esta transcripción la sentencia concluye, a mi juicio equivocadamente, que en el caso de autos el término de caducidad se ha debido contar desde la fecha de la ejecución del acto declaratorio de la insubsistencia, aunque éste hubiere sido comunicado.

Pero además, cuándo se ejecuta una declaratoria de insubsistencia? A mi juicio desde su comunicación, independientemente de cualquier otro factor como la entrega del cargo, pues esa ejecución implica simplemente, el cese en las funciones propias del mismo y su entrega no constituye el ejercicio de éstas. El empleado cuyo nombramiento ha sido declarado insubsistente cesa en sus funciones desde el momento en que se le comunica dicha declaratoria; la entrega del cargo, es una realidad fáctica, consecuencia de la cesación en el ejercicio de su cargo.

Así las cosas, en el presente caso, la sentencia de la Sección Segunda aquí recurrida no ha debido anularse, toda vez que declaró la caducidad de la acción, teniendo como fecha inicial del término legal previsto para dicho efecto, la de la comunicación del acto que declaró la insubsistencia del demandante.

Consuelo Sarria Olcos.

Consejo de Estado.

Salvamento de voto: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Número R-018. Actor: Bernardo Uribe Vélez.

No comparto la decisión de fondo tomada por la Sala y apoyo mi disentimiento en las siguientes valoraciones jurídicas:

A) Es indiscutible que a través de los artículos 194 y siguientes del Código Contencioso Administrativo se tipificó en el nuevo estatuto el recurso extraordinario de anulación, el cual procede contra *"las sentencias ejecutoriadas de única o segunda instancia* dictada por las Secciones del Consejo de Estado y contra las de única dictadas por los tribunales administrativos.

Es igualmente claro que por mandato del artículo 197 de la misma obra, se puede anular la sentencia *"por violación directa de la constitución política o de la ley sustantiva"*.

B) Es también verdad jurídica que a la luz de lo preceptuado en el artículo 174 del referido estatuto "Las sentencias ejecutariadas serán obligatorias para los particulares y la administración, no estarán sujetas a recursos distintos de los establecidos en este Código, y quedan sometidas a la formalidad del registro en los mismos casos en que la ley exige para las dictadas por los jueces comunes. "Consecuencia jurídica lógica del fenómeno indicado se consagra en el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo cuando dispone que: "La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes*".

"La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada *erga omnes* pero solo en relación con la *causa petendi* juzgada.

"La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor".

"Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte quedarán sin efectos en los pertinentes, los decretos reglamentarios".

La filosofía de la cosa juzgada se recoge, igualmente, en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, que a la letra reza:

"La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior y que entrambos procesos haya igual identidad jurídica de partes".

C) Es indiscutible, igualmente, que el ordenamiento jurídico colombiano está concebido como una plenitud hermética, conclusión que fluya de la lectura del artículo octavo de la Ley 153 de 1887 que preceptúa: "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". Complemento saludable de esta normatividad es la filosofía que se recoge en el artículo 4º de la misma ley cuando recuerda que: "Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes".

Las tres precisiones conceptuales de naturaleza jurídica que se dejan hechas se tornan indispensables para entrar a destacar que el recurso de anulación, tal como se tipificó en el Código Contencioso Administrativo, es fuente de *antinomias jurídicas* y colige con principios esenciales que informan *la filosofía del derecho.* Tal situación demanda, con necesidad imperiosa, que el sentenciador adopte una toma de posición firme y radical para despejar las primeras y para no vulnerar las esencias del derecho. Esta realidad explica que a continuación se precisen tales fenómenos para luego sacar las conclusiones que correspondan conforme a derecho, entendido éste, no como el simple reino de la ley, sino también de los principios.

D) En su obra "*La lógica jurídica y la nueva retórica,* Ch. Parelman enseña que '...nos encontramos en presencia de una *antinomia* cuando, con referencia a un caso concreto, existen, en el referido sistema, dos iniciativas incompatibles, a las cuales no es posible ajustarse simultáneamente, bien porque imponen dos obligaciones en sentido opuesto o porque una prohíbe lo que la otra permite y no hay, por tanto, medio de confirmarse a una sin violar la otra'. Agrega luego: '...Así entendidas, las antinomias se conciernen a la verdad o a la falsedad, no afirman simultáneamente dos posiciones contradictorias. Consisten en una o varias normas, cuya aplicación conduce, en una situación dada, a directivas incompatibles.

A primera vista, la existencia de antinomias parece difícilmente concebible. En efecto, si una ley permite lo que la ley anterior prohibía, o al revés, no se dirá que nos encontramos en presencia de una antinomia, sino que se admitirá aunque no se haya dicho expresamente, que la ley anterior ha sido tácitamente derogada... El problema de las antinomias sólo se plantea con toda su agudeza —agrega— *cuando dos normas incompatibles son igualmente válidas y no existen reglas generales que permitan, en el caso concreto, otorgar prioridad a una o a otra...* el problema de las antinomias en derecho sólo existe en el caso de que no se posea una regla general que permita resolverlas, es decir, cuando hay una laguna en la ley. Por consiguien-

te, no es concebible que en tal caso alguna de las dos reglas opuestas no sea aplicable..." (Obra citada, Editorial Civitas, págs. 57 y 58).

Dentro del mismo marco, Norberto Dobbio, en su obra "Contribución a la Teoría del Derecho", y bajo el rubro *"Las antinomias jurídicas"*, enseña:

> "Pero ya estoy oyendo el clamor de una objeción bastante grave, a la que hay que responder antes de concluir. Quien tiene experiencia de discusiones jurídicas sabe que muchas de estas discusiones son inconcluyentes *porque las tesis opuestas son ambas sostenibles*, al tener una y otra una serie de argumentaciones válidas que las sostienen, y no permiten, al enfrentarse y neutralizarse, obtener una solución definitiva. Cómo se concilia —se me podrá objetar— la incertidumbre de los resultados con el rigor que ha sido hasta ahora considerado como la característica de un sistema científico. La *opinabilidad*, que es propia de muchas proposiciones de la jurisprudencia, cómo se acuerda con la *cientificidad*? Cae de peso que *la pregunta no se refiere a las disputas que dependen precisamente de la falta de rigor*. Se puede decir de estas disputas están llenas todas las ciencias; y si la jurisprudencia se muestra también entorpecida por ellas, eso depende precisamente del hecho de que la vía del rigor ha sido recorrida en su campo sólo en un pequeño tramo. La presencia de disputas en este sentido no prueba nada contra el rigor, sino que, al contrario, invita si acaso a recorrer este camino con mayor energía. Otra cosa es el problema del que parece preocuparse quien plantea la referida objeción: se trata de esas disputas que inducen a pensar que su fundamento no está ya en la falta de rigor sino en el hecho de que, por muy grande que sea el rigor, empleado, son insolubles mediante una fórmula definitiva, precisamente porque en la estructura misma del sistema faltarían las reglas necesarias para darles una solución: son disputas, en suma, *en las que precisamente el rigor empleado en resolverlas demostraría su insolubilidad.*
>
> "Los nuevos lógicos que han contribuido a crear la nueva concepción de la ciencia como construcción de un lenguaje riguroso han descubierto que tales cuestiones en el ámbito de un determinado lenguaje existen en todas las ciencias, es decir, en todos los lenguajes. *Se habla de 'antinomias' incluso en la matemática y en la lógica, es decir, de 'proposiciones indecisas', 'para las cuales la estructura de la lengua no nos permite decidir ni una respuesta negativa'* " (L. Geymonat).

También el derecho —podemos responder— tiene sus proposiciones indecisas, sus antinomias. Qué otra cosa son, en efecto, *las cuestiones opinables de las que se ha hablado, más que cuestiones en las que tanto la solución afirmativa como la negativa son válidas, es decir, legítimas según los cánones fijados por el lenguaje jurídico?* No digo que no debamos preocuparnos. Digo sólo que esta preocupación la comparten en mayor o menor medida los estudiosos de todas las ciencias. Y si no "derrumba" un sistema "si existen en él proposiciones indecisas", deberíamos tener buenas razones para crear que no se derrumba el sistema jurídico, ni tampoco la posibilidad de una

ciencia jurídica, *por el sólo hecho de admitir como igualmente deducibles y, por tanto, teóricamente equivalentes a dos proposiciones que se excluyen entre sí.*

Pero la ciencia jurídica se puede poner a la par de todas las demás ciencias, que soportan antinomias, como dicen los lógicos, sin derrumbarse? En este punto la objeción se vuelve más apremiante y pone el dedo en una dificultad que merece alguna atención. La presencia de algunas antinomias no hace derrumbarse a un sistema científico. De acuerdo. *Pero para que este sistema no se derrumbe hay que admitir que entre sus reglas fundamentales y constitutivas exista también la regla de que las antinomias son lícitas.* Ahora bien, en la ciencia jurídica son lícitas las antinomias? O no hay por ventura entre las reglas fundamentales del lenguaje jurídico una regla que prohíbe las antinomias? Y si esta regla existe, cómo será posible construir la ciencia jurídica admitiendo las antinomias? Una jurisprudencia que admite las antinomias, contraviniendo la eventual regla que prohíbe las antinomias, cómo podrá ser todavía considerada un estudio científico, desde el momento que no respeta todas las reglas constitutivas de su propio lenguaje? Para resolver esta dificultad hay que ponerse ante las dos posibles alternativas que el problema de las antinomias nos ofrece y considerar cuál de las dos nos permite la solución más satisfactoria. Las dos alternativas son: *a) La regla que prohíbe la antinomia es una regla constitutiva del lenguaje jurídico; b) esta regla no es constitutiva del lenguaje jurídico.*

En el primer caso las antinomias no son lícitas: eso significa que debe encontrarse una solución de algún modo. Pero la antinomia existe, como se ha dicho, cuando en el lenguaje mismo de la ciencia dada faltan los términos para una solución. Por tanto, para encontrar alguna solución no contradictoria en caso de antinomias, no hay otro camino que el de incluir en el lenguaje dado una proposición tomada de un lenguaje distinto (es decir, de otra esfera de experiencia), la cual, elimina la proposición indecisa. Pero he aquí lo que ocurre: la inclusión de una nueva proposición viola a su vez otra regla fundamental del lenguaje jurídico, *la de la clausura del ordenamiento,* que, como hemos dicho, *prescribe que el lenguaje jurídico sea considerado como un todo cerrado, por sí y en sí mismo completable.* De este modo la antinomia, en vez de ser resuelta, viene trasladada y, diría, agravada, porque no se trata ya de una antinomia en las proposiciones sino en las mismas reglas constitutivas del lenguaje. *Es definitiva, una vez admitida la regla que prohíbe las antinomias, la antinomia sólo puede eliminarse contraviniendo la regla de la clausura.* Pero si yo respeto la regla de clausura no estoy ya en grado de resolver la antinomia. El respeto de la primera regla implica la violación de la segunda y viceversa. No es posible obedecer a las dos porque son, una respecto de otra, contradictorias. *Si estoy dentro de los límites prescritos por la ley de clausura no puedo evitar las antinomias: si obedezco a la ley contra las antinomias violo la ley de la clausura.* La cuestión es preocupante. Nos preguntamos: sería posible, hablar todavía de ciencia en este extraño caso en el que se viene a encontrar, si es justa la hipótesis prevista, la investigación jurídica, es decir, en el caso en que no son contradictorias algunas proposiciones entre

si, pero se contradicen recíprocamente y, así, pues, se excluyen sin más las reglas que constituyen el fundamento de la ciencia misma?

"Intentemos entonces considerar la segunda alternativa: *no existe en la estructura del lenguaje jurídico una regla contra las antinomias.* Ergo las antinomias *son lícitas, lo que significa que dos proposiciones que se excluyen recíprocamente, con tal de que ambas sean deducibles del sistema normativo dado, son ambas jurídicamente válidas, es decir, son jurídicamente equivalentes en ese sistema dado.* Aquí salen los prácticos y preguntan: a dónde va a ir a parar la *certeza del derecho?* Se puede responder ante todo que *la certeza del derecho es una exigencia ético-política, que puede satisfacerse solamente proponiendo leyes distintas, más precisas y rigurosas que las existentes, y no haciendo decir a las leyes que existen cosas que no se encuentran en ellas;* en segundo lugar, que por muy riguroso que sea un lenguaje, siempre existirán casos no previsibles, de los que por tanto no se ha dado ninguna definición precisa, justamente porque no han sido previstos, y frente a los cuales, así pues, existirá incertidumbre sobre si subsumirlos en esta o aquella categoría de términos rigurosamente definidos. El problema de las lagunas es un problema propio de todo ordenamiento: todo ordenamiento tiene sus lagunas, es decir, no ofrece y no puede ofrecer todos los medios para eliminar las antinomias. Por lo demás, *la eliminación de las lagunas (y, por tanto, de las antinomias) no es obra del jurista, sino del legislador. Es lícito suponer que donde se verifica una laguna se trata de un caso frente al que al legislador no le importa que sea resuelto en sentido afirmativo o negativo.* Se dirá que en este caso *el legislador es indiferente frente al modo de la solución.* Se puede añadir que de hecho, respecto a las cuestiones antinómicas, el principio de la certeza del derecho es violado continuamente porque *en la práctica un juez acepta, frente a una proposición indecisa, bien la respuesta positiva, bien la negativa, sin que nadie le pueda obligar a atenerse constantemente a una sola de las dos posibles alternativas.*

"A juzgar por lo que sucede en la práctica forense, parece, pues, que la presencia de antinomias *y, por tanto, de respuestas que se excluyen entre sí, no es un inconveniente tan grave como para inducirnos a renunciar al principio de la clausura del ordenamiento.* Lo que quiere decir que, examinados los pros y los contras, parece más probable que, en la situación de hecho de nuestros ordenamientos, no se pueda admitir como regla fundamental del ordenamiento mismo la que prohíbe las antinomias..." (obra citada, págs. 197, 198 y 199).

Como conclusiones del pensamiento jurídico y doctrinario anterior, puede registrarse las siguientes:

Primera. Es indiscutible que la Ciencia del Derecho registra sus aspectos, como muchas otras áreas del saber científico;

Segunda. La existencia de proposiciones jurídicas que se excluyen no implica el derrumbamiento del orden jurídico, pues las antinomias son lícitas y consecuencia necesaria de concebir el ordenamiento como una plenitud hermética. Por lo demás, las dos proposiciones o normas que se excluyen, son deducibles del mismo ordenamiento postivo;

Tercera. Las antinomias no pueden ser solucionadas en forma definitiva sino por el legislador, que es el único que puede reformar la legislación antinómica. No se puede acudir al expediente de hacerle decir *a las leyes cosas,* que como lo predica Bobbio *"no se encuentran en ellas";*

Cuarta. Si no obstante la facultad que él tiene para eliminar las antinomias, ellas subsisten, tiene que aceptarse que se está en presencia de casos frente a los cuales la rama legislativa del poder público no tiene interés en que las distintas realidades fácticas sean resueltas en un *"sentido afirmativo o negativo",* como lo enseña el ilustre jurista y filósofo italiano, en antes citado;

Quinta. La presencia de antinomias implica, como ya se registró en antes, que el principio de *"certeza del derecho"* sea *"violado continuamente",* pues el juez está en libertad de acogerse a una proposición jurídica a otra, según la valoración de las circunstancias legales, generales o particulares que haga del caso.

E) Dentro del marco filosófico-jurídico anterior, la Sala procede a mirar las antinomias que surgieron en el derecho administrativo colombiano con la creación del recurso de anulación, lo cual le permitirá tomar una posición afirmativa o negativa respecto de la viabilidad del mismo.

Primera antinomia

Tesis. Artículo 332 del Código de Procedimiento Civil.

"Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tienen fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entrambos procesos haya identidad jurídica de partes..." (arts. 174 y 175 C. C. A.).

Antítesis. "Artículo 194 Código Contencioso Administrativo. Procedencia. 'El recurso extraordinario de anulación procederá contra las sentencias ejecutoriadas...'"

Artículo 196 Código Contencioso Administrativo. Término para interposición del recurso. El recurso deberá interponerse dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia".

De la valoración jurídica de los textos citados bajo los rubros, Tesis y Antítesis, fluye la antinomia, pues si la sentencia ejecutoriada produce el efecto de la cosa juzgada, no es posible atacarla a través del recurso extraordinario de anulación, por violación "...directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva...", por las razones que se indicarán más adelante. Baste, por ahora, definir que el debate sobre la inconstitucionalidad o la legalidad de la decisión individualizada del juez, esto es, la sentencia, no se puede hacer sino antes de que ésta quede en firme, como ocurre con el de casación, que por mandato del artículo 369 del Código de Procedimiento Civil, se interpone "....en el acto de la notificación personal de la sentencia, o por

escrito presentado ante el Tribunal dentro de los diez días siguientes al de la notificación de aquella...", con lo cual no se permite su ejecutoria.

Para una mejor comprensión del asunto es bueno dejar muy en claro que el recurso de revisión también procede contra "...las sentencias ejecutoriadas..." (art. 379 del C. de P. Civil), pero las causales que permiten interponerlo, nada tienen que ver con la violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva. Ellas están estructuradas sobre aspectos esencialmente probatorios, como la indebida representación o falta de notificación o emplazamiento o con aspectos que tocan con nulidades originadas en la sentencia o con la cosa juzgada misma.

Por eso se ha enseñado:

"Si la revisión se endereza contra sentencias firmes o aquellas que por definición legal no son susceptibles de recurso alguno, ella misma no podría en lógica elemental calificarse de *'recurso'* sin incurrir en contradicción flagrante o, lo que es igual, *que los recursos procesales llevan la exigencia implícita de una acción procesal en pleno desarrollo y no extinguida o consumada por el pronunciamiento de un fallo firme.* Y ciertamente no participamos de aquel criterio que atribuye a la revisión el carácter de recurso especialísimo *'sui generis'*, sospechoso calificativo usado para referirse a nociones cuya naturaleza se ignora.

"En efecto, las causales de revisión no se enmarcan en la órbita del error, ya de actividad, ya de juicio, propia de los recursos procesales, sino en el ámbito de la ilicitud penalmente punible, por lo que la revisión, lejos de atentar contra la cosa juzgada, provee a cautela y la prestigia en cuanto puede impedir que se transforme en un subproducto del dolo o del fraude.

"Es por ello que en España Pedro Aragoneses, siguiendo a Carnelutti, ubica la revisión entre los medios de impugnación caracterizados como *acciones nuevas* tendientes a reparar los efectos de la sentencia anterior, la estima como *'una acción impugnitiva contra la existencia de una sentencia firme'*. En análoga línea doctrinal se inscribe Víctor Fairén, para quien 'la demanda de revisión española presupone la existencia de una sentencia firme que está sufriendo los efectos de cosa juzgada; por ello no se la puede encuadrar en el marco del derecho de recurrir, considerando como posibilidad adhierente a la primitiva acción y pretensión.

"Por eso, y porque el interés que mueve la acción de revisión se funda *'en una base fáctica nueva y diferente de la que fue tratada en el proceso anterior'*, coincide también en idea de acción con pretensión impugnativa de sentencia firme.

"Por lo expuesto, estimamos que la revisión no es un recurso procesal contra sentencia firme, sino *una acción que inaugura un nuevo proceso* que se dirige contra otro proceso generalmente corrompido por el fraude. Se incorpora, pues, al acampo de la significativa preocupación contemporánea de la doctrina proce-

sal contra el proceso fraudulento" (Fundamento Constitucional de la Cosa Juzgada. Hugo Pereira Anabalón. Artículo en Temas Procesales, número 4, abril de 1978, págs. 16 y siguientes).

Ahora bien: Como las antinomias no pueden ser resueltas en forma definitiva sino por el legislador, como ya se anotó en antes, y como frente a ellas el sentenciador está en libertad de acoger una proposición jurídica u otra, como lo destaca muy bien Norberto Bobbio, la Sala opta, en el *sub lite*, por mantenimiento de la cosa juzgada, en detrimento del recurso de anulación, que no tiene ni presentación jurídica ni apoyo filosófico tal como fue tipificado. La elección tiene apoyo en las siguientes razones.

Primera. La sentencia errónea, ejecutoriada, tiene efectos constitutivos.

El adagio *"res judicata pro veritate accipitur"* enseña Karl Olivecrona, surge en el Digesto y se refería únicamente a las decisiones que afectaban el status de una persona. "Quería decirse con él que la decisión del Tribunal en tales casos debía prevalecer sobre su status auténtico. Así, si un tribunal declaraba que un hombre había nacido libre (*ingenuus*) había que considerarle *ingenuus*, aunque en realidad fuese un liberto... En la ciencia jurídica más reciente se ha intentado reconciliar el papel de la *res judicata con la teoría declarativa de la sentencia.* Pero cualquier tentativa en este sentido está condenadas al fracaso. Cuando se dicta sentencia, la sentencia determina las relaciones jurídicas entre las partes. *Los hechos en que se funda dejan de ser relevantes. En cuanto que han sido "reemplazados" por la sentencia dejan de tener importancia:* ya no es necesario volver a los hechos, *ya que la sentencia se convierte en el hecho terminante. No puede sostenerse en ningún sentido que los derechos de las partes no se ven afectados por la sentencia....* Las sentencias no pueden ser correctas en todos los casos: los jueces no son seres infalibles. En alguna ocasión, la sentencia se fundará en una concepción incompleta de los hechos pertinentes, o en una interpretación errónea de la ley. Y qué ocurre en ese caso? Según la teoría, el demandante que pierde su caso por falta de pruebas debe estar aún en posesión de su derecho. Pero esto no tiene sentido: cuando el tribunal desestima la pretensión, el "derecho" equivale a cero. Puede ocurrir también que el demandante plantee una pretensión de pago, aún cuando se haya satisfecho ya la deuda; y puede que el demandado pierda el caso si no puede probar que ha llevado a cabo el pago. Si la teoría fuese correcta, la parte vencedora no tendría ningún derecho, a pesar de todo, y no habría obligación de pagar la deuda por segunda vez; pero el demandado ha de pagar para evitar mayores problemas. Sin embargo no tiene obligación de hacer lo que no le queda más remedio que hacer: lo que resulta muy extraño.

En cualquier sentido, pues, la relación jurídica entre las partes aparece determinada por la sentencia. Mantener que sus derechos y deberes respectivos son los mismos que los existentes antes de la decisión del tribunal, no tiene sentido. Y de esta forma, la sentencia errónea parece tener efectos constitutivos. (El derecho como hecho. Labor Universitaria, pág. 193 y siguientes).

Segunda. Cuando los tribunales se pronuncian, a través de sentencias ejecutoriadas, actúan como legisladores.

El mismo tratadista, en antes citado, recuerda sobre este particular que los jueces no pueden determinar "la existencia de un derecho", pero pueden formar ideas de derechos sobre el modelo de las ideas generales expresadas en las normas del Derecho. Y esto es lo que hacen. Sus pronunciamientos sobre derechos sirven para dirigir la conducta de las partes, de la misma forma que lo hacen los mandatos del legislador. Luego agrega: "Los tribunales no son espectadores que se limitan a considerar con curiosidad las relaciones jurídicas entre las partes en disputa y a determinar la existencia de tal o cual relación, sino que representan una fuerza dinámica en la sociedad, que moldea las relaciones entre las partes en cuanto que legisladores complementarios y en cuanto que directores de la fuerza ejecutiva del Estado" (obra citada págs. 202 y ss.).

Tercera. Defensa del principio del derecho general: seguridad jurídica.

La cosa juzgada se informa en el principio general de *seguridad jurídica,* que es uno de los pilares de todo estado material de derecho. Ello explica que en su defensa los jueces deban agotar todo esfuerzo para evitar su menosprecio o desacato. Ello lleva a Luis Legaz y Lacambra a enseñar:

> "Sólo motivos de seguridad sirven de base a esta institución; motivos de seguridad y no directamente de justicia, aunque nada tienen de opuestos a la justicia. Naturalmente, puede darse el caso de que la sentencia sea materialmente injusta, que la sentencia firme declare que yo soy el legítimo propietario de tal trozo de terreno y no de mi vecino que se lo disputa, aunque la razón esté de parte de mi vecino. Pero el juez tiene que proceder conforme a lo alegado y probado y por eso puede decirse que es siempre más justo que el legislador, porque aprecia mejor la individualidad del caso. Como obra humana, su sentencia está sujeta a error; pero las posibilidades de injusticia material están reducidas al extremo límite por la segunda instancia y la casación, u por otra parte, sería mucho mayor la dosis de injusticia que significaría atentar contra la seguridad, permitiendo la posibilidad de procesos continuos y de fallos contradictorios sobre un mismo negocio mil veces resuelto. Aquí, la injusticia material de unos cuantos casos representados frente a la seguridad —lo que el interés particular, que debe ceder ante el interés general— precisamente por exigencia de la justicia" (Filosofía del Derecho. Bosch, págs. 620 y 621).

Cuarta. "En toda sentencia ejecutoriada se contiene un mandato singular y concreto, que es imperativo y obligatorio, no por emanar de la voluntad del juez, sino por voluntad de la ley" (Hernando Devis Echandía. Compendio de Derecho Procesal. Tomo 1. Teoría General del Proceso. Décima Edición, pág. 149). Al comentar este aspecto, el profesor y procesalista citado destaca:

"Pero la cosa juzgada le agrega una calidad especial; la inmutabilidad y la definitividad, que son los dos efectos propios de ella.

"Cuando a la sentencia se le otorga el valor de la cosa juzgada, no será posible revisar su decisión, ni pronunciarse sobre su contenido, así sea en el mismo sentido, en proceso posterior. En presencia de tal sentencia, el juez del nuevo proceso civil, laboral o contencioso administrativo, debe abstenerse de fallar en el fondo, si encuentra que hay identidad entre lo pretendido en la nueva demanda o en las imputaciones penales formuladas al procesado y lo resuelto en esa sentencia... Tiene, pues, la cosa juzgada una naturaleza estrictamente procesal, porque es una consecuencia del proceso y la emanación de la voluntad del Estado manifiesta en la ley procesal. Pero sus efectos jurídicos se extienden también indirectamente fuera del proceso y sobre las relaciones jurídicas sustanciales, como una consecuencia de la inmutabilidad de la decisión, que es su efecto directo, produciéndose así la definitividad de la certeza jurídica de aquellas. Ambos son efectos jurídicos de la cosa juzgada; directo y procesal la inmutabilidad de la decisión; indirecto y sustancial la definitividad de la certeza jurídica del derecho sustancial declarado o de su rechazo o negación.

"Se trata de una institución de derecho público y de orden público, como lo son las de la acción, el derecho de contradicción y la jurisdicción, de las cuales es su resultado. La voluntad de las partes y del juez no influye para nada en la formación de la cosa juzgada ni en sus efectos. Es la voluntad del Estado, mediante la regulación legal, la que crea e impone la cosa juzgada como una calidad de ciertas sentencias, generalmente las proferidas en procesos contenciosos..."

"Así, pues, definimos la cosa juzgada como *la calidad de inmutable y definitiva que la ley otorga a la sentencia y a algunas otras providencias que sustituyen aquella, en cuanto declara la voluntad del Estado contenida en la norma legal que aplica, en el caso concreto* (obra citada, págs. 494 y 495). (Subrayado de la Sala).

Segunda antinomia. Tesis: Ley 153 de 1887. "Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia".

Ley 153 de 1887. Artículo 8º "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 del derecho".

Ley 153 de 1887. Artículo 4º "Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes".

Antítesis

Artículo 194 del Código Contencioso Administrativo. Procedencia.

"El recurso extraordinario de anulación procederá contra las sentencias ejecutoriadas..."

"*Artículo 196 del Código Contencioso Administrativo.* Término para interposición del recurso".

"El recurso deberá interponerse dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia".

Artículo 197 del Código Contencioso Administrativo. Causal de anulación.

Podrá anularse una sentencia por violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva.

Se registra antinomia entre lo preceptuado en los artículos 4º y 48 de la Ley 153 de 1887 y lo dispuesto en los artículos 194, 196 y 197 del Código Contencioso Administrativo, en la medida en que las primeras disposiciones citadas parten de la base de que nuestro ordenamiento jurídico está concebido como una plenitud hermética, y las normas citadas del estatuto contencioso se inspiran en la concepción racionalista del derecho, que considera que la ley es por sí *algo autónomo* e *independiente.* El conflicto se gesta, pues, en la proyección jurídica, hoy de recibo, que enseña que el derecho no es sólo la ley sino mucho más, y quienes se mantienen aferrados al positivismo jurídico, que se inspira en el absolutismo de Estado y en el absolutismo legal.

Sobre estos particulares el pensamiento jurídico actual se pronuncia en los siguientes términos:

Para Kelsen, "La relación entre la ley o una norma general del derecho consuetudinario y una decisión judicial, puede ser interpretada de la misma manera.

"La decisión judicial crea una *norma individual* que debe ser considerada como *válida* y, por tanto, como *legalmente obligatoria,* mientras no haya sido *anulada* a causa de su *ilegalidad* en la forma prescrita por la ley y mediante declaración de un órgano competente. El derecho no sólo establece que el tribunal debe observar cierto procedimiento para llegar a tal decisión y que ésta ha de tener determinado contenido; *también prescribe que una decisión judicial que no concuerde con tales preceptos seguirá en vigor mientras no sea revocada por el fallo de otro tribunal, dentro de cierto procedimiento, y a causa de su* 'ilegalidad'. *Esta es la forma ordinaria en que una decisión judicial puede ser nulificada... Si el procedimiento ha concluido, o no se ha hecho uso de él, entonces hay* res judicata. *En relación con la norma de grado más alto, la inferior posee fuerza de ley...* Si un tribunal de grado más alto facultado para verificar la conformidad de la norma inferior con la superior, *no considera ilegal a la primera,* o si no se pide *ninguna declaración acerca de*

tal ilegalidad, la decisión judicial posee, por decirlo así, *validez plena,* lo que equivale a declarar *que no puede ser nulificada"* (Teoría General del Estado. Textos Universitarios México 1969, págs. 188 y 189). (Subraya la Sala).

El mismo filósofo y jurista del derecho al tratar el aspecto relacionado con la inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma, y la sentencia lo es, destaca:

"La *'inconstitucionalidad'* o *'ilegalidad'* de una norma que, por una u otra razón, *tiene que presuponerse válida,* significa, entonces, bien la posibilidad de que la regla normativa sea anulada (en la forma ordinaria, si es una decisión judicial, y en otra si es una ley), bien la de que el precepto sea nulo. Su nulidad significa la negación de su existencia para el conocimiento jurídico. *No puede haber ninguna contradicción entre dos normas que pertenecen a diferentes niveles del ordenamiento legal.* La unidad de éste no puede nunca ser puesta en peligro por una contradicción entre un precepto superior y otro inferior en la jerarquía del derecho" (obra en antes citada, pág. 192).

Obsérvese bien que, dentro del planteamiento kelseniano, no puede registrarse una sentencia, con efecto de cosa juzgada, que viole la constitución o la ley sustantiva. Esto, porque el debate sobre tales aspectos queda cerrado con la ejecutoria de la respectiva providencia, como él muy bien lo destaca.

El ilustre filósofo y jurista argentino, Carlos Cossio, legítimo contradictor de Kelsen, al combatir el dogma de las llamadas *"Sentencias contra la ley"* estudia el tema y llega a las siguientes conclusiones:

Pero donde la apariencia aberrante culmina, según las concepciones tradicionales del Derecho, es en las llamadas sentencias contra ley. Aquí aparece que en la sentencia hubiera fuente material, pero no fuente formal; aquí parece que habría de hablarse de una vigencia que no tiene validez.

"Desde el punto de vista lógico formal, el *racionalismo* entiende que una sentencia contra ley vulnera el principio de contradicción porque está implicada la enunciación de que A es B y no es B, es decir, que la ley es el Derecho y no es el Derecho. Pero tampoco aquí, al negar, la ley, se niega de ninguna manera una existencia que la ley no tiene. También aquí se opera con la falta de identidad de *norma* y *derecho.* La llamada *sentencia contra ley* no cuestiona la existencia jurídica; por el contrario, ésta le es incuestionable ya que está mentada por la propia sentencia contra la ley. *En la sentencia contra ley no hay más problema que el de la fuerza de convicción por la arbitrariedad que pudiera estar implicada al haberse prescindido de la ley.*

"La verdad es que la sentencia contra ley se hace problema con la apariencia de una contradicción lógica, *sólo bajo la idea de que cada ley es de por sí algo autónomo e independiente. Pero la noción de una sentencia contra ley que resulta por abandonar la norma genérica en la que la sentencia claramente podría subsumirse, de modo que quedarían en contradicción lógica esta norma*

y la norma individual de la sentencia, es un espejismo que se desvanece con la noción del ordenamiento jurídico como un todo. En efecto, producida una sentencia contra ley, el ordenamiento autoriza a recurrir de ella mediante los recursos procesales de apelación y de nulidad. Pero estos recursos significan necesariamente que la sentencia contra ley, así como puede ser *revocada* o *anulada,* puede también ser confirmada. Con lo primero, el problema ya no subsiste; y con lo segundo se hace evidente que no cabe hablar de una *sentencia contra ley,* desde que el propio *ordenamiento contiene la posibilidad de su convalidación.* En rigor, toda norma jurídica individual, por ser norma de un ordenamiento, conlleva en sí la posibilidad de su convalidación por un órgano superior. Esto demuestra que cuando una sentencia tiene, como fuente formal, una norma jurídica más específica del ordenamiento para subsumirse en ella, tiene a la vez *también como fuente formal, esa otra norma más general que se deriva del ordenamiento en conjunto y en cuya virtud puede convalidarse por un órgano supremo.* En este caso, la sentencia contra ley queda *jurídicamente habilitada* por esta norma subsidiaria que Schreir ha llamado *norma de habilitación...* Para que la norma de habilitación alcance una fuerza lógica pareja a la de la norma específica general que desaloja, se requiere agregarle algo que la norma de *habilitación* tiene como su contenido conceptual. *Este algo, según lo comprueba la mecánica del ordenato jurídico, es la decisión de un funcionario supremo.* De todas maneras, es obvio que la *norma de habilitación* existe en todo ordenamiento jurídico en razón de la estructura del ordenamiento como *un conjunto;* existencia de la que no puede dudar en vista de que al apelar de una sentencia contra ley, va supuesto forzosamente que esa sentencia podría ser confirmada; es decir, que tendría plena validez jurídica porque con el pronunciamiento confirmatorio ha cumplido el requisito lógico que *la equipara en su validez con culaquier norma específica del ordenamiento.* Y en todo esto no ha de olvidarse que 'un caso judicial siempre se resuelve por la *totalidad del ordenamiento jurídico* y no por una sola de sus partes, tal como el peso de una esfera gravita sobre la superficie en que yace, aunque sea uno solo el punto por el que toma contacto" (Miguel Reale. La Teoría Estimativa del Derecho. Revista Facultade de Direito de Sao Paulo, Volumen 34, pág. 136).

"Pasando ahora al punto de vista lógico trascendental de este problema, ha de decirse que *si toda sentencia tiene dos fuentes formales o cauces normativos para subsumirse, la elección de uno u otro depende de la valoración jurídica en cuanto que con uno u otro se expresare mejor el sentido del caso. Es una situación parecida a la situación corriente de que hubieren dos o más leyes para mentar el mismo sustrato de conducta, por ejemplo, para mentar la muerte de un hombre por otro.* Sólo que, teniendo mucho menor fuerza de convicción la subsunción en la norma de habilitación, *ha de ser verdaderamente tremenda la injusticia estipulada en una ley para que, al vivenciarse con tal intersubjetividadd un estado ambiental contra lo que ella calificar de entuerto, el juez se decida a fallar* contra la ley *mediante la* habilita-

ción *como recurso extremo*. Sólo en semejantes hipótesis su sentencia tendría toda vía fuerza de convicción. Con esto se viene a decir que la fuerza de *convicción material o axiológica* debe compensar suficientemente la debilidad de la fuerza de convicción lógica de la habilitación para que una sentencia contra ley tenga un valor objetivo. Por eso la objetividad de las sentencias contra la ley se tiene por excepcionalísima en la doctrina.

"Sin embargo, la verdad es otra porque después del análisis precedente resulta que *no hay sentencias contra ley;* sólo hay sentencias que tienen fuerza de convicción o que carecen de ella... La tacha a una sentencia de ser *contra ley,* no significa de verdad lo que literalmente dice, a saber, la existencia de un acto ilícito; y mucho menos significa la pérdida del ser jurídico de ese acto. En rigor, la locución sólo expresa una falta de *fuerza de convicción superlativa,* con el lenguaje de una ciencia racionalista, en cuanto *el derecho está identificado con la norma* y en cuanto se acentúa el desvalorar de la situación resultante con tan enfática descalificación. *Pero así como se habla, con ligereza científica, de sentencias contra ley cuando falta la fuerza de convicción, así también nunca se habla de ella cuando la fuerza de convicción sobre, aunque el mismo problema antinormativo se encuentre implicado.* Por el contrario, en estos casos es frecuente ver a los juristas elogiar en la emergencia una obra maestra *de interpretación.* Y esta doble actitud prueba, mejor que nada, que la etiqueta verbal en boga, aprobatoria o desaprobatoria, simplemente traduce el bagaje conceptual con que la ciencia jurídica de un determinado momento podía aludir al problema de la fuerza de *convicción"* (Teoría de la verdad jurídica. Carlos Cossio, págs. 260 y siguientes). (Subraya la Sala).

Transitando por el mismo sendero conceptual, Enrique Aftalión, gran tratadista de Introducción a la Ciencia del Derecho, al estudiar el problema, afirma:

"Hemos visto que la creación normativa de los órganos se desenvuelve normalmente (y debe desenvolverse siempre) dentro de los límites impuestos a dicha creación por *la norma superior* que el órgano ataca, es decir, por la norma en la que *funda su validez* la primera. Pero puede ocurrir que un *órgano cualquiera proceda a su creación normativa excediéndose en los límites impuestos a la misma por la norma superior.* Se trata del caso de la sentencia *'contra ley'* o de la *ley 'inconstitucional'*. En estos supuestos parecería, a simple vista, que la norma inferior carece de toda validez y que no es, por tanto, una norma. La doctrina tradicional conceptúa estos casos como *normas sin validez, actos nulos,* aún *inexistentes* pero esta conceptuación es contradictoria. En verdad, si se analiza el orden jurídico positivo se observa que para éstos casos él mismo prevé un procedimiento determinado, ya sea de *anulación del acto* afectado de dicho vicio, ya sea de sanción contra el órgano transgresor. Pero si el procedimiento de anulación no es intentado o si, siendo intentado la norma cuestionada es confirmada por el órgano autorizado para ello, la norma no se encuentra, en verdad, en contradicción con la

norma superior ya que ésta prevé expresa o implícitamente esa posibilidad de confirmación. Al declarar irrelevante la opinión de un particular cualquiera y sólo relevante la opinión de un órgano autorizado al efecto para declarar la conformidad o disconformidad entre una norma superior y otra inferior, el orden jurídico excluye la posibilidad de dicha contradicción. La norma superior establece en verdad una alternativa, ya que la norma inferior puede ser creada con el procedimiento y contenido determinados en la norma superior *o con cualquier otro contenido y procedimiento siempre que sean convalidados por el órgano autorizado al efecto.* Con terminología que, aunque no es propia de Kelsen, resulta expresiva para designar la situación, se *denomina 'norma de habilitación'* a esta segunda parte de la alternativa que necesariamente se encuentra en la norma superior —expresa o implícitamente— *y que sirve para fundar la validez de las normas aparentemente carentes de ella. habilitando o convalidando* de este modo la decisión del inferior..."

Luego el referido tratadista ilustra su pensamiento con el siguiente ejemplo: *"Sentencia contra ley" material.* Supongamos que un juez dicta una sentencia contraria al texto legal de fondo. Donde éste establece una pena de 8 a 25 años dicta, por ejemplo, una pena de 26; o donde aquel requiere mayoría de edad, el juez declara la validez de un acto otorgado por un menor, etc. Contra la sentencia del juez de primera instancia tiene, el que se siente agraviado por la misma, ciertos recursos para ante un tribunal superior, contra la sentencia de éste último tiene quizá recurso ante otro, etc. Pero esta cadena de instancias revisoras tiene, nesariamente un fin. Si el particular agraviado no intenta los recursos previstos en la ley procesal en el término acordado por la misma o si, intentados dichos recursos, el órgano supremo hasta el cual llega el interesado confirma la sentencia del juez de primera instancia, ésta *queda habilitada o convalidada en forma definitiva (cosa juzgada).* También en este caso la validez o invalidez de la *"norma antinormativa"* depende en última instancia de la decisión del órgano, y ésta situación, a la que designamos con el nombre de *"habilitación"*, se encuentra prevista y consagrada por el mismo orden positivo.

"Sentencia contra ley formal". Un caso en todo similar al anterior da cuando la sentencia aparece en violación a la norma que establece la competencia del órgano o el procedimiento fijado para llegar a la misma. Si se alega en tiempo y forma la incompetencia o no se intentan —también en tiempo— y forma los recursos previstos por la ley (de nulidad por violación de las formas sustanciales del proceso) o si, alegada dicha incompetencia o nulidad es desechada por el juez, por el tribunal y, en última instancia, por uno supremo, *la sentencia queda habilitada o convalidada y existe, en adelante oportunidad de cuestionar su validez (cosa juzgada).*

"Como vemos, la *norma de habilitación* es una alternativa que, a lo largo de la creación graduada del derecho, *permite*

conferir validez a cualquier norma surgida de la misma cualquiera sea el procedimiento de su creación y contenido de dicha norma" (obra citada, págs. 950 y siguientes).

También Antonio Luis Machado Neto, en su Fundamentación Egológica de la Teoría General del Derecho, páginas 118 y siguientes, predica:

"Otro punto crucial de la hermenéutica tradicional es el de *las sentencias contra legem*. Es verdad que el problema creado por las sentencias contra ley se plantea únicamente en términos de contradicción lógica entre la sentencia y una determinada ley, pero al margen de la noción, hoy predominante, del orden jurídico. Sobre la base de esta idea estructural de la teoría jurídica, *el problema de las sentencias contra legem se resuelve por la norma de habilitación de Kelsen y Schreier.* Esta es la solución del problema en el plano lógico-formal en que se sitúa la teoría pura. Pero en el plano lógico trascendental que aquí nos concierne, la teoría egológica dirá *que no hay sentencias contra legem: Sólo hay sentencias que no tienen fuerza de convicción o que carecen de ella.* Cuando la ley, es fuente formal, no satisface aquella función de objetivar la valoración judicial del caso, el juez apelará a otras instancias de la intersubjetividad como fuentes materiales que suministren fundamento a su valoración. *Que el sistema jerárquico de las instancias confirme o no esa sentencia visiblemente renovadora, es algo que en el plano formal se resuelve por los principios básicos del ordenamiento jurídico, tanto el estático-material y el dinámico-formal con el de habilitación, y en el plano lógico-trascendental, por la noción de fuerza de convicción que estudiaremos más adelante como la específica verdad jurídica.*

"Tanto en los cambios de jurisprudencia, en la desuetudo como en las sentencias contra *legem*, se trata de casos en los que la norma se había transformado en un *concepto* que no *coincidía con la intuición.* Esta es la solución egológica. En lo que hace a las doctrinas hermenéuticas de *progenie* racionalista, en la medida que sostienen que el derecho está en la *norma* y no *en la conducta*, se encuentran ante el absurdo de tener que negar los hechos y de tener que prohibirlos inútilmente. *Es precisamente bajo la influencia de tales doctrinas que las legislaciones se dan a la tarea inocua de prohibir la desuetudo y las sentencias contra* legem".

También Fritz Schreier, en su obra "Conceptos y Formas Fundamentales", destaca la importancia de la norma de habilitación, en los siguientes términos:

"En el ámbito de un ordenamiento jurídico especial puede haber una norma a la que el hecho jurídico de la postulación otorgue, en el caso de una extralimitación del sentido señalado por la norma superior, las mismas consecuencias que hubiera tenido de no existir la extralimitación. Un ministro ordena, por ejemplo, que se de aviso acerca de las viviendas desocupadas, *a pesar de que ninguna ley le ha facultado para ello; o bien, el juez con-*

dena a una persona por el delito de robo a pesar de que ésta no ha robado, de tal manera que no juzga con fundamento en la norma superior, que enlaza una pena a aquel delito; ello no obstante, en el primer caso existe la obligación de anunciar la desocupación de las viviendas, y en el segundo, la de encarcelar a quien ha sido condenado en forma *'antijurídica'*. A la norma que equipara el hecho de postulación de otra al de una norma válida y considera la postulación nula como si no lo fuera, basándose solamente en la existencia de un hecho exterior, le damos el nombre de *norma de habilitación* (Rechtskrafnorm). *La norma de habilitación implica, en general, lo siguiente: Si un hecho de postulación de grado inferior rebasa los límites que le señala la significación del grado superior, deben producirse las consecuencias jurídicas establecidas por la norma nula. De este modo y mediante un rodeo a través de la norma de habilitación el precepto nulo queda incluido en el derecho positivo correspondiente y se transforma en un precepto válido.*

"Hay, pues, que separar con todo cuidado las dos normas: la de grado superior y la de habilitación. La sentencia (habilitada) se halla bajo dos formas distintas. Su significación carece de validez en relación con la norma de grado superior, que sólo quiere aplicar la sentencia, su postulación aparece como hecho jurídico bajo la norma de habilitación que confiere validez a la significación postulada" (obra citada, págs. 267 y 268).

Dentro del marco filosófico-jurídico que se deja estudiado, es de claridad meridiana que la sentencia con efectos de cosa juzgada no puede ser violatoria ni de la *Constitución Nacional* ni de la *ley sustantiva,* porque ella, a la luz de lo explicado, queda habilitado, transformándose en precepto válido y conforme a todo el ordenamiento jurídico, concebido éste como una plenitud hermética y no como un conjunto de leyes aisladas, como lo enseña el racionalismo jurídico.

Frente a la antinomia que lleva al sentenciador a elegir entre la *norma de habilitación* y el recurso de *anulación,* la Sala opta por la operancia del primero, por pertenecer él a las esencias del derecho, y habida consideración de que su no aceptación dentro del ordenamiento jurídico colombiano sería fuente de confusión y caos.

Tercera antinomia

Tesis. Artículo 131 del Código Contencioso Administrativo. En única instancia.

"Los tribunales administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

1. ... ...

"10. De los de reparación directa y cumplimiento que se promuevan contra la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de los diferentes órdenes, cuando la cuantía no exceda de dos millones de pesos ($ 2.000.000.00).

Antítesis:

Artículo 194 del Código Contencioso Administrativo. Procedencia.

"El recurso extraordinario de anulación procederá contra las sentencias ejecutoriadas de única o segunda instancia dictadas por las secciones del Consejo de Estado *y contra las de única dictadas por los tribunales administrativos*".

La antinomia surge al estudiar los textos relacionados bajo los rubros "Tesis" y "Antítesis", pues si el fallo, en los casos enlistados en el artículo 131 del Código Contencioso Administrativo, carecen del recurso de apelación, vía a través de la cual se puede revisar el aspecto relacionado con la constitucionalidad o legalidad del mismo, no tiene sentido que ese mismo proveído, con efecto de cosa juzgada, pueda ser atacado a través del recurso de anulación, cuando ya no es posible para el sentenciador encontrar una sentencia que viole en forma directa la Constitución Política o la ley sustantiva, por la operancia de la norma de habilitación de que se habló en antes.

Agrégase a lo anterior que es clara la intención del legislador, en el texto del artículo 131, del Código Contencioso Administrativo, en el sentido de que haya procesos que sólo tengan una instancia. Sin embargo, el artículo 194 los convierte a todos, al menos en la teoría jurídica, con vocación para ella, por la vía del artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, así se disimule el adefesio con la calificación de recurso extradinario.

En sana lógica no tiene presentación alguna que donde no es posible interponer un recurso ordinario, sí sea permitido uno extraordinario.

Cuarta antinomia

Tesis. "Artículo 197 Código Contencioso Administrativo. Causal de anulación.

"Podrá anularse una sentencia por violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva".

Antítesis: Ley 11 de 1975. Artículo 2º.

"Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las Secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia.

"En el escrito en el que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia en donde conste la jurisprudencia que se repute contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes al de la notificación del auto o del fallo".

En homenaje a la verdad, la Sala destaca que la antinomia que surge de los dos recursos, el de anulación orientado a rendirle culto aquella y el de súplica a la actividad creadora del juez, que se recoge en la jurisprudencia, no se registraba en el momento de expedirse el

nuevo Código Contencioso Administrativo, pues el legislador, consciente de la filosofía jurídica que es la de tipificar el primero, dijo en el artículo 268 de la citada obra:

"Deróganse ...la Ley 11 de 1975..."

Correspondió a la Corte Suprema de Justicia, en su fallo de 30 de agosto de 1984, Proceso 1140, con ponencia del honorable magistrado doctor Manuel Gaona Cruz, darle entrada a la antinomia, cuando al estudiar el ataque de inconstitucionalidad que se hizo a la derogatoria de la Ley 11 de 1975, dijo:

> "Halla la Corte que el gobierno tampoco estaba facultado para abolir la regulación de dicho recurso sino apenas para modificarlo. El recurso de súplica hace referencia a un fenómeno procesal administrativo de origen meramente legal y de naturaleza eminentemente técnica, pero que sin duda encuentra asidero en la propia Constitución... Pero aquí la Corte no entra a discutir la facultad derogatoria de leyes anteriores por parte del legislador ordinario ni a dilucidar si la regulación del referido recurso es engorrosa, ni a considerar si su aplicación es dilatoria, complicada, dispendiosa o inconveniente... Pero en ningún caso el legislador extraordinario había quedado investido por el ordinario, ni explícita ni implícitamente, como indebidamente lo entendió extralimitándose para suprimir o abolir aquel recurso o la regulación de su materia soslayándolo o suprimiéndolo en su razón y finalidad específica creando dos recursos distintos que se refieren claramente a medidas y causales totalmente diferentes, de validez, de nulidad, de juridicidad, de prueba, pero no de precedente jurisprudencial armada como lo son los recursos de revisión (Código nuevo, art. 188)".
>
> "*...Por más esfuerzo que se haga no podrá llegarse válidamente a la afirmación de que los actuales recursos contenciosos de revisión o anulación son apenas sustitutivos o supletivos del recurso de súplica, o que loabsorven o incluyen, ni tampoco argüirse que lo excluyen o lo hacen incompatible. Sencillamente, cada uno de los tres recursos apunta a razones propias y distintas, por mucho paralelas o complementarias pero no idénticas, y por lo tanto, ante la carencia de regulación en el nuevo código sobre la materia del recurso de súplica y no habiendo estado el gobierno facultado para suprimirla sino para modificarla, se produjo extralimitación de las facultades al derogarse el artículo 24 del Decreto 528 de 1964, así como el artículo 2º de la Ley 11 de 1975...*"

Ahora bien: Como la Corte Suprema de Justicia en su sabiduría llega a la conclusión de que el recurso de anulación no es incompatible con el de súplica la tarea de ordenación quedó en manos de juez, a quien corresponde, como ya se precisó en antes, optar por la tesis positiva, de que ellos son compatibles, o por la negativa de que se excluyen, hasta que el legislador decida resolver el entuerto, pues no queda duda alguna de que los dos medios de impugnación se informan en filosofías jurídicas encontradas, como pasa a precisarse:

Recurso de anulación

Orientación: Filosofía racionalista. Absolutismo legal

El doctor Jorge Valencia Arango en su interesante aclaración de voto hecha dentro del expediente número 010. Actor: Ministerio Público, predica que: es pues, función de la anulación aunque no expresa en el ordenamiento legal en materia penal y laboral, ni para la anulación en materia contencioso administrativa, aunque sí para la casación civil por el arttículo 365 del Código de Procedimiento Civil la de hacer que la ley sea observada exactamente, impedir que los jueces se conviertan en legisladores, mantener la separación de las ramas del poder, en fin, mantener la *unidad del derecho*. Por lo anterior puede decirse que la primera función del Tribunal de Casación, la de nomofilaquía, es netamente *negativa;* impedir que los jueces sustituyan al legislador y obstruyan las atribuciones de éste.

> "Aun cuando, como decíamos, esta función no está expresamente atribuida al Tribunal de anulación por ningún texto legal con excepción de la casación civil, sí puede afirmarse que es uno de los objetivos de ese recurso extraordinario no sólo por su origen sino por algunas particularidades legales del mismo".

Esta orientación racionalista lo lleva luego a concluir más adelante que: "Estas razones hacen que la interpretación judicial cree la conciencia popular sobre los conceptos jurídicos con la peculiar consecuencia de formar conciencias colectivas con criterios distintos dentro de un mismo territorio nacional, dada la pluralidad de Circuitos y Distritos Judiciales.

"Y si la norma tiene diferentes interpretaciones de acuerdo con las localidades a que se refiere, entonces el mandato constitucional expreso o impuesto en todas las Cónstituciones Políticas de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, no tendría cumplimiento sino que, todo quedaría reducido, como ya lo vimos a un problema de geografía... La interpretación errónea, por hipótesis, es que la norma sea obscura, vaga, susceptible de varias interpretaciones, de las cuales el sentenciador escoge una equivocada. Pues si la norma es clara, no hay lugar a una interpretación sino a su aplicación, ya que no puede, en tal caso, desatenderse su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, por mandato del artículo 27 del Código Civil".

La característica de la interpretación errónea es aquella que se produce en el cerebro del sentenciador, sin necesidad de expediente. Cuantas veces se le pregunte por el sentido de la respectiva norma, él dará una interpretación equivocada.

Esta es —concluye— la única modalidad de violación que sirve al recurso de casación para "unificar la jurisprudencia nacional" y al recurso de anulación para "unificar la jurisprudencia de las distintas Secciones del Consejo de Estado". Las otras modalidades —infracción directa y aplicación indebida—...

En los párrafos transcritos se recoge la filosofía jurídica del absolutismo legal que surge a partir del año de 1948, cuando termina el de los Reyes, pero que sólo tiene su realización práctica a mediados del siglo XIX. Respecto de los nocivos alcances de ésta filosofía jurídica Hans Reichel, enseña:

"2. Esta doctrina quería ser antiabsolutista: es dudoso si lo era verdaderamente. Cierto es que el absolutismo del monarca estaba roto, pero su lugar lo ocupa la omnipotencia ilimitada de la ley constitucional. *Le roi est mort, vive le roi.* Además, si esta doctrina, era o no realmente tan liberal como se mostraba, es cosa en que sus dudas están justificadas. Indudablemente, significa la ley constitucional una emancipación de la voluntad cortesana y, por lo tanto, una considerable protección para el individuo; *pero sostener que en la simple forma de la ley se halla una garantía material contra toda clase de opresión injusta,* es afirmación no confirmada por la Historia. No necesitamos más para convencernos que pensar en ciertas democracias de los tiempos antiguos y modernos, para ver que la tiranía de una mayoría puede ser tan opresora como el capricho de un déspota.

"Pero la libertad individual no nos interesa aquí. Nosotros preguntamos solamente *En qué situación se halla la libertad del juez?* Para esta libertad el liberalismo populachero no tuvo la menor atención. Cierto es que se libertó al juez de la opresión de la justicia de gabinete y de los Reales decretos; se le liberó de las autoridades administrativas; hasta se le concedió la facultad de declarar nulas en cada litigio las ordenanzas de las autoridades administrativas; pero en ésto sólo no puede consistir la libertad del juez. Unicamente es, en realidad, libre el juez en quien se deposita la confianza y a quien se le otorga cierta esfera de acción en la cual ejerza su arbitrio, dentro de la cual pueda obrar con arreglo a lo que le dicten los sentimientos del deber y de la responsabilidad. Pero en éste punto el liberalismo ha fracasado completamente; se ha mostrado de tiempo en tiempo más liberal que el sistema político despótico. Celosamente con casos de los derechos acabados de conquistar, los nuevos órganos instituidos para legislar han hecho de sus prerrogativas un uso excesivo. *Todo queda preso en las redes de una ley:* allí esto ha sido posible, se le ha cercenado la libertad de movimiento al juez; recelosa y desconfiadamente se le ha secuestrado su arbitrio. *Apenas sí en los tiempos del despotismo más sombrío dominó tanta desconfianza con respecto al libre arbitrio judicial como en los Estados constitucionales liberales del siglo XIX. "Tú eres libre oh juez". Solamente debes observar un millón de artículos* (Beradt).

"Es difícil de comprender, a la vedad, la razón por la cual el liberalismo ha mirado tan desfavorablemente la judicatura. Pues si hay un ciudadano en cuya mano la libertad de sus conciudadanos se halla bien guardada, es el juez independiente, que lo sea de los de arriba y de los de abajo, de los de la derecha y de los de la izquierda. Sólo históricamente se comprende de hecho aquella desconfianza. No es el juez, sino el empleado de Estado pagado, que está en el juez. el sospechoso; el empleado quien, a pesar de toda la independencia jurídica, personalmente, sin embargo, *no se le considera con energías suficientes para permanecer siempre firme contra las influencias de 'arriba'.* Que era el em-

pleado y no el juez el que se tenía a la vista, lo muestra claramente el hecho de que al mismo tiempo se proclamaba la institución del jurado en Inglaterra y Francia y se le otorgaba el arbitrio negado al juez ordinario. La estimación que las masas profesan aún hoy al jurado no estriba, como se ha dicho, en que los jurados no son juristas sino en que no son empleados.

"3. De la concepción fundamental característica del Derecho Político Liberal se infiere una enérgica demanda en pro del órgano legislativo.

"Se suele denominar a éste principio *de la codificación*. Exige que, en cuanto sea posible para la técnica legisladora, *se abarquen dentro del articulado legal todos los fenómenos imaginables de la vida; pero exige también al mismo tiempo que se destruyan todas las demás fuentes del derecho*, especialmente el consuetudinario. Así se originó la renovada demanda de obras legislativas que comprendiesen, regulándolas en su totalidad, amplios materiales, demanda que durante decenios fue rechazada por la Escuela Histórica, pero en manifiesta relación con las ideas, orientadas en sentido político, del Derecho natural. Nadie pondrá en tela de juicio que ésta tendencia encierra mucho bueno y grandioso. A ella debemos los grandes hechos legislativos de la segunda mitad del sigle XIX, desde el Código general de Comercio Alemán hasta el Código Civil, la Ordenanza de procedimiento civil Austríaca y el Código Civil Suizo.

"4. Pero había que hacer algo más con el juez. *El moderno constitucionalismo ha procurado el enlace más estrecho posible de aquél con la ley escrita.* Ha hallado realmente el medio de asegurar ésta fidelidad legal del juez por toda clase de medios pequeños, pero con *eficacia psicológica.* Los dos más importantes son los siguientes:

"a) En primer término, *la obligación de fundamentar las resoluciones judiciales.* Las modernas constituciones han establecido el principio de que el juez debe basar sus resoluciones (las más importantes por lo menos), con los fundamentos legales de la decisión (considerandos). En esta exigencia de fundamentar por escrito con textos legales sus resoluciones, justificándolas, poniéndolas de acuerdo con la ley, *se encuentra una ligadura psicológica extraordinariamente eficaz que une al juez con la ley.* Este es el verdadero motivo de la aludida exigencia. Un psicólogo italiano no ha expuesto esto de una manera convincente. Los fundamentos de la resolución judicial tienen por objeto, no sólo convencer a las partes, sino más bien fiscalizar al juez con respecto a su fidelidad legal, impidiendo sentencias inspiradas en una vaga equidad o en el capricho. Cuán adecuada y, en muchos respectos, cuán imprescindible es la exigencia de fundamentar los fallos, para encaminar al juez siempre hacia la ley, se ve claramente en el veredicto de los jurados, quienes, como se sabe, no necesitan fundar su resolución. No se alejarían con tanta frecuencia, ni tanto, de la ley y el derecho conscientemente, como de hecho ocurre si estuvieran obligados a fundamentar sus veredictos.

"b) En segundo lugar, debemos mencionar la institución de los recursos (de revisión, apelación, casación). El recurso en general es admisible por falta de aplicación o aplicación indebida de una norma legal (violación de la ley). Para probar esto se establece un tribunal superior (tribunal imperial, supremo, federal, de casación), cuyos miembros no sólo por su inteligencia, sino por su edad son sometidos a una selección severa, y cuya tarea propia y especial es vigilar para que se cumpla el postulado de observancia de la ley. La instancia de revisión central, dado el propósito y forma de su establecimiento, es la guardadora propia de la ley. Todo jurista tiene el deseo, comprensible, de dictar, en lo posible, fallos firmes contra la revisión, que no puedan casarse. *Y si quiere ésto, tiene que estar de acuerdo con la ley,* o, más aún, con la interpretación que el tribunal supremo da a las leyes.

"5. En Alemania y Austria la práctica jurídica se ha acomodado, sin resistencia, sin mal humor, a la presión impuesta. El juez, educado desde la época de los Estados absolutos en el servicio obediente, trasladó su respeto, que hasta entonces había ofrecido a *la voluntad regis,* sin salvedares, *a la voluntad legis.* El juez vio en la ley una inspiración divina. Se colocó, con respecto a ella, en aquella inconmovible ortodoxia en que se colocó el luteranismo respecto a la Sagrada Escritura".

Reichel se ocupa luego de precisar las ventajas y las desventajas de esta orientación política y jurídica y anota:

"7. Las consecuencias de la aludida dirección mental fueron en parte buenas, y en parte peligrosas".

"a) *Consecuencias ventajosas:* Por la formación de las leyes acomodadas a los tiempos, y en parte realmente sobresalientes (recuérdense la Ordenanza Alemana sobre el cambio, el Código de Comercio Alemán, el Código Civil Sajón, el Derecho de Obligaciones Suizo, la Ordenanza procesal civil austríaca), se dio a la Ciencia Jurídica y a la jurisprudencia de los tribunales un fundamento más digno de confianza que el derecho consuetudinario, hasta entonces predominante. Por este procedimiento, el Derecho ha llegado a ser más claro, más visible.

"También el trabajo de los jueces fue aligerado esencialmente. *No hay justicia más cómoda y más fácil de administrar que la que tiene por norma la absoluta fidelidad legal; por lo menos, cuando las leyes son buenas.* El juez solamente necesitaba conocer bien a la ley y saberla manejar; con este quedaba cumplida su tarea. No necesitaba sumirse en profundas meditaciones; el legislador, éste *'gran sociólogo'*, pensaba por él. Era esta una división del trabajo que a muchos les parecía muy natural.

"Otra ventaja estriba en la desaparición casi absoluta de los errores judiciales y del libre arbitrio de los jueces. *El caballo guiado por la rienda va por el camino recto y no se desvía de él. Es aún para el juez poco inteligente, una guía segura la ley claramente escrita, y para el de carácter respetuoso una barrera firme.*

"b) Pero frente a éstas ventajas, aún cuando sea reales, se ofrecen desventajas y dificultades de mayor peso.

"La función puramente intelectual del juez desciende de categoría. El juez, y el mismo jurisconsulto, se convierte en un *autómata* que aplica lo general a lo particular y hace *deducciones*. No se le pregunta si el resultado de su labor es *justo* y *equitativo* sino solamente si *es conforme a la ley*. Si esta es dura, se muestra precisamente buen jurisconsulto aquél que con más dureza la aplica. Así la jurisprudencia de los tribunales corre el peligro de mostrar cómo los jueces han perdido el cerebro, falto de funcionar al mismo tiempo que el corazón y el alma. Se convierte aquella en formulismo y escolástica petrificados. Se aprecian más los éxitos constructivos formales y las elegantes deducciones de los resultados inútiles.

"Todo esto era un grave peligro para el carácter del juez, para su personalidad y humanitarismo leal. Por el sistema de seguir el canal paso a paso, el juez, hablo de la mayoría de ellos, pierde en sustancialidad y en energía. Aquél a quien se le trazó cuidadosamente cada paso, aquél a quien se priva de la resolución libre propia, a la postre termina por verse atrofiado en su energía mental, pierde la iniciativa, el gusto de la resolución, la intrepidez. Llega a convertirse en pedante y burócrata perezoso que se ha acostumbrado a trabajar cada vez más según el patrón F. Una vez más se confirman el antiguo adagio. El que es tratado como incapaz, corre el grave riesgo de llegar a serlo y a obrar como verdadero incapacitado.

"Pero todavía existe un peligro mayor, la observancia detallista a la letra de una ley, a menudo muy casuística, es *adecuada para embotar poco a poco el sentido jurídico originario del que aplica la última.*

"Cuando el juez se contenta y a de contentarse con que su servicio sea un medio para seguir la ley, *pierde lentamente la la agudeza de sentido para el problema de determinar si su resolución está también justificada en su interior, de suerte que pueda considerarla justa ante su conciencia.* Nada hay peor para la práctica del Derecho que ahogar y matar el sentimiento jurídico.

"No todos, sin embargo, se dejan ahogar. Cuando se quiere ahogar la naturaleza, ésta vuelve por sus fueros para hacer valer sus derechos. Y si esto no ocurre por los caminos derechos, ocurrirá por los torcidos. Así sucedió también con respecto al juez sometido a la ley. Cuando una norma es demasiado estricta se buscan suterfugios para doblegarla. Esto ocurre en la enseñanza y se manifiesta en el servicio militar y administrativo; pero también hay ejemplos en la práctica jurídica. Muchos, precisamente los jueces mejores e interiormente los más hábiles, *miran la inmensa multitud de leyes como una terrible cadena y como una losa que ahoga la conciencia. Como una cadena que, a menudo, impide alcanzar todo resultado recto y justo.* Y así, toman caminos de encrucijada. Surgió de esta suerte aquél método, que un nuevo polemista ha denominado *cristosociológico*. Sobre el voca-

blo, que me parece errado no he de discutir; las cosas pasan de esta suerte: primeramente pregunta el juez a su sentido jurídico, y obtiene un resultado que le parece justo, y después interroga a la ley. Si esta coincide aquél resultado bien; pero si no ocurre así, entonces, o la ley está expuesta con libertad, o se comprueba que existe una laguna *o se adopta una resolución contraria a la ley, hay oposición judicial y se retuerce el Derecho;* más bien el caso mismo, la situación de hecho tanto tiempo oprimida y retorcida, llega a la resolución satisfactoria, se muestra como tal y como derivada de la misma ley... Como glosas a esta corriente del pensamiento jurídico, que en los tiempos que corren tienen ya muy pocos defensores, quedan registradas, en apretadas síntesis, las siguientes:

"*Primera.* '...la tipificación de supuesto de hecho por el legislador, no puede jamás agotar la variable y proteica riqueza de situaciones capaz de presentarse en una vida social cuya evolución nada detiene... Concretamente, el Derecho no puede ya considerarse como *'la voluntad del Estado'*, pues implicaría dejar por fuera todo el sistema de fuentes formalmente subsidiarias llamadas aplicarse justamente en la hipótesis de una ausencia o o de una deficiencia de esa voluntad" (Reflexiones sobre la ley y los Principios Generales de Derecho. Eduardo García de Enterría).

Lo anterior explica que el Derecho no sea la ley y que no siempre ella pueda ser "observada exactamente". En el artículo 103, inciso primero de la Constitución Española se recoge esta moderna tendencia al consagrar: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y corrección, *con sometimiento pleno a la ley y al derecho*".

Segunda. "...el dogma de la posición del juez como *bouche quae les paroles de la loi, como étre inanimé,* en la clasica expresión de Montesquiea como reinen *Subsumptionsapparat,* como puro aparato de subsunción legal, que tuvo que ser abandonado, y con ello quizá el punto clave a que pretendía conducir toda la construcción positivista. Geny en Francia, Von Bolow Reichel e Isay en el mundo Germánico y Cardoso en el Anglosajón, entre otros muchos, hicieron patente definitivamente que en toda decisión judicial (y esto puede aplicarse a la integridad del proceso de aplicación del Derecho, aunque no toda tenga la auctoritas de la aplicación por el juez) se *reproduce necesariamente en mayor o menor medida el proceso de creación o producción del derecho,* que en toda interpretación judicial de una norma hay necesariamente una conformación valorativa de esta norma, *que toda decisión judicial entraña una decisión originaria sobre el orden jurídico...*" (García de Enterría. Obra citada pág. 21).

Por éste sendero fácil es concluir que es imposible y absurdo pretender impedir que los jueces sean creadores de derecho, pues no se les puede reducir al papel de autómatas silogísticos como lo ha pretendido el racionalismo jurídico. Por esta razón agrega el jurista español tantas veces citado:

"De ahí que la interpretación sea una actividad creadora, como basta a poner de relieve la simple observación del significado y valor de jurisprudencia y de su necesaria e indetenible evolución, a que nos hemos referido. Hasta tal punto las cosas son así, que recientemente un gran civilista dogmático, y muy alejado de las posiciones metódicas extremas, ha podido escribir un grueso tratado para ilustrar analíticamente sobre la interpretación sufrida por ese supuesto aparato de perfección técnica cerrada que es el BGB o Código Civil Alemán, la siguiente tesis: 'Las fronteras entre la indagación teleológica del Derecho *secundum legem,* la ampliación de la ley *practer legem,* y su corrección *contra legem* son inciertas y fluctuantes. *Ello hace necesariamente de la jurisprudencia una auténtica fuente del Derecho,* y entre las más efectivas, y éste es un *factum* contra el que nada pueden las declaraciones formales del propio ordenamiento... El último estadio de este gran proceso dialéctico por el que paulatinamente se van vaciando los grandes dogmas que condicionaban o se implicaban en la concepción positivista, *ha sido la desvaloración moral y social de la ley como técnica de gobierno humano.* El positivismo legalista era tributario del gran ideario ilustrado de la legalidad, con su equiparación metafísica en la ley y razón, y, a la vez, en cuanto construido sobre los dogmas rousseaunianos, partía de la estricta correspondencia entre ley, emanación de la voluntad general, y libertad humana. El advenimiento de 'el reino de la ley' fue saludado así como la autora de la época nueva y luminosa en la que la 'alineación' del individuo y sociedad (que había hecho de aquél un ser 'encadenado' desde orígenes mismo de la Historia) quedaría definitivamente rota, y creando con ello la posibilidad de un hombre nuevo. Aquellas ideas de gratas esperanzas se han quemado del todo desde que fueron propuestas. La sociedad actual no las comparte ya, y, mucho más, ahora todavía que, como un resultado de la experiencia histórica inmensa *ha comenzado a ver en la ley algo en sí mismo neutro, que no incluye en su seno necesariamente la justicia y la libertad, sino con la misma naturalidad puede convertirse en la más fuerte dable* 'amenaza para la libertad'. *Incluso en una forma de organización de lo antijurídico, o hasta en un instrumento para 'la perversión del orden jurídico'.* Hoy la ley es más cada vez, en las complejas sociedades actuales, un simple medio técnico de la organización burocrática, sin conexión con la justicia, lo explica que pueda hablarse también de un principio de legalidad y con mayor énfasis aún que en nuestras sociedades, en las mismas sociedades comunistas.

"*Tercera.* En los tiempos que corren no es de recibo la tesis de que las leyes no admiten sino una única interpretación. Ella como lo predica Kelsen, son un marco de posibilidades de interpretación. Por lo menos dos, la de ser aplicadas o no aplicadas. En ello es posible que todos los jueces de la República, frente a esa misma norma, en momentos históricos iguales o distintos, hagan valoraciones igualmente encontradas. La jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia y del honorable Consejo de Estado registra antecedentes valiosos y constructivos de

la ciencia jurídica. Ello se puede dar pie para concluir que el principio constitucional de la igualdad de los ciudadanos ante la ley" sea violado.

"*Cuarta.* Tampoco es de recibo la tesis de que si la ley es clara no puede ser interpretada. Sobre el particular Hans Kelsen recuerda:

"En oposición poco satisfactoria con esta concepción liberal del gran maestro, se halla aquella estrecha de la Escolástica de los tiempos pasados que consideraba artículo de la fe la expresión paremiológica: *lege non distinguente nec nobis est distinguendum.* Esta es una receta peligrosa.

"Cierto es que en casos aislados puede ocasionar bienes; pero mantenida y aplicada en todos los casos, conduce a equivaciones irremediables. Poder distinguir rectamente es una de las principales tareas y virtudes del hombre de cultura científica.

"También el jurisconsulto, si quiere ser un hombre de ciencia, debe aprender a distinguir, si no hace esto, no es más que un pobre rutinario. La invocación a la 'letra de la ley general, sin reserva, que no admite excepción, no le quita esa tacha'.

"Fuera del lastimoso argumento *a contrario,* no conozco ninguna modalidad de la actividad raciocinadora que sea más adecuada *para deprimir y rebajar la facultad de un jurisconsulto que aquella pretendida prohibición de distinguir, que no supone otra cosa que el mandato, en pocas palabras, de que, a tontas y a locas, todo se mida con el mismo rasero".* (La ley y la sentencia. Págs. 93 y 94).

Corresponde a Luis Recasens Siches destacar lo inadecuado de la lógica tradicional en esta materia, cuando recuerda el caso que trae Radbruc tomándolo de Petrasyski, y que se concreta así:

"En el andén de una estación ferroviaria de Polonia había un obrero que transcribía un artículo del reglamento de ferrocarriles, el texto rezaba: 'Se prohíbe el paso al andén con perros'. Sucedió una vez que alguien iba a penetrar en el andén acompañado de un oso. El empleado que vigilaba la puerta le impidió el acceso. Protestó la persona que iba acompañada del oso, diciendo que aquel artículo del reglamento prohibía solamente pasar al andén con perros, pero no con otra clase de animales, y de ese modo surgió un conflicto jurídico, que se centró en torno de la interpretación de aquel artículo del reglamento.

"No cabe la menor duda de que, si aplicamos estrictamente los instrumentos de la lógica tradicional, tendremos que reconocer que la persona que iba acompañada del oso tenía indiscutiblemente derecho a entrar ella junto con el oso al andén. No hay modo de incluir a los osos dentro del concepto 'perro'. Si el legislador hubiera querido prohibir también el paso con osos, tenía dos caminos para hacerlo así: o bien haber añadido la palabra 'osos' a continuación de la palabra perros; o bien haber empleado una designación más amplia, por ejemplo, 'animales de cierto tama-

ño' o, 'animales peligrosos', o 'animales que puedan ocasionar molestias a los viajeros', o simplemente 'animales'; pero lo cierto es que usó la palabra 'perros', la cual es perfectamente unívoca y no ofrece ninguna posibilidad racional de que se le de un sentido diverso del que tiene, ni más amplio ni más restringido; ni animales diferentes de los perros, ni una determinada especie de perros: sencillamente cualquier perro y nada más que perros.

"Sin embargo, no sólo todo jurista, sino incluso cualquier legislador del derecho pero con sentido común, habrá de reputar como está detallada esta interpretación; aunque ella sea incontrovertiblemente correcta, la única absolutamente correcta, desde el punto de vista de la lógica tradicional. Este caso, ciertamente tan sencillo, constituye un impresionante síntoma del hecho de que por lo visto la lógica tradicional es inadecuada, al menos en parte, para iluminarnos en la interpretación de los contenidos de los preceptos jurídicos. La contemplación de este caso nos sugiere irresistiblemente las vehementísimas sospechas de que hay problemas de interpretación jurídica, para los cuales, la lógica tradicional no sólo no nos sirve, sino que produce consecuencias disparatadas. Por qué? Porque la lógica tradicional es meramente enunciativa del ser y del no ser, *pero no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia entre medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un fin determinado.*

"Seguramente la reacción del lector al ponerse en contacto con el caso relatado habrá sido poco más o menos la siguiente: 'Si estaba prohibido el paso al andén con perros, se ha de entender con muchísima mayor razón debía considerarse también como prohibido el acceso con osos'. (Nueva filosofía de la Interpretación del Derecho. Editorial Porrúa, pág. 165).

Finalmente, Eduardo García de Enterría también se ocupa del estudio de este aspecto relacionado con la ley clara, para enseñar:

"El viejo apotegama *in claris non fit interpretatio* carece de sentido para el menos experimentado de los juristas —como en general para todo receptor de un texto—, como ha puesto de relieve definitivamente, desde una doctrina hermenéutica general, Gadamer. Cualquier aplicador del derecho, y por tanto el juez, que lo hace con especial eficacia jurídica (cosa juzgada) está inexorablemente sujeto a la interpretación de la ley, no puede iludirla, aunque lo quisiera. Debe obediencia a la ley, pero, en la lúcida frase de Philip Neck, se trata de una *'obediencia pensante'* (deenkenden Gehorsam); debe pensar, en efecto, cómo puede ser más fiel a esa obediencia, cómo hacer de un mandato reseco y abstracto un efectivo precepto vivo, instrumento de justicia efectiva, pero debe pensar también en la fidelidad que igualmente le liga en ese momento con otras leyes, y, por cierto, en primer término, con la constitución misma, 'contexto' general de todas las leyes y con la que le afecta una 'vinculación más fuerte' (Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho). (Cuaderno Civitas, págs. 129 y 130)".

Quinta: La teoría que predica que la sentencia judicial es *"un silogismo"* está hoy revaluada. A criticar esa perspectiva ju-

rídica dedica Luis Recansens Siches, en la obra ya citada, páginas 188 y siguientes, un excelente capítulo intitulado: "*La caduca concepción mecánica de la función judicial como silogismo*". También Carlos Cossio, en su obra *El Derecho en el Derecho judicial* enseña:

"Es cierto que el intelectualismo dominante, en sus forma de *racionalismo y empirismo*, llevado por una ideología de seguridad capitalista, ha ocultado la existencia y la naturaleza de ese inmenso poder que posee el juez, al presentar a los magistrados como autómatas silogísticos de los preceptos legales. Pero de nada vale para el progreso de una ciencia el ocultamiento consciente o inconsciente de la verdad... La doctrina tradicional, esa de silogismo que hemos recordado, cree que sólo son circunstancias del caso aquellas que la ley menciona. Con ello comete varios graves errores, entre ellos el siguiente: después de comprobar o verificar el caso, que se ha producido como consecuencia del hecho que la ley menciona, el racionalismo cierra los ojos a los hechos verificados y retrocede a la ley para embotellarse en ella. Pero no es de extrañar, porque ya hemos dicho que el racionalismo es un sacrificio constante de la experiencia al pensamiento, un constante reducir los hechos al pensamiento... Cuando el juez valora una ley y declara que no es aplicable al caso, no es que el juez prescinda del ordenamiento jurídico, ni que se proclame dueño y señor para hacer lo que quiera, porque siendo la ley, además de éstas referencias a circunstancias de hecho, una estructura conceptual o lógica— y esto no lo hemos analizado porque es un anticipo de lo que se dirá más adelante— nos encontramos con que el juez que abandona una estructura cae, aunque no lo quiera, en otra estructura, por la sencilla razón de que todo el ordenamiento jurídico es una totalidad plena y hermética: el juez forma parte de ella y no podría salir de ella aunque quisiera" (obra citada págs. 92 y ss.).

Recurso de súplica

Orientación: "...lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en el seno de las instituciones" (Eduardo García de Enterría, obra citada, pág. 102).

Es Ch. Penelman, en su obra la *Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, quien prueba que: "La revelación que hoy nadie discute, de los crímenes cometidos por la justicia estaliniana, plantea de una manera cruel el problema del derecho positivo de un punto dado. Lo determinan únicamente los textos constitucionales y legislativos válido y finalmente promulgados *o la manera como efectivamente se le pone en práctica y se aplican?* No se puede afirmar con razón que, a veces, los textos oficialmente promulgada sólo son una fachada o una máscara tras la cual se oculta no un estado de derecho sino un estado policía o reina el arbitrio más completo? ...Después del proceso de *nueva legi*, que puso de manifiesto que un estado y su legislación pueden ser inicuos o incluso criminales, observamos en la mayor parte de los teóricos del derecho, y no sólo en los partidarios del

derecho natural, una orientación antipositivista, *que deja un lugar prevalente en la interpretación y en la aplicación de la ley, a la búsqueda de una solución que sea no sólo conforme con la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable en una palabra: que pueda ser al mismo tiempo, justa y conciliable con el derecho en labor. La solución buscada no sólo debe poder insertarse en el sistema, sino también ser como social y moralmente aceptable* para las partes y para el público ilustrado..."

"Después de algunas decenas de años asistimos a una reacción, que, llega a retornar al derecho natural a la manera que este se presentó en los siglos XXVII y XVIII, sin embargo, confía al juez la misión de buscar, para cada siglo particular, una solución equitativa y razonable, aunque demandándole que se mantenga, para llegar a ello, dentro de los límites de lo que su sistema de derecho le autoriza hacer. *Para realizar la síntesis entre la equidad y la ley, se le permite flexibilizar esta última, merced a la intervención creciente de reglas de derecho no escritas, representadas por los principios generales del derecho y por la toma en consideración de tópicos jurídicos. Esta nueva concepción acrecienta la importancia del derecho pretorio y hace del juez el auxiliar y el complemento indispensable del legislador...*" (Obra citada, págs. 170 y ss.).

Dentro del mismo marco, Eduardo García de Enterría, recuerda:

"Administrar justicia no es, pues, con toda claridad para la Constitución un simple juego formal que el juez ha de resolver mediante las simples conexiones de unas leyes con otras, con cierre de cualquier valor superior. Por el contrario, es un intento de hacer pasar precisamente el valor superior de la justicia, valor material por excelencia, en el proceso de aplicación legal, justicia que además, en cuanto poder formalizador, se origina en la conciencia social misma, en el pueblo, como uno de los componentes capitales de la sociedad civil a cuyo servicio la Constitución, y el derecho, por tanto, están ordenados..." (obra citada, pág. 99).

Dentro del marco jurídico anterior se concibe, pues, al juez, con una tarea creadora de derecho a través de la valoración jurídica de la norma. Por ello el mismo García de Enterría predica que por ese sendero "...tendrá que derivar una pérdida del legalismo y que el juez va a adquirir una responsabilidad nueva que en buena medida va a hacer de él un protagonista mucho más relevante de nuestra vida jurídica de lo que hasta ahora se le ha permitido. *Dejará de ser el* reine Subsamtionsapparap, *el puro mecanismo de subsunción de hechos en las normas, neutral y desinteresado del problema de fondo que se le somete, para pasar a ser un analista de este problema descompuesto en sus distintos elementos de valor y enjuiciar éstos desde los valores mismos que la Constitución destaca como superiores y los que la técnica institucional del derecho aisla como relevantes para una regulación orgánica. A la jurisprudencia puramente hermenéutica de leyes y reglamentos, incluso a la jurisprudencia de conceptos. Va a sustituir, inevitablemente, una jurisprudencia de principios generales*". (Prólogo. Obra: Los Diez Mejores Jueces de la Historia Norteamericana. Bernard Schwartz, pág. 14).

Así las cosas, el recurso de súplica cumple una misión totalmente encontrada con la que se asigna al de anulación, pues mientras éste

concibe y autoriza la tarea del juez, sólo dentro del culto gramatical y exegético de la normatividad, el primero se orienta a defender su actividad creadora a través de la jurisprudencia, no permitiendo que esta sea cambiada sin *"la aprobación de la Sala Plena"*. Con ello está definiendo ni más ni menos, que respecto de un mismo texto legal es posible, en el tiempo físico, la proyección y concreción de múltiples interpretaciones. Es indiscutible que la permanencia de la jurisprudencia genera certeza y seguridad jurídicas, pero es igualmente incontrovertible que con el cambio de las circunstancias sociales el juez debe poder siempre realizar la tarea de ajuste que, por circunstancias que escape a su control, no siempre hace oportunamente el legislador. A golpes de jurisprudencia, que le ha hecho decir a la ley lo que el legislador ni siquiera soñó, ha sido posible la creación de las figuras más importantes del Derecho Administrativo Francés y Colombiano. Esta realidad creadora de derecho en poder del juez ha llevado a Prosper Weil a consignar en su obra Derecho Administrativo:

> "Aquí radica la originalidad de los modos de elaboración del Derecho administrativo: Extrayendo la regla de derecho al mismo tiempo que la aplica, el Consejo de Estado se ha visto llevado a ejercer un arbitraje permanente entre las necesidades de la acción administrativa y las de su limitación. Buscando la forma de garantizar al ciudadano una protección contra el poder, el Consejo de Estado no podía olvidar que era igualmente de su competencia el procurar a la administración los medios de acción necesarios, poniéndola al abrigo de exigencias capaces de comprometer los intereses generales que estaban a su cargo. Se ha hablado a menudo de conciliación; pero es imposible conciliar lo que es fundamentalmente contradictorio y heterogéneo. Ha sido, pues, necesario realizar un arbitraje, siempre discutible, y la tarea del juez, sin código o texto a que atenerse, ha sido extremadamente difícil.
>
> "No puede entonces resultar extraño que el Consejo de Estado haya utilizado una metodología a menudo cambiante. En unas ocasiones con definiciones en términos aparentemente precisos, pero cuyo contenido concreto necesita definirse en cada caso: es el procedimiento con que se podrá denominar de definiciones estables con contenido variado. *En otros, regímenes jurídicos diametralmente opuestos coinciden en conceptos antinómicos, en los que la línea fronteriza está definida de una manera tal, que el juez puede moverla discrecionalmente en cada caso, de tal forma que el régimen deseado por el juez condiciona la determinación de la noción; fórmula que se denomina de nociones limítrofes con fronteras variables. A veces se tiene la impresión de que algunas ventajas se conceden en bloque para ser después retiradas en el detalle, o que un principio solemnemente establecido se encuentra vacío de contenido en su aplicación.* En muchos casos el juez se sirve de nociones en las que el contenido no está definido, o que es incluso indefinible; el 'existencialismo jurídico' (Chenot) da la impresión de burlarse de categorías y esencias, y más de una fórmula para servir para 'enmascarar con la palabra lo arbitrario del juez' (Waline). Junto a materias evolutivas existen en el Derecho Administrativo sectores replegados que recuerdan

los viejos tiempos: El Derecho Administrativo parece formado por islotes autónomos que responden a reglas propias. *Derecho secreto y esotérico,* se ha dicho; imperatoria brevitas de las sentencias, cuya importancia reside a menudo, más en lo que no se ha expresado que en lo que pueda allí encontrarse: *'Construcción intelectual original que alía curiosamente empirismo y sentido de la realidad, sutileza y gusto por las matizaciones (Rivero). Todas éstas características, bien conocidas, se imputan generalmente al carácter jurisprudencial de este derecho.* Mas éste factor no es el único ni, probablemente, el más importante' ".

La razón fundamental de la existencia de éstos métodos desconcertantes reside en la ambiguedad básica de una disciplina que pretende ser a la vez instrumento de liberalismo y garante de la acción administrativa, protectora del ciudadano contra el Gobierno y medio para la manifestación de la voluntad gubernamental. La solución de éstos problemas tenía necesariamente que hacerse con sutileza, y puede decirse que el título más glorioso del Consejo de Estado es haberlo conseguido de la forma menos mala posible (obra citada, págs. 51 y siguientes).

F) Frente a un recurso que como el de anulación genera todas las antinomias que se han dejado estudiadas; que de ponerse en marcha acaba con la filosofía jurídica de la cosa juzgada y del orden jurídico concebido como una plenitud hermética; frente el riesgo cierto y severo de dejar hundir la jurisprudencia creadora del Consejo de Estado, simplemente por rendirle culto al texto de la ley, con metodología gramatical y exegética, etc., no queda otra alternativa, que resolver tales antinomias, optando por la vigencia de la cosa juzgada; por la conservación de la competencia de los tribunales administrativos en única instancia, en las áreas señaladas por la ley; y preferir el recurso de súplica al de anulación, aunque también hay serias y fundadas razones para sostener que, en la complejidad legislativa que se presentó sobre la materia, el primero quedó tácitamente derogado. Si no se procede así, el Consejo de Estado tendrá que manejar serias dificultades conceptuales y de lógica jurídica para mantener la jurisprudencia de avanzada que a través de los años ha logrado estructurar con esfuerzos inteligentes, pues so pretexto de respeto a la ley *"sustantiva"*, van a ser atacadas de fondo, entre otras, las siguientes jurisprudencias que a la luz del racionalismo jurídico va a ser imposible mantener. Ellas son:

"1. La que predica que la simple falla en el servicio, carente de culpa, 'o sea dentro del cumplimiento o desarrollo normal de ese servicio, genera la responsabilidad primaria y objetiva del Estado'. Para ello les bastará predicar, a los abogados litigantes, que la jurisprudencia civil todavía se halla escogiendo y aplicando unas veces el artículo 2341 y otras el 2349 del Código Civil, atinentes a la responsabilidad directa e indirecta, para configurar la que, por sus cometidos dañosos, pudiera caberles a los entes públicos, como nos lo recuerda el doctor Jorge Vélez García en el prólogo escrito para la obra (Responsabilidad Extracontractual de Jairo López Morales). O recoger apartes de la famosa sentencia de la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo el 28 de octubre de 1976, en la cual se transcriben párrafos de la

de 30 de junio de 1962, de la Sala de Casación Civil, de la Corte Suprema de Justicia, en la que expresamente se reconoce que: 'Ni el Código de Napoleón ni el del señor Bello, ni legislación alguna del siglo pasado proveyeron sobre la responsabilidad aquiliana del sujeto jurídico, creación de la ley, «pues se»... legisló solamente para la persona física. Así las cosas, y frente al famoso recurso de anulación, no se nos podrá decir mañana que no podemos seguir pensando de ésta manera porque esa sabia filosofía no está en la *«ley sustantiva»*' ".

"2. La que enseña que 'demostrado el parentesco y la vida en hogar puede presumirse el dolor, en su máximo grado, entre padres y entre éstos y sus hijos presunción que bien puede destruirse o debilitarse, cuando quiera que se demuestre que las relaciones conyugales o paternales o filiales han desaparecido, se han trocado enemistosas o se han debilitado sensiblemente', pero que 'entre hermanos legítimos o naturales, que no conviven bajo su mismo techo, tal situación debe probarse. Aquí se observa que esta claridad interpretativa no está recogida en la norma sustantiva'.

"3. En qué podrá quedar la interesante y bien comentada jurisprudencia que enseña que 'el depósito necesario de persona, no es ajeno al derecho colombiano y quizás el más común y frecuente y menos estudiado y *regulado*, que se configura cuando las autoridades de la República, como personeros de la Nación, capturan al ciudadano y lo ponen, contra su voluntad y la de sus parientes y amigos, bajo su guarda y vigilancia, para los efectos legales pertinentes, convirtiéndose los captores y guardadores, en el depositario que debe responder, con obligación de resultado del supremo bien de la vida'. No dirá mañana un exégeta del derecho que, si confiesa de entrada que es el 'menos estudiado y regulado', se viola la ley sustantiva si ella se reitera?

"4. So pretexto de respeto a la ley sustantiva se dejará de lado la jurisprudencia que enseña que '...los funcionarios públicos aceptan al posesionarse, los riesgos propios de la actividad propia del respectivo cargo y la Nación, por su parte, prevée la indemnización, en caso de muerte en casos de servicio o en accidente de trabajo, en forma que la *responsabilidad aforfait* desplaza toda posibilidad de acudir a la indemnización por falla del servicio u ordinaria por lo menos, para los miembros de la familia, titulares de las respectivas acciones laborales?

"5. Qué suerte correrá en el futuro la jurisprudencia que el 20 de marzo de 1980 sentó la Sala de lo Contencioso Administrativo, con confesión de boca, en el sentido de que no obstante que '...no esté en Colombia norma que defina qué se entiende por interés puro o técnico, su tasa puede medirse en la legal señalada en el artículo 16 significación concreta de los nuevos hechos de las nuevas situaciones en la vida social, *esos mismos textos producirán resultados diferentes en cuanto a la interpretación y aplicación*. Holmes decía que el derecho en uno de sus cabos va adoptando siempre nuevos principios, que saca de la vida social cambiante, aunque en cuanto a sus propios cabos opuestos sigue

reteniendo viejos moldes que todavía no han desaparecido. Y observa que el derecho podría llegar a tener plena congruencia sistemática, cuando dejara de crecer, más para ello haría falta que la sociedad sobre la cual debiera ser aplicado, dejase de cambiar. Ahora bien, en este sentido, la cesación de todo cambio equivale de hecho a la *muerte*" (Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, Editorial Porrúa, S. A. Págs. 157 y 158 y ss).

Con toda consideración,

Julio César Uribe Acosta.

Bogotá, D. E., 14 de abril de 1987.

APELACION ADHESIVA.—

El artículo 353 del Código de Procedimiento Civil si bien contenido en un estatuto procedimental, constituye norma sustancial, ya que reconoce a las partes en un proceso, el derecho de poder adherir al recurso de apelación interpuesto por la otra.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número R-014. Actora: Catalina Baicue de Rivera y otros. Solicitud de reconstrucción.

Se entra a decidir el recurso extraordinario de anulación, interpuesto por Catalina Baicue de Rivera, Juvenal Rivera Baicue, Ana Ligia Rivera Baicue, Alicia o Elicia Rivera Corpus y María Ninfa Rivera Baicue, contra la sentencia de segunda instancia de fecha 20 de marzo de 1985, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dentro del proceso de reparación directa adelantado por aquellos contra el Departamento del Cauca.

Antecedentes:

A) *La reconstrucción del proceso.*

Con base en lo dispuesto por el Decreto 3825 de 1985 el presente proceso fue objeto de reconstrucción, y en providencia de 26 de enero de 1987 se declaró haber quedado en estado de corrérsele traslado a la Fiscalía por el término de diez (10) días, para concepto de fondo. Este se ha producido y el proceso se encuentra para decidir sobre el recurso de anulación.

B) *La demanda.*

I. Según relata la sentencia de primera instancia de fecha 31 de enero de 1984, pronunciada por el Tribunal Administrativo del Cauca, los demandantes mediante apoderado, y dentro de los trámites de un proceso ordinario, solicitaron que se declarara responsable al Departamento del Cauca de la totalidad de los perjuicios materiales y también de los morales por la muerte de Domingo Rivera Menza, ocurrida el día 5 de noviembre de 1979, en la población de Silvia (Cauca), y

por las lesiones personales, incapacidad y disminución o pérdida de la capacidad laboral sufridas por Juvenal Rivera Baicue, en la misma fecha y lugar citados.

II. Como hechos fundamentales de la acción, la ameritada sentencia, los reproduce, así:

"1º El día 5 de nociembre de 1979, en la población de Silvia (Cauca), aproximadamente entre las 6:00 y 6:30 p.m., se encontraba el señor Domingo Rivera Menza en compañía de su hijo Juvenal Rivera Baicue y de los señores Juan Jairo Castillo y Alejo Castillo Muñoz, cargando una camioneta de propiedad del último de los nombrados, distinguida con las placas SY número 14-42, la cual se hallaba estacionada frente a su casa de habitación, cuando en forma inesperada e imprevista fueron arrollados por una camioneta oficial marca Ford, modelo 1960, color verde y blanco, distinguida con las placas OY número 03-58, perteneciente a la Secretaría de Obras Públicas Departamentales, la que era conducida por el señor Pedro Antonio Ramos Ruiz, a una velocidad de unos 80 a 100 kilómetros por hora. El occiso Domingo Rivera Menza y su hijos Juvenal Rivera Baicue, se encontraban cargando la camioneta unos artículos (sic) adquiridos en Piendamó y Silvia, para dirigirse a su residencia ubicada en el corregimiento vereda de La Ovejera, en el Municipio de Silvia".

"2º Tanto el señor Pedro Antonio Ramos Ruiz, quien se encontraba en ejercicio de sus funciones públicas, como las demás personas que ocupaban el vehículo de la Secretaría de Obras Públicas Departamentales, según testigos presenciales, transitaban en absoluto estado de embriaguez, a una altà velocidad, la que produjo la violenta colisión con la comioneta estacionada que la desplazó a una distancia de unos 30 o 40 metros del lugar donde se encontraba".

"3º Como consecuencia del referido accidente de tránsito, perdió la vida en forma instantánea el señor Domingo Rivera Menza y, además, resultaron con lesiones de consideración Juvenal Rivera Baicue, Juan Jairo Castillo y Alejo Castillo Muñoz".

"4º En el Juzgado Segundo Superior de Popayán se adelanta la investigación penal contra el conductor Pedro Antonio Ramos Ruiz, por el mencionado accidente de tránsito".

"5º El señor Juvenal Rivera Baicue fue internado en el Hospital Universitario 'San José' de Popayán, en donde fue sometido a una intervención quirúrgica debido a las múltiples fracturas y lesiones sufridas en su integridad física".

"6º Mi mandante, señor Juvenal Rivera Baicue, fuera de la incapacidad transitoria ha sufrido y sufre perjuicios de carácter permanente, por la disminución o pérdida considerable de su capacidad laboral, debido a las múltiples fracturas sufridas en sus extremidades inferiores".

"7º El extinto Domingo Rivera Menza, al momento de su fallecimiento, gozaba plenamente de sus facultades físicas y mentales,

dedicado enteramente a sus labores y negocios agrícolas, y era quien velaba por la subsistencia y sostenimiento de su hogar, compuesto por su esposa Catalina Baicue de Rivera e hijos ahora demandantes".

"8º La señora Catalina Baicue de Rivera se encuentra físicamente imposibilitada para procurarse su propia subsistencia, por la casi total pérdida del órgano de la vista, lo que hacía que dependiera exclusivamente de la actividad económica de su esposo fallecido en el accidente de tránsito anteriormente descrito".

"9º La falla en el servicio anotada ha causado a mis mandantes evidentes perjuicios materiales y morales, por lo cual el Departamento del Cauca deberá ser declarado responsable y condenado a pagar las respectivas indemnizaciones por los daños ocasionados".

"10. La acción de indemnización de perjuicios ejercida por mis mandantes, fundada en un hecho material de la Administración Departamental, la contempla el artículo 68 de la Ley 167 de 1941, y está condicionada a que se instaure dentro de los tres (3) años siguientes a la realización del hecho administrativo, de conformidad con el artículo 28 del Decreto-ley 528 de 1964".

C) *La sentencia de primera instancia.*

La sentencia de primera instancia ya referida declaró responsable al Departamento del Cauca de los perjuicios causados a los actores, con motivo de la muerte de Domingo Rivera Menza, y en consecuencia, condenó a pagar a estos últimos el valor de los perjuicios materiales que se establezcan por los trámites del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y de igual modo condenó al mismo departamento a pagar por perjuicios morales la indemnización equivalente en pesos colombianos de los valores y a las personas allí mencionadas.

D) *La sentencia de segunda instancia.*

La sentencia, objeto de este recurso, proferida por la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, confirma la decisión del *a quo*, pero en su parte motiva dice que no es del caso adicionar la condena con el pago de perjuicios materiales a favor de Juvenal Rivera Baicue, tal como lo solicitaba la Fiscalía, con el argumento de que si la parte actora hubiese apelado directamente, lo anterior sería posible; pero dada la circunstancia de que hizo uso de la apelación adhesiva a la que había presentado la entidad demandada, y esta desistió de su recurso, debe entenderse que la adhesión pierde su razón de ser, ya que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

E) *El recurso de anulación.*

La parte actora hizo uso del recurso extraordinario de anulación contra la sentencia anteriormente indicada, a efecto de que sea invalidada, y en su lugar se disponga la complementación de la sentencia de primera instancia, en la siguiente forma:

"1º Declarar responsable al Departamento del Cauca de la totalidad de los perjuicios causados a mis mandantes, no sólo con motivo de la muerte del señor Domingo Rivera Menza sino también por los daños ocasionados a Juvenal Rivera Baicue, en su integridad física, psicológica y laboral, en el accidente de tránsito acaecido el 5 de noviembre de 1979, en la población de Silvia (Cauca);

"2º Condenar al Departamento del Cauca a pagar a los actores el valor de los perjuicios, tanto materiales como los morales, por los trámites de los artículos 172 y 178 del Código Contencioso Administrativo y 308 del Código de Procedimiento Civil;

"3º Condenar al Departamento del Cauca a pagar a favor de Catalina Baicue de Rivera y de la menor María Ninfa Rivera Baicue, el valor de los perjuicios morales objetivos, por la muerte de su respectivo esposo y padre;

"4º Condenar al Departamento del Cauca a pagar a favor de Juvenal Rivera Baicue, el valor de los perjuicios materiales y morales (objetivos y subjetivos), por los daños causados a su integridad física, psicológica y laboral, en el accidente de tránsito ocurrido el 5 de noviembre de 1979, en la población de Silvia (Cauca), mediante los trámites de los artículos 172 y 178 del Código Contencioso Administrativo y 308 del Código de Procedimiento Civil;

"5º Condenar al Departamento del Cauca a pagar a mis mandantes, por concepto de la indemnización de los perjuicios morales subjetivos, una suma de dinero equivalente al valor de seis mil (6.000) gramos oro, según certificación del Banco de la República, y

"6º Condenar al Departamento del Cauca al pago de los intereses sobre las anteriores condenas reconocidas a mis mandantes".

Se formulan cinco cargos contra la sentencia, que la Sala entrará a examinar más adelante.

F) *El concepto fiscal.*

La Fiscalía Segunda de la Corporación, emitió su correspondiente concepto, y al efecto formula un examen sobre los diferentes cargos invocados, que vale la pena transcribir, así:

"El recurrente ataca la sentencia, primeramente por violación de los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional y por falta de aplicación del artículo 266 inc. 1º del Código Contencioso Administrativo, lo que condujo a la aplicación indebida del inciso 3º del artículo 212 del Código Contencioso Administrativo.

"Explica así este primer cargo: '...el inciso 1º del artículo 266 del Código Contencioso Administrativo, establece que «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»' (he subrayado).

"El texto transcrito es perfectamente aplicable al caso de autos porque el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia fue interpuesto por el apoderado del Departamento del Cauca el día primero (1º) de febrero de 1984 (fl. 164, cdno. núm. 1), fecha en la cual aún no se hallaba vigente el actual Código Contencioso Administrativo.

"Bajo el amparo de la Ley 167 de 1941 no era necesario ni imperativo sustentar el recurso de apelación interpuesto. El *ad quem* dejó de aplicar en el caso de autos, el procedimiento previsto en el artículo 137 de la citada disposición legal.

"Si la Sección Tercera hubiera aplicado el inciso 1º del artículo 266 del Código Contencioso Administrativo no habría considerado, *motu proprio,* que el apelante había 'desistido' del recurso y, por ende, estaba facultada y era competente para conocer sin limitaciones, íntegramente, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y adherido por la demandante. La no aplicación del inciso 1º del artículo 266 del Código Contencioso Administrativo conlleva la violación directa de los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional de los cuales, entre otros, se deduce la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano y demás entidades de derecho público, según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

"La violación de las normas constitucionales citadas, por falta de aplicación del inciso 1º del artículo 266 del Código Contencioso Administrativo, incidió directamente en la parte resolutiva de la sentencia impugnada para no complementar la sentencia de primera instancia en la forma solicitada en la apelación adhesiva y como consecuencia se afectaron los derechos sustanciales de Juvenal Rivera Baicue, al no reconocérsele la indemnización de perjuicios materiales y morales, por los daños sufridos en su integridad física, psicológica y laboral, como también por la falta de resolución acerca de los intereses sobre las sumas de dinero reconocidas a mis mandantes por concepto de indemnización de perjuicios, pretensiones expresamente solicitadas en la demanda y en su corrección".

"El artículo 266 que cita el recurrente se refiere realmente a los *recursos* que habían sido interpuestos antes de la vigencia del nuevo estatuto, el que entró a regir el 1º de marzo de 1984. Se entiende que la norma se refiere al recurso en sí; al hecho mismo de que la nueva ley haya suprimido o establecido alguno. Así pues en el evento de que la nueva ley suprima un recurso y *este ya se hubiera interpuesto* por existir durante la vigencia de la ley anterior, debe dársele curso a ese recurso, aún cuando en la nueva ley ya no aparezca tal recurso.

"Lo relacionado con el trámite del recurso es otra cosa diferente, pues si la nueva ley de procedimiento ordena un trámite

diferente para ese recurso, a partir de la vigencia de esa nueva ley, los recursos que se estén tramitando deben adecuarse o ajustarse a la nueva tramitación.

"En la práctica, al entrar a regir el Decreto 01 de 1984, se presentaron algunas dificultades, sobre todo en aquellos procesos que se estaban tramitando, y en especial con los recursos de apelación que ya se estaban tramitando en el Consejo. Sobre este punto, en la Sección Tercera hubo en un comienzo diferentes interpretaciones respecto a la manera de aplicar el artículo 266 del nuevo estatuto. Esta Fiscalía tuvo ocasión de conocer las diferentes posiciones adoptadas por los consejeros de la Sala, en donde algunos ordenaron a los apelantes sustentar los recursos para adecuar así el trámite a lo ordenado en el nuevo procedimiento. Otros consejeros optaron por declarar desierto el recurso, precisamente por no haberse sustentado. Otros retrotrájeron el procedimiento y antes de decidir, ordenaron la sustentación de la apelación.

"Hubo pues diferente manera de aplicar y de interpretar esta norma.

"Pero en el presente caso no hubo necesidad de ajustar el trámite al nuevo procedimiento, pues aunque el recurso de apelación fue interpuesto en febrero de 1984, toda su tramitación ante el Consejo de Estado se surtió durante la vigencia del Decreto 01 de 1984, norma esta que por ser de procedimiento, era de aplicación inmediata. Así pues el trámite que se le dio al recurso, se ajustó a lo ordenado en la ley aplicable al caso. Este cargo no prospera.

"El segundo cargo del recurrente está íntimamente ligado al anterior, pues se considera que si la Sección Tercera del Consejo de Estado hubiera aplicado el artículo 137 de la Ley 167 de 1941, ha debido tramitar la apelación y no suponer la existencia de un supuesto 'desistimiento'.

"Como ya se explicó en el punto anterior, siendo el artículo 212 del Decreto 01 de 1984 una norma de procedimiento, se le dio aplicación inmediata; y habiéndose repartido y tramitado el recurso en cuestión cuando ya estaba rigiendo el nuevo estatuto, no había por qué aplicar el antiguo código contencioso. La nueva norma establece muy claramente las consecuencias de la falta de sustentación del recurso y eso fue lo que hizo la Sala al declarar desierto el recurso de apelación.

"El cargo no puede prosperar.

"El recurrente acusa también la sentencia, por considerar que la Sección Tercera interpretó en forma errónea el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil sobre apelación adhesiva, como consecuencia del presunto desistimiento del recurso de apelación.

"Para el recurrente, la apelación adhesiva interpuesta oportunamente, es autónoma, independiente y subsiste por sí sola. Cuan-

do la Sección Tercera la consideró como accesoria desconoció los derechos de la parte que pretendía modificar la sentencia de primera instancia.

"Esta Fiscalía no comparte los argumentos del recurrente. Así como tampoco encuentra una explicación lógica al hecho de haber optado por presentar una apelación adhesiva, cuando ha podido, al parecer, presentar su propio recurso de apelación.

"Habiendo presentado el recurso adhesivo, y como la misma palabra lo indica, era accesorio del recurso interpuesto por la contraparte y necesariamente su trámite no podía ser aparte, u otro distinto al trámite del recurso principal. La interpretación que sobre este punto hizo la sentencia recurrida, es acertada y en consecuencia el cargo propuesto no puede prosperar.

"El cuarto y quinto cargo se refieren al error de hecho en que incurrió la Sección Tercera al suponer que existió un desistimiento del recurso y abstenerse de resolver la solicitud de modificación de la sentencia apelada.

"Como ya se ha dicho, en el presente caso, el trámite que se le dio al recurso fue el establecido en el artículo 212 del Decreto 01 de 1984 en donde expresamente se dice '...si no se sustenta el recurso, se declarará desierto y ejecutoriada la sentencia objeto de la apelación'. No es necesario, como lo pretende el apelante, memorial expreso de desistimiento, pues la misma ley es la que dice cuál debe ser la consecuencia a la falta de sustentación del recurso. Se presume pues que la falta de sustentación es también falta de interés en el recurso interpuesto.

"Los cargos anteriores tampoco prosperan".

Por lo anterior, estima la Fiscalía, no es del caso declarar la anulación de la sentencia recurrida.

Consideraciones:

Procede la Sala al estudio de los diferentes cargos formulados, así:

1º Violación directa de los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional, y del inciso 1º del artículo 266 del Código Contencioso Administrativo por falta de aplicación, lo que condujo a la aplicación indebida del inciso 3º del artículo 212 del Código Contencioso Administrativo.

Sea lo primero anotar, que los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional que consagran obligaciones a cargo de las autoridades y el principio de la responsabilidad de las mismas, en principio, no podrán ser infringidos en forma directa por una sentencia; su violación podrá deducirse en forma indirecta al comprobar que se han desconocido las disposiciones legales que las desarrollan.

En cuanto a la falta de aplicación del inciso 1º del artículo 266 del Código Contencioso Administrativo, lo que según el recurrente llevó a la aplicación indebida del inciso 3º del artículo 212 del mismo estatuto, no es viable resolverlo durante el trámite del recurso de anulación.

En efecto, el inciso 1º del artículo 266 señala cuáles son las normas de procedimiento que deben aplicarse a los procesos ya iniciados antes de la vigencia del Código Contencioso Administrativo, a los recursos interpuestos y a los términos que hubieren comenzado a correr, notificaciones y citaciones que se estuvieran surtiendo.

Según la jurisprudencia constante del Consejo de Estado, no cabe en un recurso de anulación, el análisis de normas procedimentales.

Ahora bien, afirma el recurrente que debido a la no aplicación de esa norma de procedimiento, se le dio aplicación indebida a otra, también procedimental, la cual indica que si no se sustenta dentro del término legal un recurso de apelación, se debe declarar desierto. Pero la invoca para decir que con base en ella se presumió el desistimiento del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia. Además de tratarse de un asunto de procedimiento, se observa que en ningún momento la sentencia recurrida dio aplicación al inciso 3º del artículo 212 del Código Contencioso Administrativo pues el recurso de apelación no fue declarado desierto en la oportunidad señalada en la norma citada y prueba de ello es que se profirió sentencia.

En dicha providencia que es la recurrida, se afirma simplemente (fl. 24) que la entidad demandada desistió del recurso. Esta afirmación no puede desvirtuarse ahora ya que tampoco tienen cabida las pruebas en un recurso de anulación.

Por consiguiente, el cargo no prospera.

2º Violación directa del artículo 26 de la Constitución Nacional y de los artículos 165 del Código Contencioso Administrativo, 152 numeral 4º del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación en la segunda instancia del procedimiento señalado en el artículo 137 de la Ley 167 de 1941 y la aplicación indebida del artículo 212 del actual Código Contencioso Administrativo. Como lo expresa la señora fiscal, este cargo está íntimamente relacionado con el anterior y no puede prosperar puesto que se fundamenta en normas de procedimiento y en afirmaciones del recurrente que necesitarían comprobación.

Por otra parte, el artículo 26 de la Constitución no se viola directamente sino a través del desconocimiento de las disposiciones legales que regulan el debido proceso.

No prospera el cargo.

3º Violación directa de los artículos 26 de la Constitución Nacional y 353 del Código de Procedimiento Civil, por interpretación errónea, que condujo a la Sección Tercera a darle a la última de las normas citadas, un entendimiento diferente del que les corresponde al decir que la adhesión pierde su razón de ser como consecuencia del desistimiento del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

Estima la Sala que el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil, si bien contenido en un estatuto procedimiental, constituye norma sustancial, como quiera que reconoce a las partes en un proceso, el derecho de poder adherir al recurso de apelación interpuesto por la otra.

Reza el artículo:

"*Apelación adhesiva.* La parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por la contraria, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse hasta el vencimiento del término para alegar ante el superior".

Bajo el entendimiento de que la norma transcrita puede ser invocada en un recurso de anulación, es el caso de examinar si la interpretación que de ella hace la sentencia enjuiciada es correcta, o errónea como lo alega el recurrente.

El sentenciador de segunda instancia entendió que si la entidad demandada apeló la decisión del Tribunal y la parte actora se limitó a presentar apelación adhesiva, al desistir el apelante principal perdió su razón de ser la adhesión, como quiera que sólo encontraba justificación en ella pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

La Sala comparte esta interpretación. Sin lugar a dudas, porque así lo califica la ley, se trata de una adhesión a la apelación presentada dentro del término legal para ello.

Dicen los doctrinantes que una vez interpuesta la apelación adhesiva adquiere entidad propia y se torna independiente. Esta afirmación es correcta si se refiere al objeto mismo de la apelación, a su finalidad. Evidentemente, unas son las pretensiones del apelante principal y otras las del que adhiere; es más, serán siempre opuestas. En consecuencia cada una de las apelaciones es independiente de la otra, desde ese punto de vista.

Pero no quiere ello significar que la adhesiva pueda subsistir por sí sola. Desaparecida la principal, esta debe correr igual suerte.

Atribuirle el mismo tratamiento y los mismos efectos a la apelación principal y a la adhesiva, conlleva a un desconocimiento de los términos legales. Es natural que quien no utilizó pudiendo hacerlo, el término que la ley señala para apelar una providencia, se vea limitado y expuesto a ciertas desventajas que no afectan al apelante principal. Si la apelación es "adhesiva", necesita la principal para adherirse, y sin ella desaparecerá el soporte que la ley le ha dado.

Si nos atenemos a los términos de la sentencia en el caso de autos, la parte demandada apeló el fallo de primera instancia y luego desistió de esa apelación. No se trata entonces de un presunto desistimiento. La parte actora no apeló dentro del término legal y por eso recurrió a la figura de la apelación adhesiva.

Al desistir la parte demandada del recurso interpuesto, igual suerte tuvo que correr la parte actora, puesto que su recurso no era principal sino que estaba adherido al de la parte contraria.

En este orden de ideas es preciso concluir, que la interpretación dada en la sentencia de segunda instancia al artículo 353 del Código Contencioso Administrativo fue correcta y por tanto no hay violación directa de dicha norma ni del artículo 26 de la Constitución Nacional.

4º Se acusa la sentencia por error de hecho consistente en la suposición de un documento contentivo del desistimiento del recurso

de apelación interpuesto por la parte demandada, que condujo a la Sala a violar, por falta de aplicación, los artículos 26 de la Constitución Nacional y 344 del Código de Procedimiento Civil.

Según el recurrente este error incidió en la parte resolutiva de la sentencia hasta tal punto que la Sección Tercera decidió no tramitar el recurso de apelación sino que le dio curso, en última instancia, al grado jurisdiccional de consulta, grado improcedente, que hizo imposible la complementación de la sentencia.

Está en un error el recurrente cuando afirma que no se dio trámite al recurso de apelación. El recurso sí fue tramitado; sólo que al entrar a resolverlo, se hizo imposible considerar de fondo la apelación adhesiva, precisamente con base en la interpretación que al analizar el cargo anterior se encontró correcta.

En cuanto al desistimiento de la apelación por la parte demandada, no hay manera de probar, porque ello no es conducente, que no se hubiera producido. La sentencia lo da por presentado y no es posible argumentar error de hecho.

Por tanto, desaparecida por desistimiento la apelación principal, perdió eficacia la adhesiva y fue así como la Sección Tercera se vio en la necesidad de resolver como si se tratara de una consulta, que es obligatoria cuando se condena a una entidad pública y no hay apelación.

El cargo no prospera.

5º Violación directa de los artículos 26 de la Constitución Nacional; 304 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil y 170 inciso 1º del actual Código Contencioso Administrativo, por falta de aplicación.

Se explica diciendo que no obstante haberse solicitado expresamente la complementación de la sentencia de primer grado, la Sección Tercera no hizo ningún pronunciamiento al respecto, so pretexto del "desistimiento" del recurso de apelación y de los límites impuestos por el grado jurisdiccional de consulta.

Que esto incidió desfavorablemente en la parte resolutiva de la sentencia en cuanto desconoce flagrantemente los derechos sustanciales de Juvenal Rivera Baicue y del resto de los demandantes.

Estima la Sala que de acuerdo al análisis que de los anteriores cargos se ha hecho, no está llamado a prosperar este último, pues si no se consideraron los pedimentos del apelante adhesivo, fue por impedirlo el desistimiento de la apelación principal.

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

Falla:

No prospera el recurso de anulación interpuesto contra la sentencia expedida el 20 de marzo de 1985 por la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Condénase al recurrente al pago de costas y perjuicios, que se liquidarán mediante incidente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente a la Sección de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día quince (15) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Carmelo Martínez Conn, Presidente, con aclaración de voto; *Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque,* con aclaración de voto; *Luis Antonio Alvarado Pantoja, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker,* no asistió; *Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado,* no asistió; *Antonio José de Irisarri Restrepo,* salvamento de voto; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna,* salvamento de voto; *Simón Rodríguez Rodríguez,* salvamento de voto; *Consuelo Sarria Olcos.*

Nubia González Cerón, Secretaria general.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR HERNAN GUILLERMO ALDANA DUQUE.

APELACION ADHESIVA.— Normatividad procedimental.

Referencia: Expediente número R-014. Actor: Catalina Baicue de Rivera y otros.

La aclaración que el suscrito estima conveniente en relación con el fallo adoptado consiste en que considero que las normas relativas a la interposición del recurso de apelación en forma adhesiva son de orden procesal y no sustantivo, por lo cual ese ha debido ser el motivo fundamental para denegar la anulación de la sentencia impugnada.

De otra parte estimo que, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado la infracción predicada del artículo 16 y del 20 de la Constitución Nacional es en principio indirecta, por lo cual tampoco por ese aspecto hubiera prosperado el cargo enderezado contra el fallo de la Sección Tercera.

Con toda consideración,

Hernán Guillermo Aldana Duque.

Fecha: *ut supra.*

SALVEDAD DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR ANTONIO J. DE IRISARRI RESTREPO.

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION NACIONAL.—

Constituye norma de derecho sustancial tiene viabilidad para quien no habiendo apelado antes, se adhiere al recurso interpuesto por su contraparte, de tal manera que habiéndose comedido adquiere su propia autonomía e independencia.

Referencia: Expediente número R-014. Actora: Catalina Baicue de Rivera y otros.

Respetuosamente me permito disentir de la sentencia anterior. Expongo sintéticamente las razones de mi discrepancia, que coinciden en términos generales con las que expuso el exconsejero de Estado doctor Gaspar Caballero Sierra cuando en la Sala Plena de lo Contenciso Administrativo se discutió la ponencia que entonces él presentó:

Primera. A mi entender, el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil, si bien contenido en un estatuto procedimental, constituye norma de derecho sustancial, puesto que reconoce a cualquiera de las partes dentro de un proceso jurisdiccional el derecho subjetivo de poder adherir al recurso de apelación interpuesto por la otra parte. Así las cosas, no considero acertado estimar, como lo hizo la sentencia recurrida y lo ratifica el fallo del cual me aparto, que si la demandada apeló de la decisión y la actora presentó apelación adhesiva, el posterior desistimiento de aquella hace perder su razón de ser a la apelación adhesiva, con base en el argumento de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Segunda. Semejante interpretación de la norma que consagra la figura de la apelación adhesiva no puede ser la correcta, dado que la adherencia de que en el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil se trata no implica ni unión, ni accesión ni, mucho menos, convenir con los términos y alcances del recurso interpuesto por la parte contraria, pues que, como es obvio, las finalidades de uno y otro son diferentes, como quiera que las pretensiones son necesariamente distintas y encontradas: las del demandante y las del demandado. De tal manera, que la apelación por adhesión no implica ni mucho menos, que quien la invoca esté uniéndose o anexándose a lo pretendido por el otro apelante, que se mueve por circunstancias fácticas y causas diversas, por lo que no puede considerarse en modo alguno, que la primero sea algo accesorio, secundario, que dependa de la segunda, o sea, que se la entienda unida como por accidente. Procesalmente, el

término "apelación adhesiva" no tiene, no puede tener, el sentido de la accesión que ofrece el derecho privado de los bienes, donde se le dá la connotación de lo que se junta o une. Por eso allá, en tal ámbito, resulta correcto señalar que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Pero la apelación adhesiva no es accesoria. Ni puede, tampoco, asimilársele a la intervención adhesiva y litisconsorcial, que son fenómenos procesales que ni siquiera se le pueden parangonar. La impugnación adhesiva tiene viabilidad para quien no habiendo apelado antes, se adhiere al recurso interpuesto por su contraparte, de tal manera que habiéndose concedido, adquiere su propia autonomía e independencia, sin necesidad de que persista la apelación del contradictor, habida cuenta de que aquélla no tiene por fundamento ayudar a la de este último, en vista de que los intereses de una y otra parte son disímiles y contradictorios.

Tercera. La anterior apreciación corre de acuerdo con la opinión de la más autorizada doctrina nacional sobre el punto. Así, el profesor Hernando Morales Molina en su *"Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General"*, Ed. ABC, 1983, pág. 586, expone:

> "La apelación adhesiva es autónoma de la propuesta por la parte contraria, de manera que si de esta desiste debe resolverse aquella, pues no es secundaria, ni subordinada al recurso a que adhiere.
>
> "Por fin, la apelación adhesiva atempera el rigor de la *reformatio in pejus* y permite al *ad quem* examinar sin limitaciones la providencia recurrida. Dice la Corte: 'Refiriéndose a las dos instituciones, adhesión a la apelación y no *reformatio in pejus*, enseña Luis Loreto (Ensayos Jurídicos, monografía La adhesión a la apelación) lo que en seguida se reproduce, enteramente aplicable en este país:
>
> "La adhesión tiene precisamente por finalidad ampliar el campo de conocimiento de la causa y decisión del juez *ad quem*, incorporando al debate de segunda instancia todas aquellas cuestiones que por el dispositivo de la sentencia sean gravosas por acción u omisión para la parte adherente, y sin cuya denuncia mediante la adhesión el juez no podrá decidirlas de oficio, empeorando con ello la condición del apelante..."
>
> "Esta apelación adhesiva equivale a la inicial, no está supeditada ni es subsidiaria de ésta" (Jurisprudencia Civil de la Corte, Tomo I, pág. 58).

Y el doctor Hernán Fabio López Blanco en sus *"Instituciones de Derecho Procesal Civil"*, Ed. Temis, 1974, pág. 418, expone:

> "Esta apelación adhesiva está supeditada a que la otra parte haya recurrido en apelación; por tanto, si se da el presupuesto pero, por ejemplo, antes que se presentara el escrito con la apelación adhesiva se desistió del recurso de apelación, ya no es procedente esa forma, pues al ampliar el plazo sólo opera en consideración a que de todos modos se va a tramitar una apelación

interpuesta en tiempo, que, de no ocurrir por haberse desistido del recurso, queda sin base alguna la apelación adhesiva y esta no podrá presentarse.

"Ahora bien: *si el desistimiento del recurso de apelación se lleva a cabo luego de haberse presentado el escrito con la apelación adhesiva, estimamos que deberá tramitarse la segunda instancia para sólo resolver esa apelación adhesiva, si la providencia es también desfavorable, al menos parcialmente, a la otra parte por cuanto en este caso el recurso quedó interpuesto dentro de la oportunidad apta para hacerlo*" (las subrayas no son del texto).

Cuarta. Habida cuenta de lo anterior, considero que el recurso de anulación era próspero y que así ha debido declararlo la Sala, puesto que es evidente de cuanto queda dicho que el cargo consistente en violación directa de los artículos 26 de la Constitución Nacional y 353 del Código de Procedimiento Civil, por interpretación errónea de este, condujo a la Sección Tercera a dar al último de los preceptos mencionados un entendimiento totalmente equivocado al entender que la apelación adhesiva pierde su razón de ser si la otra parte, una vez interpuesta su alzada, desiste de ésta.

Atentamente,

Antonio José de Irisarri Restrepo.

Fecha *ut supra.*

SALVEDAD DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR ALVARO LECOMPTE LUNA EN EL FALLO DE DIECIOCHO (18) DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO (1988) ACOGIDO POR LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORPORACION.—

APELACION ADHESIVA.—

La apelación adhesiva no es accesoria. Consignar como postulado la imposibilidad de quebrantar una norma constitucional es algo con lo cual se desdibuja el sentido de la causal única de anulación, que bien puede existir, por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

Referencia: Expediente número R-014. Actores: Catalina Baicue de Rivera y otros.

El suscrito consejero, muy respetuosamente, consigna en este escrito las argumentaciones de carácter conceptual por las cuales discrepa del criterio de la mayoría sentado en el fallo en cita, que después de analizar todos y cada uno de los cargos formulados por los recurrentes para que de manera extraordinaria se anulase la sentencia de segunda instancia pronunciada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado —la de veinte (20) de marzo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), resolvió que no prospera y condenó en costas y perjuicios—.

Los aspectos jurídicos fundamentales del desacuerdo pueden resumirse así:

1º En lo atinente a la violación directa de los artículos 16 y 20 de la Constitución apuntada por la parte recurrente, se dice:

> "Sea lo primero anotar que los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional que consagran obligaciones a cargo de las autoridades y el principio de la responsabilidad de las mismas, en principio, no podrán ser infringidos en forma directa por una sentencia; su violación podrá deducirse en forma directa al comprobar que se han desconocido las disposiciones legales que las desarrollan".

Este punto de vista es muy discutible, pues el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo erigió como causal única de anulación extraordinaria de una sentencia ejecutoriada "la violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva". De suerte que consignar como postulado la imposibilidad de quebranto de una norma

constitucional es algo con lo cual se desdibuja el sentido de esa causal única, que bien puede existir en un caso hipotético dado, bien por falta de aplicación, bien por aplicación indebida o por interpretación errónea. Si el sentenciador, en un caso concreto, incurriera en el error de no aplicar esas disposiciones no obstante que debía hacerlo, o en el de aplicarlas no teniendo motivo válido para ello, o dándoles un sentido que no tienen, habría sin duda, violación directa y, por ende, lugar para que se anulase extraordinariamente el fallo que en tal vicio incurriera.

Sin embargo, en el caso de autos sí cree el suscrito que la conclusión final a que llegó el del que se discrepa, en cuanto atañe a la no prosperidad de ese primer cargo fue acertada, ya que la sentencia de 20 de marzo de 1988 no incurrió en ninguna violación directa de esos artículos constitucionales y porque —esto es básico— los recurrentes en anulación no explicaron suficientemente, con toda claridad, en qué consistía esa violación.

Por otra parte, se identifica el suscrito con la razón que da el fallo en lo que respecta a la imposibilidad de que prospere el cargo de anulación por violación del inciso 1º del artículo 266 del Código Contencioso Administrativo, porque sin duda esta es una regla de tipo procedimental y, como se vio, el artículo 197 *ibídem* erige la causal en lo que hace a las leyes sustantivas.

Igual cosa puede decirse en cuanto a la no prosperidad del segundo cargo, o sea, acerca de que no hubo violación directa de los artículos 26 de la Carta, 165 del Código Contencioso Administrativo, 152 numeral 4º del Código de Procedimiento Civil por falta de aplicación en la segunda instancia del procedimiento señalado en el artículo 137 de la Ley 167 de 1941 y la aplicación indebida del artículo 212 del actual Código Contencioso Administrativo, salvo en lo que hace a la imposibilidad de violación directa del artículo 26 de la Constitución, por los mismos argumentos expuestos por el suscrito.

2º El fallo, al analizar el tercer cargo, si bien tiene el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil como consagratorio de un derecho sustantivo —el de apelar, el de que las puedan hacer uso de un recurso si así lo quisieran— y que, en consecuencia su violación directa engendraría causal para anular una sentencia al tenor del artículo 197 del Código Contencioso Administrativo, le da, en opinión del suscrito, a la institución de la *apelación adhesiva,* como también se lo dio la Sección Tercera y la señora agente del Ministerio Público, un significado que no tiene.

Cree el suscrito consejero que no es acertado estimar que cuando se ha apelado por una de las partes y la otra adhiere a ella, cuando la primera desiste la segunda sufra semejante destino. La apelación adhesiva no es accesoria. Como enseña el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil y como lo recuerda el consejero doctor Antonio José de Irisarri Restrepo en su salvedad de voto, la adherencia no implica unión, ni accesión, ni, mucho menos, convenir con los términos y alcances de la apelación principal; es más, casi que necesariamente sus tesis han de ser encontradas y contrapuestas. No es secundaria, ni subordinada. Es independiente y autónoma. Las transcrip-

ciones que también hace el doctor De Irisarri Restrepo de notables e ilustres procesalistas son de una diafanidad tal, que el suscrito a ellas se remite sin más comentarios.

De allí que haya debido prosperar el tercer cargo, o sea que ha debido anularse la sentencia acusada por violación directa de los artículos 26 de la Constitución y 353 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto la interpretación equivocada de la figura jurídica de la apelación adhesiva, condujo a un fallo adverso en la alzada.

Con toda atención,

Alvaro Lecompte Luna.

Bogotá, D. E., fecha *ut supra.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ.—

APELACION ADHESIVA.—

Autonomía junto a la apelación principal. El artículo 353 del Código de Procedimiento Civil no tiene el alcance de hacer considerar tal apelación, subordinada a la apelación principal pues conserva toda su autonomía e identidad.

Expediente: R-014 (consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro).*

Bogotá, D. E., siete de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Actores: Catalina Baicue de Rivera y otros. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Respetuosamente disiento de la sentencia de anulación de 18 de marzo de 1988 por las razones que paso a exponer:

Gira mi desacuerdo en torno a la interpretación errónea en que incurrió la sentencia de 20 de marzo de 1985 de la Sección Tercera, objeto del presente recurso extraordinario de anulación y que no fue enmendada en el fallo que desató éste, en relación con la inteligencia, a mi juicio equivocada, que le da al artículo 353 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía al proceso Contencioso Administrativo y de lo cual se derivó como consecuencia que no se anulara aquel fallo y por ende no se reconocieran a favor del demandante Juvenal Rivera Baicue los perjuicios materiales relacionados con las lesiones sufridas por él con motivo del accidente que generó la declaración de responsabilidad al Departamento del Cauca.

En efecto:

1. El artículo 353 del Código de Procedimiento Civil es del siguiente tenor:

> "Apelación adhesiva. La parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por la contraria, en lo que la providencia apelada le fuese desfavorable. El escrito de apelación podrá presentarse al vencimiento del término para alegar ante el Superior".

Los autos enseñan que la parte demandante plural, integrada entre otros por Juvenal Rivera Baicue, adhirió oportunamente a la apelación interpuesta por la parte demandada y que ésta presentó desis-

timiento de tal medio de impugnación. De ello dedujo la Sección Tercera de esta Corporación en su fallo que también quedaba desistida la apelación adhesiva.

2. Discuerdo del criterio anterior fundado en estas consideraciones:

La calificación que de adhesiva se hace de la alzada contemplada en el pretranscrito artículo 353 quiere decir que la misma surge posteriormente cuando ya ha precluido para la parte contraria la oportunidad de apelar y antes de vencerse el término para alegar.

Mas no tiene el alcance de considerarse tal apelación subordinada a la apelación principal, pues conserva toda su autonomía e identidad ya que, al entenderse que al intentarla se impugnan los aspectos desfavorables de la sentencia, se vuelve al principio de la *communio appellationis*. Una facultad procesal que tenga la eficacia de hacer común la apelación para todas las partes del proceso dentro de sus intereses encontrados, no puede bajo ningún respecto estimarse accesoria y por ello el juez de segundo grado está en la obligación de despachar la apelación adhesiva.

El profesor Hernando Morales Molina redactor del Código de Procedimiento Civil vigente, comparte la tesis de la autonomía de esa apelación (Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General Editorial ABC, Bogotá, 1985, págs. 587-588).

El desistimiento que hiciera la parte principal de su apelación sólo a ella la afectará, sin que pueda repercutir en la adherencia manifestada por la parte contraria a dicha alzada, en primer término por la índole autónoma de esta última, según lo antes explicado. En segundo lugar porque el proceso en el estado actual de la doctrina y legislación se concibe inspirado en principios de derecho público de conformidad con los cuales las partes no pueden disponer de él como si se tratara de relaciones de derecho privado. A este último se llegaría si la parte originalmente apelante y de acuerdo con sus particulares conveniencias, desistiera luego de su apelación y con ello viniera la secuela de desaparecer también la adhesión a aquella por la contraparte. Se le daría entrada así a la deslealtad procesal, bien proscrita que está en nuestros estatutos procesales (art. 37-3; art. 71-1 del C. de P. C.).

El cargo examinado debió entonces prosperar.

Simón Rodríguez Rodríguez.

TITULO XI

CUESTIONES PROCESALES

AGENCIAS EN DERECHO.—

1. No habrá agencias en derecho a favor de la Nación, Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios cuando haya actuado por conducto de sus representantes constitucionales o legales (art. 393, numeral 2º, inciso 2º C. de P. C.). UN ESTABLECIMIENTO PUBLICO no puede confundirse con ninguna de las mencionadas entidades de Derecho Público.

2. Por lo demás, hay lugar a agencias en derecho en favor de la parte vencedora "AUNQUE SE LITIGUE SIN APODERADO", como lo explica el artículo 393 numeral 2º Código de Procedimiento Civil.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., quince de enero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyecto: *Doctor José Alberto Roldán B.* Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 1939. Recurso de anulación. Actor: Alvaro García Moscote.

El apoderado del recurrente, mediante memorial visible a folio 50, objeta la liquidación de costas en lo concerniente a la fijación de agencias en derecho, que es a lo que se contrae pecuniariamente el señalamiento de aquellas, con el propósito de que se exonere de ellas a su poderdante, con fundamento en el artículo 393, numeral 2º, inciso 2º, del Código de Procedimiento Civil, argumentando:

"En nuestro caso, las costas están referidas exclusivamente a agencias en derecho y no proceden, ya que:

"'La entidad demandada forma parte de la rama ejecutiva, del orden nacional, adscrita al Ministerio de Salud Pública, y

"Actuó en el recurso, por conducto de su representante legal, quien confirió poder especial a un empleado público de la misma entidad, sin que por ello hubiere gasto alguno, sino simplemente el cumplimiento por el apoderado de sus deberes y funciones propias del cargo como abogado de la Oficina Juridica de la entidad nacional".

Se considera:

La norma invocada en la objeción es del siguiente tenor:

> "No habrá lugar a agencias en derecho a favor de la Nación, departamentos, intendencias, comisarías y municipios cuando hayan actuado por conducto de sus representantes constitucionales o legales".

No es aplicable esta disposición al *sub lite* por las siguientes razones:

1. La parte demandada que salió airosa en el recurso extraordinario, no es la Nación ni un departamento, intendencia, comisaría o municipio sino el Instituto Nacional de Fomento Municipal, establecimiento público que no puede confundirse con ninguna de las mencionadas entidades de derecho público.

2. Quien actuó en el proceso a nombre del citado instituto no es su representante legal sino un apoderado constituido por éste (fls. 16-18).

Perentoriamente establece el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo como norma general:

> "En todos los procesos ,con excepción de los de nulidad y de los electorales, habrá condena en costas para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, en los términos del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil".

Y el inciso 2º del artículo 205 del Código Contencioso Administrativo, refiriéndose al recurso extraordinario de anulación, concreta:

> "Si el recurso no prospera, se condenará al recurrente al pago de costas y perjuicios".

En tal virtud, no prosperando el recurso, la condena en costas resulta forzosa conforme a las precitadas disposiciones legales. Por lo demás, hay lugar a agencias en derecho en favor de la parte vencedora "aunque se litigue sin apoderado", como lo explica el artículo 393-2 del Código de Procedimiento Civil. El argumento adicional del objetante hace pensar en la posible confusión entre *agencias en derecho* y *honorarios profesionales,* que son figuras diferentes.

En tal virtud, no habiéndose demostrado la ilegalidad de la providencia, esta ha de mantenerse.

Notifíquese y cúmplase.

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

TRIBUNAL ACTIVO.— COMPETENCIA TERRITORIAL. ACCION DE REPARACION DIRECTA.—

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintiocho de enero de mil novecientos y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5157 (255). Actor: Franz Sierra Martínez. Demandado: La Nación (Ministerio de Hacienda).

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fechado el 26 de febrero de 1987, mediante el cual se inadmitió la demanda y se ordenó su envío al Tribunal Administrativo de Santander (fls. 53 y 54 cdno. 1).

El auto apelado:

La providencia objeto del recurso tomó las dos decisiones con fundamento en que los hechos constitutivos de la *causa petendi*, consistentes en la retención de una máquina motoniveladora efectuada el 26 de enero de 1984 por miembros del Resguardo Nacional de Aduanas en la carretera que de Cúcuta conduce a Pamplona, tuvieron ocurrencia dentro del Departamento de Norte de Santander, lo cual radica la competencia para conocimiento del litigio en el Tribunal Administrativo de ese Departamento. Por tratarse de una acción de reparación directa, tal asunto está regulado por los artículos 131 y 132 numerales 10, del Código Contencioso Administrativo. El magistrado doctor Juan Uribe Uribe integrante de la Sala de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante "aclaración de voto" manifestó su desacuerdo respecto de la decisión de indamitir la demanda con el argumento de que según el inciso 3º del artículo 143 del Código Contencioso Administrativo lo procedente era tomar únicamente la segunda decisión, es decir la de remitir el expediente al Tribunal que se consideró competente, sin hacer el pronunciamiento de inadmisión al que se contrae el numeral 1º de la parte resolutiva del auto atacado. Por lo tanto, la "aclaración de voto" realmente es una "salvedad parcial de voto" (fl. 56, cdno. 1).

Fundamentos del recurso:

El apoderado de la parte actora recurrió la providencia anteriormente indicada con base en las mismas razones que dejó expuestas

el magistrado disidente y expresó además que "la demanda fue presentada oportunamente" lo cual lo hizo considerar que con la interpretación del *a quo* "se estaría vulnerando el Derecho de Acción que tienen los Demandantes" (fls. 58 y 59 cdno. 1).

Concepto del Ministerio Público:

La Fiscalía Segunda de esta Corporación conceptuó que debe revocarse la decisión de inadmitir la demanda y confirmarse la orden de remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Norte de Santander, y expresó similares razones a las expuestas en el salvamento de voto ya mencionado y en la sustentación del recurso. Observó que el apoderado del demandante se quedó corto en la expresión de las razones que demostraban su interés en recurrir puesto que nada dijo "de la caducidad de la acción en caso de quedar en firme la inadmisión, punto este que justificaría la interposición del recurso" (fl. 65, cdno. 1), pero aceptó la agencia del Ministerio Público que "en el presente caso lo que realmente le interesa al apelante es que se acepte que hubo interrupción del término de caducidad y que se tenga por presentada su demanda en diciembre 19 de 1986" (fl. 66, cdno. 1). Y anotó la Fiscalía "que si el Tribunal de Cundinamarca consideró que no era competente para conocer del expediente no ha debido tampoco decidir sobre la admisibilidad de la demanda y (ha debido) limitarse a ordenar la remisión al Tribunal competente" (fl. 66 cdno. 1).

Consideraciones de la Sala:

La providencia recurrida habrá de ser confirmada por las siguientes breves razones:

1. Asiste razón al *a quo* cuando sostiene que, a la luz de lo dispuesto en los numerales 10 de los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984), la competencia de los Tribunales administrativos seccionales, *por razón del territorio,* en los procesos de reparación directa y cumplimiento enderezados contra la Nación, las entidades territoriales o las descentralizadas de los diferentes órdenes, se determina "por el lugar donde se produjo o debió producirse el acto o se realizó el hecho". Y que, como según los hechos descritos en la *causa petendi,* el hecho perjudicial consistente en la retención de la máquina motoniveladora, se produjo o realizó en territorio del Departamento de Norte de Santander, el competente para conocer de este asunto es el Tribunal Administrativo de dicho departamento.

2. También se halla ajustada a derecho la determinación del *a quo* en cuanto dispuso la inadmisión de la demanda, puesto que según quedó visto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca era y es incompetente para conocer de la demanda propuesta por el señor Franz Sierra Martínez. Y es obvio que en esas condiciones mal podía el *a quo* dictar auto admisorio de una demanda para cuyo conocimiento carece de competencia.

3. En cuanto al artículo 143 del Código Contencioso Administrativo (Decreto núm. 01 de 1984), la Sala observa que no existe incom-

patibilidad alguna entre el auto que inadmite la demanda, por carencia de competencia del Tribunal ante la cual ella se presenta y los efectos que produce esa presentación frente a la caducidad de la acción. Es decir: la presentación del libelo ante Tribunal que no resulta ser el competente para adelantar la tramitación del proceso y fallarlo, en única o en primera instancia, interrumpe el término de caducidad de la acción de reparación directa y cumplimiento, siempre —claro está— que la demanda se haya presentado en tiempo oportuno y que el libelo reúna los demás requisitos y formalidades previstos en los artículos 137 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, como claramente se deduce de los términos del inciso primero del artículo 143 *ibidem*.

4. Habida cuenta de los precedentes considerandos y en aplicación de los principios de economía y celeridad, se dispondrá enviar el expediente directamente al Tribunal Administrativo de Norte de Santander, y de la presente providencia se remitirá copia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para su conocimiento y demás fines pertinentes. El Tribunal Administrativo de Norte de Santander no podrá inadmitir la demanda por caducidad de la acción si tal fenómeno no se había operado para cuando se presentó la demanda (19 de diciembre de 1986) y deberá examinar si el libelo reúne los demás requisitos y formalidades exigidos por la ley.

En consecuencia,

Se resuelve:

Confírmase en todas sus partes el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de febrero de 1987, dentro del expediente número 87 Decreto 3441, en virtud del cual inadmitió la demanda por falta de competencia y dispuso remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por competencia. Tal remisión se hará por la Secretaría de la Corporación, una vez ejecutoriada la presente providencia.

Envíese copia de esta decisión al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander observará lo expresado en el punto 4º de la parte considerativa de este proveído.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

COMPETENCIA VIRTUAL.— Concepto y consecuencias.

EXCEPCION DE LEGITIMACION EN CAUSA PASIVA.—

1. Cuándo se concreta?

2. Cuándo se llega a la conclusión?

PRUEBA.— Apreciación por el juez.

RESPONSABILIDAD EXTRACONCTRACTUAL DEL ESTADO.

FALLA DEL SERVICIO.— Explosivos. Manejo y uso.

PERJUICIOS MATERIALES.— Prueba.

1. Cuándo no se presentaron las declaraciones de renta;

2. Aplicación del salario mínimo.

CONDENAS DINERARIAS. NO ES FACTIBLE ACCEDER A SUPLICAS SOBRE INTERESES.—

Regulación a través de los artículos 176 y 177 del Decreto 01 de 1984.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., cinco de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Proyectó Magistrado auxiliar: *Doctor Ramiro Borja Avila.*

Referencia: Expediente número 5039 (217). Actor: Jorge Edinson Flórez Lemons y otros. Demandado: La Nación (Mindefensa).

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 1º de diciembre de 1986 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, se declararon no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y se condenó en costas a la parte actora.

Fundamentos del fallo recurrido:

Respecto de la excepción propuesta por la Nación demandada denominada "Indebida representación e incapacidad del niño Fabio

Andrés Flórez Celis" consistente en que "por ser menor de edad está física y legalmente imposibilitado para otorgar poder", el *a quo* afirmó que está demostrado en el expediente con las partidas de registro civil que Jorge Edison Flórez Lemons y María Teresa Celis Buitrago son los padres del mencionado menor y en tal calidad ejercen la representación legal del mismo y tienen la facultad de otorgar el poder para que se le represente judicialmente dentro de este proceso, como en efecto ocurrió. Por esta razón desestimó la mencionada excepción.

Sobre la excepción de "falta de legitimación en la causa por pasiva", consistente en que el ICCE "cumplía la construcción de una escuela para el barrio, obra en la cual un grupo de militares prestó su colaboración la que no era oficial y menos aún en cumplimiento de órdenes superiores militares" de lo cual dedujo la parte accionada que es el mencionado Instituto el que debe responder por los perjuicios demandados "y no el Ministerio de Defensa Nacional" (fl. 140), dijo el Tribunal: "no existe prueba alguna tendiente a establecer en forma clara que la obra la adelantaba el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares ICCE. Además, aunque se aceptara este hecho, lo cierto es que si evidentemente el Ejército Nacional prestaba una colaboración para adelantar la obra, ha debido tomar las precauciones necesarias tendientes a evitar cualquier daño" (fl. 141, cdno. 1).

Con apoyo en la anterior argumentación desestimó este otro medio defensivo propuesto.

Después, al entrar al estudio de la cuestión de fondo, el Tribunal Administrativo de Santander decidió no acceder a las peticiones de los demandantes, porque consideró que no se demostró dentro del proceso que el daño causado a la parte actora hubiera sido causado por la Nación a través de miembros del Ejército Nacional. Se admite en la providencia apelada la existencia de los hechos y la relación de causalidad de estos con el perjuicio causado y se admite también la existencia del perjuicio, pero se cuestiona el poder demostrativo de las declaraciones aportadas al proceso, es decir de los testimonios de Jorge Evelio Calderón Rojas, Rosa Julia Ortega de Pereira, Esperanza Díaz Ramírez, Pedro Elías Rodríguez Serrano y Carlos Humberto Díaz Osma, en cuanto tales testigos afirman que las lesiones sufridas por el niño Fabio Andrés Flórez Celis fueron causadas por miembros del ejército nacional. La crítica del tribunal sobre tales versiones consiste en que "...los declarantes se limitan a aseverar que quienes produjeron las explosiones causantes del accidente eran soldados, pero no aciertan a precisar o a explicar por qué les consta tal hecho" (fl. 147, cdno. 1). Agregó el *a quo* que "se hechan (sic) de menos otras pruebas tendientes a reforzar la demostración de que fueron miembros del Ejército Nacional quienes realizaron la actividad, como hubiera sido la constancia o informe del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares ICCE sobre la colaboración que el Ejército estaba prestando para la construcción de la escuela; informe o certificación del batallón respectivo sobre el personal que había sido dispuesto para que cumpliera dicha labor, si actuaban en ejercicio o cumplimiento de instrucciones superiores o fue por su cuenta y riesgo, y, de ser posible, haber recepcionado los testimonios de los militares que intervinieron". Y más adelante el *a quo* comenta que "...las referencias que hacen (los

testigos) sobre que fueron miembros del ejército quienes cumplieron dicha actividad son muy vagas e imprecisas, sin dar explicación sobre la razón de su dicho, sin que tengan respaldo en otra clase de prueba ya de índole documental, testimonial, etc." (fl. 147, cdno. 1).

Ante las anteriores apreciaciones y frente a las previsiones legales sobre la carga de la prueba el tribunal denegó las súplicas de la demanda.

Fundamentos de la impugnación:

El apoderado de los demandantes interpuso el recurso de apelación contra la sentencia que se revisa y aunque no expresó la finalidad de la impugnación, esta debe entenderse interpuesta en lo desfavorable al apelante, vale decir para que, previa revocatoria de la decisión de denegarlas tomada por el fallador de primera instancia, se acceda integralmente a las súplicas de la demanda. El recurrente dirige el ataque a la sentencia, mediante la censura a la estructura lógica de las consideraciones, pues habiéndose aceptado que hubo falla del servicio, la cual es impersonal, abstracta, anónima, objetiva "no importa para nada el agente autor del hecho o de la omisión constitutiva de la falla".

Por esa razón, no entiende el apoderado por qué el tribunal echó de menos los nombres de los soldados que estallaron la dinamita y los testimonios de éstos. Además, criticó que el tribunal haya puesto de relieve que los testigos no hayan atinado a decir si los soldados "eran del batallón Ricaurte, o del batallón Caldas, o del batallón Galán, o Santander, o Sucre..." y se preguntó a continuación "¿eso qué importa? *eran soldados,* señores magistrados, *soldados uniformados, soldados con insignias militares, soldados que reconocieron su error, soldados que estuvieron en la clínica preguntando por el niño*... Eso no vale para nada?" (la subraya es del texto citado) (fl. 152, cdno. 1).

Posteriormente, el apoderado de los demandantes transcribió algunos apartes de la sentencia, y de los testimonios aportados, para hacer las valoraciones críticas correspondientes y señaló que a pesar de que el auto admisorio de la demanda se le notificó al Ministerio de Defensa y se le comunicó al comandante del Ejército y al comandante de la Segunda División radicada en Bucaramanga "nunca negaron que el ejército estuviese al frente de las obras" y que, aunque es verdad que no es viable la confesión de los representantes legales de las entidades públicas, es claro que el juez debe deducir indicios de la conducta procesal de las partes. Además, censuró el hecho de que el Tribunal le hubiera negado credibilidad a los testimonios de personas honorables como son los vecinos de la Urbanización Bucarica "que no sólo presenciaron los hechos sino que los vivieron en carne propia" (fl. 157, cdno. 1). Y concluyó diciendo:

"El caso es claro: un niño inocente sufrió la ruptura de su cráneo a causa de un guijarro lanzado por una explosión; la explosión la efectuaron *soldados del ejército;* se demandó a la Nación; la Nación no probó caso fortuito, ni fuerza mayor, ni hecho de un tercero, ni culpa de la víctima; hubo falla del servicio (lo dice el tribunal); luego quien debe responder es la nación, Ministerio de Defensa (ejército

nacional). Para ello no se requería saber el nombre de los soldados ni a qué batallón pertenecían (obvio era que pertenecían a alguno de los que funciona en Bucaramanga, 'Caldas o Ricaurte')".

"Que si cumplían órdenes o actuaban por su cuenta y riesgo, pregunta el tribunal: *Por Dios, magistrados.* Desde cuándo la tropa sale, con uniforme, a volar rocas con dinamita, por su cuenta y riesgo?" (fl. 157, cdno. 1).

Concepto del Ministerio Público:

La Fiscalía Segunda de esta Corporación solicitó que se declarara la nulidad de lo actuado en la segunda instancia porque la cuantía del proceso no excede de dos millones de pesos y por lo tanto es de única instancia. Para llegar a esa conclusión la agente del ministerio público observó que en la demanda se dijo que la cuantía era de diez millones de pesos "pero sin dar una explicación razonada de ese monto, como lo exige la ley" (fls. 165 y 166 cdno. 1). Agregó que del examen de los recibos de pago que obran en el expediente suman una cantidad muy inferior a la señalada por la ley para los procesos de dos instancias y que en la demanda no se hizo mención de esta clase de gastos ni se solicitó el pago de ellos.

Consideraciones de la Sala:

A) *La nulidad alegada.* Procede la Sala, en primer término, a examinar si se ha incurrido en la segunda instancia en la causal de nulidad señalada por la Fiscalía Segunda de esta Corporación. Para ese efecto se recuerda que las normas procesales son de aplicación inmediata, pero no afectan a los actos procesales cumplidos antes de su vigencia. En el asunto *sub judice* el acto de postulación o el ejercicio del derecho de acción se concretó el día 29 de febrero de 1984, bajo la vigencia de la Ley 167 de 1941, es decir antes de que empezara a regir el Decreto-ley 01 de 1984, porque conforme al artículo 2º del mencionado estatuto su vigencia empezó el 1º de marzo de 1984. Ello quiere decir que la parte actora estaba en la obligación de presentar su demanda ajustada sólo a los requisitos que eran exigibles en la fecha en que instauró la acción, entre los cuales no estaba el de que la cuantía de la demanda se estimara en forma *razonada.* No obstante lo anterior, sin estar obligados a ello, en la demanda se razonó la cuantía suficientemente, como se deduce de lo expresado en el literal b) del folio 18, bajo el título de *"Los daños y perjuicios sufridos por el niño Andrés Flórez Celis,* sus padres y sus hermanos" en donde se explicó lo relativo al daño que individualmente sufrió cada uno de los demandantes. No existe, entonces, la deficiencia formal imputada.

Por otra parte, el apoderado de los demandantes afirmó que estimaba la cuantía en diez millones de pesos y al hacer la precisión de los alcances de la pretensión individual de cada uno de los poderdantes, pidió para el niño "una indemnización equivalente al valor que tengan en moneda nacional cuatro mil gramos de oro, conforme la tasa vigente al tiempo del fallo" por concepto de perjuicios materiales, y pidió "el valor que tengan mil gramos de oro en el mismo momento" como

reparación a su daño moral. Los hechos afirmados en la demanda deben darse por ciertos *ab initio*, para efectos de la fijación de la competencia, aunque sobre el demandante quede latente la carga probatoria de su demostraación, si aspira a la prosperidad de sus pretensiones. Por lo tanto, no es *la prueba* de la cuantía de los perjuicios lo que determina la competencia del juez, sino *la estimación* que de ella haga el demandante en el libelo inicial.

Este es el fenómeno de "la competencia virtual", es decir, la que se deduce *de lo afirmado* en la demanda, sin detenerse a examinar de una vez si ya obran las pruebas de tales hechos. Esa presunción temporal de veracidad es la que legitima el procedimiento adoptado por el juez con base en tales manifestaciones de la parte actora. Que posteriormente resulte o no demostrado lo que se afirma en la demanda como *causa petendi* o como cuantía del perjuicio, afecta a la pretensión, pero no la validez de la actuación procesal adelantada para definir la controversia.

En este orden de ideas, se deduce de lo anteriormente expresado que no existe causal de nulidad de lo actuado en la segunda instancia, porque la prosperidad o fracaso de la indemnización reclamada, en la cuantía de los diez millones de pesos, depende de que se haya demostrado o no la existencia del daño en esa magnitud. No prospera, entonces, la nulidad alegada.

B) *Las excepciones propuestas.*

1. *La indebida representación e incapacidad del menor demandante:*

Las breves razones expuestas por el tribunal para desestimar esta excepción, en el sentido de que los padres del menor lo representan legalmente y en tal calidad pueden otorgar poder para su representación judicial, están ajustadas a derecho y, por lo tanto, la Sala las reitera como fundamento para confirmar la decisión del *a quo*, sin necesidad de exponer otras argumentaciones.

2. *La falta de legitimación en la causa por pasiva:*

Este medio defensivo tiene su apoyo en la afirmación del apoderado de la Nación en el sentido de que "El hecho de que una colaboración se haya podido prestar por 'un grupo de militares', según dice el libelista, no convierte en oficial su actuación, y menos como cumplidores de órdenes de superiores militares. Esa colaboración no constituye ni convierte en oficial su colaboración y su personería" (fl. 45, cdno. 1).

Observa la Sala, además, que el mismo excepcionante afirmó más adelante que "los Ingenieros Militares no cumplían funciones propias del servicio. Se les llamó a prestar una colaboración" (fl. 49, cdno. 1).

Entonces, el medio defensivo consiste en invocar que los militares que prestaron "su colaboración" para realizar las explosiones "no cumplían funciones propias del servicio".

La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva se concreta cuando la persona demandada no es la obligada frente al derecho reclamado por el actor; por lo tanto, para llegar a esa conclusión debe el fallador examinar los hechos constitutivos de la *causa petendi*

y las pruebas aportadas para su comprobación, lo que le permitirá conocer si la parte accionada es el sujeto contra quien se debía instaurar la reclamación judicial. Con ese propósito se entrará enseguida al estudio del asunto de fondo y, posteriormente, se definirá si prospera o no la excepción aludida.

C) *La cuestión probatoria y la falla del servicio.*

El debate litigioso se reduce a establecer si quedó demostrado que unos miembros del ejército nacional realizaron unas explosiones y si como consecuencia de ellas, una piedra hirió al menor Fabio Andrés Flórez Celis, causándole a él, a sus padres y a sus hermanos diversos perjuicios de orden moral y material.

El tribunal estimó que se demostró la existencia del daño y la causa del mismo, pero que *no se probó que los autores de las explosiones hubieran sido miembros del ejército nacional.*

Por su parte, el apelante considera que sí existe la prueba de tal circunstancia y para comprobarlo valoró las declaraciones de las personas que presenciaron los hechos, dándoles la credibilidad y virtualidad demostrativa que el fallador de primer grado les negó.

Observa la Sala:

1º Los testimonios sobre los cuales debe hacerse la crítica respectiva, en el punto señalado, son los siguientes, cuyos apartes fundamentales se transcriben en cada caso:

Jorge Evelio Calderón Rojas "Preguntado: Quiénes se encontraban construyendo el centro que usted menciona? CONTESTO: "Eran los soldados del batallón, no se si Caldas o Ricaurte". PREGUNTADO: A qué tipo de medidas preventivas se refiere usted cuando dice que estas personas no las tomaron? CONTESTO: "Yo considero que si ellos iban a dinamitar determinada cantidad de piedras deberían haber hecho un desaloje de los bloques más cercanos, en vista de que con la pólvora no se juega, no hicieron esto". PREGUNTADO: (Continúa el declarante). La construcción se halla a unos quince metros de los bloques habitacionales del barrio Bucarica" (fl. 70, cdno. 1).

Rosa Julia Ortega de Pereira "PREGUNTADO: Sírvase decirnos qué causó la explosión a que usted ha hecho referencia? CONTESTO: La explosión fue porque estaban ahí reventando piedras los militares, ellos eran los que estaban trabajando ahí" (fl. 91, cdno. 1).

Esperanza Díaz Ramírez "PREGUNTADO: Sírvase decir si tuvo conocimiento acerca de un incidente sufrido por este niño y en caso afirmativo sírvase explicar al juzgado qué fue lo que sucedió? CONTESTO: Sí, el caso ocurrió que estaban o donde iban a construir la escuela había unas piedras grandes que las estaba removiendo unos soldados del batallón Caldas, las estaban removiendo con dinamita, en los días anteriores al accidente había vido (sic) varias explosiones fuertes, pero especialmente esa mañana fueron más fuertes que en otras ocasiones, parece que le colocaron más dinamita, incluso a consecuencia de eso mismo uno de los soldados resultó herido, por la tarde las explosiones fueron más duras y en una de ellas los perdus-

cos volaron en todas las direcciones y dieron con los apartamentos del frente o sea donde yo vivo en el bloque 20A-1, las piedras rompieron los letreros de los negocios, las ventanas de varios pisos y una de esas le dio al niño y le rompieron la cabeza, la fracturaron en cuatro partes, el niño estaba totalmente sano, con el accidente tuvieron que llevarlo inmediatamente a la clínica...." PREGUNTADO: Sírvase decir si los militares del batallón Caldas que estaban efectuando esos trabajos tomaron algunas medidas preventivos para evitar causar daños al vecindario y en caso afirmativo qué medidas tomaron? CONTESTO: Sí, habían colocados unas llantas pero eso se notaba que no era suficiente para servir de protección. PREGUNTADO: Sírvase decir qué concepto exponían los vecinos acerca de las explosiones que se estaban sucediendo en ese sector por parte de los militares? CONTESTO: La gente estaba bastante preocupada por la forma en que estaban haciendo efectuando la removisión (sic) de esas piedras y comentaban que de seguir en esa forma podría ocurrir un grave accidente, como en efecto sucedió. PREGUNTADO: Aparte de las lesiones sufridas por el niño Fabio Andrés en la cabeza, sírvase decir qué otros daños a personas o cosas cometieron los militares del batallón Caldas con esas explosiones? CONTESTO: Rompieron los letreros de los negocios, incluso al dueño de uno de los negocios tuvo que esconderse debajo del mostrador para evitar ser herido, rompieron las ventanas de segundo y tercer piso. PREGUNTADO: Sírvase decir si el lugar de las explosiones estaba lejos o cerca o a qué distancia de los apartamentos? CONTESTO: Queda al puro frente cruzando la calle, eso no queda tan lejos. PREGUNTADO: Sírvase decir si el ejército colaboró económicamente con los padres del niño para efectos de que recibiera atención médica? CONTESTO: No, no colaboró. PREGUNTADO: Sigue la declarante: Algunos soldados se presentaron en la clínica pero sin que nadie se hiciera responsable, ninguno de ellos, por lo tanto todos los gastos corieron por cuenta del padre del niño. PREGUNTADO: A qué fueron los militares a la clínica? CONTESTO: Prácticamente fueron a averiguar sobre el estado del niño, pero no a colaborar económicamente" (fls. 99 vto. 100, cdno. 1).

Pedro Elías Rodríguez Serrano. "Sírvase explicarnos cuál fue la causa de que ocurriera todo esto? CONTESTO: Bueno, hacía días estaban llevando a cabo el rompimiento de piedras con dinamita, unos señores del batallón, creo que para poder construir la escuela que hoy funciona en ese lugar y si no recuerdo mal era el último día en que terminaban esa labor. Estaban en ese oficio dinamitando las piedras. PREGUNTADO: Estos 'señores' del batallón que usted menciona eran soldados o civiles y si sabe de qué batallón eran? CONTESTO: Eran soldados del batallón de Bucaramanga" (fl. 101, cdno. 1).

Carlos Humberto Díaz Osma, "El día que yo estaba allá, cuando escuché las explosiones salí para ver qué pasaba; entonces cuando yo bajé por la avenida central ví que un muchacho bajaba con un niño en los brazos y lo seguían unas mujeres ahí gritando que habían matado a un niño. Entonces ellos fueron a llevarlo al niño por allá a un puesto de salud. Yo tenía que ir a hacer otras diligencias. Al papá del niño yo lo conocía porque yo le había trabajado a él en una ocasión y me enteré que era hijo de él. Al momento llegaron unos soldados, unos estaban con camisa otros sin camisa, que se encontraban traba-

jando en la obra del frente, o sea donde ocurrieron las explosiones y estaban sucios, porque como estaban trabajando allá. Ellos o sea los soldados estaban comentando de que cómo pudo pasar eso si ellos habían colocado unas llantas, pero colocaron suficientes llantas, no tuvieron suficiente precaución. Como eran como las cinco de la tarde, estaba más o menos claro entonces yo tomé las fotos, las del apartamento, porque las del niño tocó tomarlas en la clínica Bucaramanga" (fl. 120, cdno. 1).

2º La apreciación probatoria es una de las tareas más complejas que debe abordar el juez. Probar suele ser difícil en la mayoría de los casos, como quiera que quien se ve abocado a un litigio judicial tiene la carga de reconstruir formalmente una realidad histórica para cuya reproducción no estaba preparado antes de que sucedieran los hechos, sino que tal necesidad se concreta después de su acontecimiento. El fallador debe ser consciente de esa realidad y debe, por lo tanto, procurar comprender el contexto social dentro del cual administra justicia, buscando establecer la verdad real, para no sacrificar la eficiencia de ese servicio fundamental a la comunidad. Para ello, el legislador lo dotó de amplias facultades oficiosas en materia de prueba. Principios científicos universalmente aceptados enseñan, además, que la crítica al testimonio debe hacerse tomando en consideración, entre otras cosas, las circunstancias reales en que estaba colocado el testigo cuando percibió los hechos sobre los cuales rinde su versión.

Por lo tanto, si quienes llevaron a cabo las explosiones, actuaban dentro del perímetro urbano, en horas diurnas, colaborando con una entidad oficial, el ICCE, para la construcción de una escuela, sin protesta del ente oficial, y estaban vestidos con uniformes del ejército nacional, como fue de público conocimiento, no hay razón para dudar de que evidentemente ellos eran miembros de las fuerzas militares. No existe indicio ninguno, por leve que se quiera, en el sentido de que ellos fuesen impostores. Nadie los ha señalado como tales. Por lo demás, la Nación demandada no ha negado tal hecho, sino que lo ha explicado diciendo que esa colaboración de los efectivos castrenses no correspondía a "funciones propias del servicio" (fl. 49, cdno. 1).

Para la Sala, está bien probado, con los testimonios parcialmente transcritos, el hecho de que *quienes ejecutaron esa tarea de las explosiones eran miembros del ejército nacional.*

3º La explicación en el sentido de que los soldados actuaban fuera de "las funciones propias del servicio" carece de respaldo probatorio. La rígida organización castrense determina que los contingentes militares actúan dentro de un esquema jerarquizado que permite a los superiores mantener siempre el control de la actividad de sus efectivos. Así las cosas, el argumento de que los soldados actuaban por fuera de las funciones que les son propias, en vez de configurar una causal de exoneración de responsabilidad, agrega un elemento más a la falla del servicio, para resaltarla.

4º Por otra parte, el manejo y uso de explosivos es una actividad especialmente peligrosa, que exige, aún en las personas más descuida-

das y negligentes, el mayor grado de diligencia y cuidado, la máxima prudencia, la más alta dosis de preocupación. Si esto se predica de los particulares, cuyas responsabilidades frente a la comunidad tienen un marco reducido, con mayor razón aún debe decirse de instituciones como las fuerzas militares, instituidas para proteger a todos los residentes en Colombia en sus vidas, honras y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes que incumben tanto al Estado mismo, del cual forman parte, como a los particulares (C. N., art. 16).

D) Los otros aspectos relacionados con la responsabilidad extracontractual del Estado por falla en el servicio, quedaron bien analizados en la sentencia apelada (fls. 142 ss. cdno. 1), por lo que en esos puntos se prohija lo deducido por el tribunal, cuando expresó que: "En relación con el hecho que se señala como falla del servicio, aparece en el proceso prueba testifical que señala cómo el día 25 de agosto de 1982, unidades del ejército nacional pertenecientes al parecer al Batallón Caldas adelantaban unos trabajos para la construcción de una escuela pública, frente a los conjuntos residenciales del Barrio Bucarica y que en tal actividad utilizaron explosivos para remover algunas rocas o piedras. Que una de estas explosiones superó las barreras de protección causando algunos destrozos materiales en los apartamentos aledaños y al niño Fabio Andrés Flórez Celis una herida en el cráneo, que determinaron su traslado inmediato a la clínica. En efecto, dan cuenta de este accidente, entre otros Jorge Evelio Calderón Rojas (fl. 69), Rosa Julia Ortega de Pereira, Esperanza Díaz de Ramírez, Pedro Elías Rodríguez Serrano y Carlos Humberto Díaz Osma (fls. 142 y 143, cdno. 1).

"Todo lo anterior permitiría deducir que en el ejercicio de una actividad peligrosa, como necesariamente lo es la de taladrar piedra con dinamita en inmediaciones de una zona residencial, no se tomaron las debidas precauciones tendientes a evitar cualquier desastre con las explosiones, observándose de bulto la negligencia e irresponsabilidad con la que se actuó, al no prever los efectos nocivos de tal labor, configurándose así la falla del servicio como primer elemento de la responsabilidad del Estado" (fl. 145, cdno. 1).

Además, no se observa que el daño se hubiera producido dentro de las circunstancias características de la fuerza mayor ni del caso fortuito. Habiéndose establecido, mediante un nuevo examen de la prueba, que están demostrados los elementos axiológicos necesarios para declarar la responsabilidad administrativa de la Nación demandada por las lesiones causadas al menor Fabio Andrés Flórez Celis con un perdusco despedido por las explosiones a que se ha hecho referencia, así se decidirá declarando, además, no probada la excepción de falta de legitimación en la causa. Se entrará, al estudio de la naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.

E) *Los perjuicios y su resarcimiento.*

1. *Los del menor Fabio Andrés Celis:* La prueba fotográfica aportada (ver anexos del folio 52, cdno. 1), el informe médico rendido a petición del tribunal, por el doctor Enrique Barco Guerero, médico director de la clínica Bucaramanga (fl. 64, cdno. 1), los testigos citados y las fórmulas que obran dentro del anexo (fl. 52, cdno. 1) que

jando en la obra del frente, o sea donde ocurrieron las explosiones y estaban sucios, porque como estaban trabajando allá. Ellos o sea los soldados estaban comentando de que cómo pudo pasar eso si ellos habían colocado unas llantas, pero colocaron suficientes llantas, no tuvieron suficiente precaución. Como eran como las cinco de la tarde, estaba más o menos claro entonces yo tomé las fotos, las del apartamento, porque las del niño tocó tomarlas en la clínica Bucaramanga" (fl. 120, cdno. 1).

2º La apreciación probatoria es una de las tareas más complejas que debe abordar el juez. Probar suele ser difícil en la mayoría de los casos, como quiera que quien se ve abocado a un litigio judicial tiene la carga de reconstruir formalmente una realidad histórica para cuya reproducción no estaba preparado antes de que sucedieran los hechos, sino que tal necesidad se concreta después de su acontecimiento. El fallador debe ser consciente de esa realidad y debe, por lo tanto, procurar comprender el contexto social dentro del cual administra justicia, buscando establecer la verdad real, para no sacrificar la eficiencia de ese servicio fundamental a la comunidad. Para ello, el legislador lo dotó de amplias facultades oficiosas en materia de prueba. Principios científicos universalmente aceptados enseñan, además, que la crítica al testimonio debe hacerse tomando en consideración, entre otras cosas, las circunstancias reales en que estaba colocado el testigo cuando percibió los hechos sobre los cuales rinde su versión.

Por lo tanto, si quienes llevaron a cabo las explosiones, actuaban dentro del perímetro urbano, en horas diurnas, colaborando con una entidad oficial, el ICCE, para la construcción de una escuela, sin protesta del ente oficial, y estaban vestidos con uniformes del ejército nacional, como fue de público conocimiento, no hay razón para dudar de que evidentemente ellos eran miembros de las fuerzas militares. No existe indicio ninguno, por leve que se quiera, en el sentido de que ellos fuesen impostores. Nadie los ha señalado como tales. Por lo demás, la Nación demandada no ha negado tal hecho, sino que lo ha explicado diciendo que esa colaboración de los efectivos castrenses no correspondía a "funciones propias del servicio" (fl. 49, cdno. 1).

Para la Sala, está bien probado, con los testimonios parcialmente transcritos, el hecho de que *quienes ejecutaron esa tarea de las explosiones eran miembros del ejército nacional.*

3º La explicación en el sentido de que los soldados actuaban fuera de "las funciones propias del servicio" carece de respaldo probatorio. La rígida organización castrense determina que los contingentes militares actúan dentro de un esquema jerarquizado que permite a los superiores mantener siempre el control de la actividad de sus efectivos. Así las cosas, el argumento de que los soldados actuaban por fuera de las funciones que les son propias, en vez de configurar una causal de exoneración de responsabilidad, agrega un elemento más a la falla del servicio, para resaltarla.

4º Por otra parte, el manejo y uso de explosivos es una actividad especialmente peligrosa, que exige, aún en las personas más descuida-

das y negligentes, el mayor grado de diligencia y cuidado, la máxima prudencia, la más alta dosis de preocupación. Si esto se predica de los particulares, cuyas responsabilidades frente a la comunidad tienen un marco reducido, con mayor razón aún debe decirse de instituciones como las fuerzas militares, instituidas para proteger a todos los residentes en Colombia en sus vidas, honras y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes que incumben tanto al Estado mismo, del cual forman parte, como a los particulares (C. N., art. 16).

D) Los otros aspectos relacionados con la responsabilidad extracontractual del Estado por falla en el servicio, quedaron bien analizados en la sentencia apelada (fls. 142 ss. cdno. 1), por lo que en esos puntos se prohija lo deducido por el tribunal, cuando expresó que: "En relación con el hecho que se señala como falla del servicio, aparece en el proceso prueba testifical que señala cómo el día 25 de agosto de 1982, unidades del ejército nacional pertenecientes al parecer al Batallón Caldas adelantaban unos trabajos para la construcción de una escuela pública, frente a los conjuntos residenciales del Barrio Bucarica y que en tal actividad utilizaron explosivos para remover algunas rocas o piedras. Que una de estas explosiones superó las barreras de protección causando algunos destrozos materiales en los apartamentos aledaños y al niño Fabio Andrés Flórez Celis una herida en el cráneo, que determinaron su traslado inmediato a la clínica. En efecto, dan cuenta de este accidente, entre otros Jorge Evelio Calderón Rojas (fl. 69), Rosa Julia Ortega de Pereira, Esperanza Díaz de Ramírez, Pedro Elías Rodríguez Serrano y Carlos Humberto Díaz Osma (fls. 142 y 143, cdno. 1).

"Todo lo anterior permitiría deducir que en el ejercicio de una actividad peligrosa, como necesariamente lo es la de taladrar piedra con dinamita en inmediaciones de una zona residencial, no se tomaron las debidas precauciones tendientes a evitar cualquier desastre con las explosiones, observándose de bulto la negligencia e irresponsabilidad con la que se actuó, al no prever los efectos nocivos de tal labor, configurándose así la falla del servicio como primer elemento de la responsabilidad del Estado" (fl. 145, cdno. 1).

Además, no se observa que el daño se hubiera producido dentro de las circunstancias características de la fuerza mayor ni del caso fortuito. Habiéndose establecido, mediante un nuevo examen de la prueba, que están demostrados los elementos axiológicos necesarios para declarar la responsabilidad administrativa de la Nación demandada por las lesiones causadas al menor Fabio Andrés Flórez Celis con un perdusco despedido por las explosiones a que se ha hecho referencia, así se decidirá declarando, además, no probada la excepción de falta de legitimación en la causa. Se entrará, al estudio de la naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.

E) *Los perjuicios y su resarcimiento.*

1. *Los del menor Fabio Andrés Celis:* La prueba fotográfica aportada (ver anexos del folio 52, cdno. 1), el informe médico rendido a petición del tribunal, por el doctor Enrique Barco Guerero, médico director de la clínica Bucaramanga (fl. 64, cdno. 1), los testigos citados y las fórmulas que obran dentro del anexo (fl. 52, cdno. 1) que

oficiosamente se ordenó tener como pruebas mediante providencia de 20 de marzo de 1985 (fl. 55 vto. cdno. 1), demuestran la existencia del daño sufrido por el menor Fabio Andrés Flórez Celis, en su salud, y en su integridad personal, lo cual evidentemente le causó dolores y sufrimientos físicos y psíquicos, que comportan una indemnización por el daño moral que la Sala tasará en el valor de trescientos gramos de oro puro, al precio que tengan en la fecha de ejecutoria de este fallo, según lo certifique el Banco de la República. No aparece en la *causa petendi* hecho ninguno que sirva de fundamento fáctico a una indemnización por perjuicios materiales hipotéticamente causados al menor Fabio Andrés Flórez Celis. No se afirmó que él hubiera sido afectado en su patrimonio económico y por este motivo no se puede acceder a ordenar reconocimiento ninguno por este concepto.

2. *Los del progenitor Jorge Edinson Flórez Lemons:* El padre del lesionado, según las mismas pruebas a que se hizo alusión en el numeral anterior, es decir, según los testimonios de Esperanza Díaz Ramírez (fls. 99 y 100 cdno. 1) y de Carlos Humberto Díaz Osma (fls. 120 a 122 cdno. 1), fue quien pagó los gastos necesarios para el restablecimiento de la salud del menor Fabio Andrés Flórez Celis, luego ese daño patrimonial está probado y debe resarcírsele.

Pero como se ignora la cuantía de los mismos, aunque se aportaron algunos recibos pero esos no se pueden tener en cuenta como plena prueba de su contenido, por falta de autenticidad, se ordenará que la concresión de la condena se haga por el trámite previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Los testimonios de Jorge Evelio Calderón Rojas (fls. 70 y 71 cdno. 1), Esperanza Díaz Ramírez (fls. 99 y 100 cdno. 1) y Jaime Villamizar Ariza (fl. 119, cdno. 1) permiten concluir que el señor Jorge Edinson Flórez Lemons se ha dedicado al comercio de joyas, profesión u oficio lucrativo con la cual ha sostenido a su familia; y que tal actividad dejó de ejercerla durante un mes para atender a la salud de su hijo Fabio Andrés. Ese lucro cesante le será también resarcido. No obstante, como se ignora la cuantía de los perjuicios, y se observa que el demandante no presentó declaraciones de renta por los ejercicios fiscales de 1981 y 1982 (fl. 63 cdno. 1), lo que permite suponer que sus ingresos no alcanzaban al mínimo que lo obligaba a presentarlas, la condena por este concepto se hará por el valor de un mes del salario mínimo legal que regía en 4 de septiembre de 1982 en Floridablanca (Santander).

En consecuencia, la condenación por los conceptos de daño emergente se hará en abstracto, para que se concrete por el procedimiento previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, sobre las siguientes bases:

Se establecerá pericialmente el costo histórico del tratamiento del menor Fabio Andrés Flórez Celis, previo reconocimiento de los recibos y demás documentos que obran en el expediente, y sin perjuicio de que puedan allegarse otras pruebas para establecer su cuantía real.

Las cantidades así establecidas se actualizarán en su valor, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, por el lapso comprendido desde el día del daño hasta la fecha de su liquidación.

El dolor moral experimentado por las heridas causadas a su hijo es evidente, por lo que la Sala tasará su compensación en el valor de doscientos gramos de oro puro al precio que tengan a la ejecutoria de este fallo, según lo certifique el Banco de la República.

3. *Los de la madre del lesionado, señora María Teresa Celis Buitrago de Flórez y los de los hermanos menores Jorge Edinson y Shirley Yarín Flórez Celis.*

Para la Sala es también evidente a que el mismo suceso a que se ha hecho alusión, le trajo dolor moral a la madre y a los hermanos del menor herido, estos últimos de 7 y 9 años en esa época, cuya compensación se tasará así: para la señora María Teresa Celis Buitrago de Flórez el valor de 200 gramos de oro puro y para sus dos hermanos, los menores Jorge Edinson y Shirley Yarín Flórez Celis el valor de cien gramos de oro puro, para cada uno. En todos los casos se liquidarán al precio que tengan a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, según lo certifique el Banco de la República.

F) Los demandantes aspiran a que se les reconozca el derecho de percibir "intereses no superiores al 6% anual, aumentados con el incremento promedio que en el mismo período haya tenido el índice de precios al consumidor, sobre las sumas que resulten a su favor, desde la fecha en que el fallo deba cumplirse y hasta cuando el pago se realice" (fl. 11, cdno. 1).

No es factible acceder a esta súplica de la demanda, porque los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo regulan imperativamente cómo se cumplen las condenas dinerarias que se imponen en lo contencioso administrativo y así se ordenará en esta oportunidad.

G) Por haber prosperado la demanda casi en su totalidad, no se hará condenación en costas.

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. Refórmase el numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia proferida el 1º de diciembre de 1986 por el Tribunal Administrativo de Santander, en el sentido de declarar no probadas ninguna de las excepciones propuestas por la parte demandada.

Segundo. Revócanse los numerales 2º y 3º del mismo fallo y en su lugar se dispone:

A) Declárase a la Nación colombiana (Ministerio de la Defensa Nacional) administrativamente responsable, por falla en el servicio,

de los perjuicios causados a los demandantes como consecuencia de las explosiones realizadas el 25 de agosto de 1982 en la Urbanización Bucarica del Municipio de Floridablanca, Departamento de Santander.

B) Como consecuencia de la anterior declaración condénase a la Nación colombiana (Ministerio de la Defensa Nacional) a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero, por los conceptos que en cada caso se indican:

1. Al señor Jorge Edinson Flórez Lemons, identificado con cédula de ciudadanía número 14.997.876 de Cali, o a su apoderado, por concepto de daño emergente el valor que se liquide por el procedimiento previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, siguiendo las bases dadas en la parte considerativa de esta sentencia. Y por concepto de lucro cesante el valor de un mes del salario mínimo vigente en septiembre de 1982. En Floridablanca, Santander.

2. Al señor Jorge Edinson Flórez Lemons, identificado como ya se dijo, a la señora María Teresa Celis Buitrago, identificada con cédula de ciudadanía número 37.837.379 de Bucaramanga, a cada uno el valor de doscientos (200) gramos de oro puro; al menor Fabio Andrés Flórez Celis, o a su apoderado el valor de trescientos (300) gramos de oro puro y a los menores Jorge Edinson y Shirley Yarín Flórez Celis, a cada uno, o a su apoderado, el valor de cien (100) gramos de oro puro; en todos los casos al precio que tengan a la fecha de ejecutoria de esta sentencia según certificación del Banco de la República. Los menores están legalmente representados por ssu progenitores Jorge Edinson Flórez Lemons y María Teresa Celis Buitrago de Flórez, identificados como se dijo antes y judicialmente están representados por su apoderado.

C) Sobre el valor de los perjuicios materiales reconocidos se causarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del auto que los liquide y moratorios después de este término.

D) Sobre el valor de los perjuicios morales reconocidos se causarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo moratorios después de este término.

Tercero. Deniéganse las restantes súplicas de la demanda.

Cuarto. Sin costas.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Antonio José de Irisarri Restrepo, presidente; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

Felix Arturo Mora Villate, Secretario.

LIQUIDACION DE CONDENA.—

Al desatar el incidente del artículo mencionado, no puede el Juez MODIFICAR LOS PARAMETROS INDICADOS EN LA SENTENCIA PARA CONCRETAR LA LIQUIDACION.

ACTUALIZACION DE LA CONDENA: Cuando la sentencia, no autorizó su actualización, el demandante puede hacer uso de pedir la ADICION, ACLARACION O CORRECCION DEL PROVEIDO (art. 39 ibídem*).*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., once de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Procesos acumulados números 1650, 1655, 1799, 2234. Actor: Ligia Mary Torres de Navarrete y otros.

El apoderado de los grupos conformados por la señora Ligia Mary Torres de Navarrete e hijo, y Martha Lucía Orozco de Guevara e hijos, oportunamente, interpuso el recurso de reposición contra el auto calendado el 26 de noviembre de 1987, proferido por la Sala de Decisión, para que sea reformado "...en el sentido de realizar el cálculo o cómputo del período de indemnización debida o consolidada, en favor de cada uno de los demandantes, actualizando en forma previa el ingreso económico de cada una de las víctimas, con base en el Indice de Precios al Consumidor, Certificado por el DANE, que obra en autos".

Pide el recurrente que esa adición o reforma "...debe extenderse a los cómputos o cálculos que se hagan, en favor de cada demandante, por el período de la llamada indemnización futura o anticipada, a raíz o como consecuencia de la actualización que antes se indica y solicita" (fl. 153, cuaderno número 1 *bis,* Expediente 1655).

Para una mejor comprensión del asunto se transcriben a continuación las razones del recurso:

> "1ª Haciendo uso del principio de libre apreciacón de la prueba, la honorable Sala de Decisión, en forma tan simple como desdeñosa, restó todo mérito probatorio al dictamen de los señores peritos: Doctores Miguel González Rodríguez y Félix Emilio Duque, que implicaría un esfuerzo casi inútil el volver por los fueros de ese trabajo, destacando su justeza y bondades.

"En consecuencia, empeñémonos, acerca del mismo, en realizar unas necesarias observaciones:

"a) Para qué o con qué objeto fueron designados los peritos?

"Según la providencia que los designó, para que mediante su dictamen se fijara el monto de los perjuicios materiales sufridos por los demandantes en los procesos números 1655 y 1650;

"b) Era necesaria esa prueba para la decisión que habría de tomar la honorable Sala.

"Obviamente que sí, por ello los peritos fueron nombrados *de oficio*, con permiso de la honorable Sala, por el señor Consejero ponente. Este, como la honorable Sala de Decisión fueron quienes determinaron con su conducta la verdadera importancia de esa prueba.

"Y era de tanta trascendencia tal prueba, y tan serio y complejo resultó el dictamen, que se le fijó a cada perito, por concepto de honorarios, la suma de ciento veinte mil pesos moneda corriente ($ 120.000.00) que los interesados pagaron sin decir esta boca es mía;

"c) A qué requisitos específicos o concretos, fuera de los jurídicos y legales generales, tenían que ceñirse los peritos al efectuar su dictamen?

"La sentencia de 30 de septiembre de 1982, en cuatro (4) numerales, estableció las bases o pautas a que debían ceñirse los peritos al realizar su experticio.

"Al estudiar el dictamen respectivo, hay que concluir, sin ninguna duda, que los señores peritos se ciñeron estrechamente, estrictamente, a esas bases o pautas. Ninguna de ellas se dejó de lado. Muy por el contrario!;

"d) Por qué, entonces, el dictamen fue desechado por la honorable Sala de Decisión? Por qué ésta le restó todo mérito probatorio?

"Sencillamente, porque los señores peritos no se ciñeron, además de las pautas o bases indicadas en la sentencia, algunos criterios que ha expresado la jurisprudencia administrativa. Así se desprende de la sucinta crítica que la providencia bajo recurso contiene acerca del dictamen pericial.

"Siendo ello así, vale la pena interrogarse?

"Peritos que son designados o nombrados en calidad de técnicos en matemáticas financieras, o como actuarios, deben también ser expertos conocedores de la jurisprudencia administrativa? O dicho de otro modo: A los peritos que deben fijar el monto de unos perjuicios materiales, el valor económico de ellos, se les tiene, además, como expertos en jurisprudencia?

"Nosotros creemos, con la modestia que nos caracteriza, que los expertos en matemáticas financieras, o los actuarios, no tienen por qué ser conocedores expertos de la jurisprudencia administrativa.

"Y no es con base en este último conocimiento que se les nombra como peritos para establecer el monto o valor de unos perjuicios materiales.

"Quienes tienen obligación de conocer, al dedillo, la jurisprudencia, son los Jueces, Magistrados, Consejeros, y, en este caso concreto, la honorable Sala de Decisión. Y conocer, además, las normas legales positivas, etc., etc.

"Con la seguridad de esos conocimientos se les nombra como Jueces, Magistrados, Consejeros, etc. Así se nombra a los peritos con el convencimiento de que tienen 'especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos' (art. 233 del C. de P. C.).

"En el caso de los peritos que fueron nombrados en este proceso, oficiosamente, se repite, el señor Consejero ponente partió de la base de que ellos eran técnicos en matemáticas financieras, expertos actuarios; no sabios en jurisprudencia administrativa.

"En consecuencia de todo lo anterior o sea si los peritos al realizar su dictamen se ciñeron estrictamente a las bases o pautas trazadas por la sentencia y sus operaciones matemáticas no adolecen de error alguno, sus cálculos o cómputos no tenían por qué ser desechados por la honorable Sala de Decisión.

"No existía razón válida, en derecho, para ello.

"Tampoco podía privarse al dictamen rendido por los peritos, de todo mérito probatorio, bajo la excusa o pretexto de que para hacer su trabajo no habían consultado la jurisprudencia administrativa, pues no existe norma o disposición alguna vigente que los obligara a ello, ni las pautas o bases dadas en la sentencia lo decían u ordenaban, por su parte.

"2ª Exigir a peritos que deben ser expertos en matemáticas financieras, que sean también expertos en jurisprudencia administrativa, no sólo es irrazonado, sino bien curioso.

"Pero lo es más que quien tiene obligación de conocer la jurisprudencia, en razón de su rango y su trabajo, como es la honorable Sala de Decisión, no dé la debida aplicación a esa jurisprudencia, cuando lo exige por parte de quienes pueden, razonablemente, ignorarla.

"En efecto, la providencia recurrida prueba de modo ostensible que la honorable Sala de Decisión dejó de aplicar conocida y muy reiterada jurisprudencia, al efectuar los cómputos o cálculos matemáticos de las indemnizaciones o reparaciones en favor de cada uno de los demandantes, que la honorable Sala hizo en reemplazo de los peritos, so pretexto de que la sentencia no lo había ordenado.

"Esa conocida y reiterada jurisprudencia ordena hacer o efectuar la actualización de los ingresos de la víctima, en orden a que la indemnización o reparación respectivas sean justas, equitativas y consulten la realidad económica consiguiente.

"Y es una jurisprudencia vigente muy anterior, muchísimo anterior a la providencia bajo recurso, mediante la cual se ha pretendido realizar la liquidación de la condena impuesta a la Nación (Ministerio de Defensa) en sentencia de 30 de septiembre de 1982.

"Más claro aún: Esa jurisprudencia no empezaría a regir con el fallo de 30 de septiembre de 1982. Ya regía desde mucho antes, y debe ser conocida de sobra por la honorable Sala de Decisión pues ésta, en muchísimos fallos la ha reiterado hasta el cansancio.

"Pero no sólo la Sección Tercera del honorable Consejo de Estado ha reiterado, mediante aplicación sucesiva y continua la dicha jurisprudencia.

"Lo ha hecho también la honorable Sala Plena del Consejo de Estado en varios fallos, que la honorable Sala de Decisión está obligada a conocer a fondo y, por lo mismo, a aplicar.

"*La honorable Sala Plena del Consejo de Estado,* en sentencia de fecha *'Bogotá, D. E., febrero trece de mil novecientos setenta y ocho',* Expediente número 1659, Actor: Bibiana Rodríguez y otro, Ponente doctor Jorge Valencia Arango, dijo, en parte pertinente:

"'...3. Establecido el alcance preciso del artículo 95 del Código Penal y su aplicabilidad a la materia de *«indemnización de perjuicios en derecho administrativo vale la pena examinar, si basta tomar la cantidad nominal de pesos contemplados en la norma, 40 años* después de su expedición, PARA AFIRMAR QUE SE MANTIENE LA EQUIDAD EN LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS; EN OTROS TERMINOS, SI TAL CONCLUSION PERMITE DECIR QUE EFECTIVAMENTE SE IMPARTE UN *RECONOCIMIENTO PLENO DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS.*

"'«LA DOCTRINA SE HA OCUPADO DE QUE EL VALOR DE LA INDEMNIZACION DEL PERJUICIO *DEBE TOMARSE SOBRE EL QUE APAREZCA EN LA FECHA DEL FALLO,* es decir, tomando en cuenta que aunque el perjuicio causado no se modifique intrínsecamente, SU VALOR PUEDE VARIAR ENTRE LA FECHA DE SU CAUSACION Y LA FECHA DE LA SENTENCIA, primordialmente, POR DESVALORIZACION DE LA MONEDA O PERDIDA DE SU PODER ADQUISITIVO (Mazzeaud Tunc. Responsabilidad Civil, Ejea Buenos Aires, 1961, Tomo III, págs. 613 y ss., Tomo IV, página 246. Arturo Alessandri Rodríguez. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, pág. 219)».

"'Y LA SALA ENCUENTRA EQUITATIVO Y JURIDICO que en materia de perjuicios en el campo extracontractual, SE ATIENDA A LA DESVALORIZACION DE LA MONEDA NACIO-

NAL *PARA MANTENER EL PODER REPARADOR* DE LA SUMA RECONOCIDA COMO INDEMNIZACION, CONFORME LO PREDICA LA MODERNA DOCTRINA SOBRE LA MATERIA *Y LO EXIGE LA EQUIDAD'* (Mayúscula y subrayados míos).

"Esta jurisprudencia, salvo error de mi parte, que debe ser llenado con el cabal conocimiento de la honorable Sala de Decisión, está reiterada en los *fallos* de fecha 9, 13, 14 y 15 de febrero de 1978 *dictados por la Sala Plena del Consejo de Estado,* para resolver los procesos contra la *Nación* instaurados por: Agripina González viuda de Córdoba (Expedientes números 926 y 1632), Bibiana Rodríguez (Expediente 1659), Octavio Puerto Buitrago (Expediente número 1622) y Rubiela del S. Sepúlveda viuda de Gómez (Expediente número 1839).

"Más no serán los anteriores, únicamente, los claros y definitivos pronunciamientos de la honorable Sala Plena del Consejo de Estado para reiterar tal jurisprudencia. Deben ser muchos más.

"La honorable Sala de Decisión no puede ignorarlo.

"Esa jurisprudencia, como ella misma lo proclama, que desea establecer sobre bases firmes la equidad y la justicia en materia de indemnización o reparaciones, no puede ser dejada de lado —como si no existiese— con excusas fáciles pero reñidas con el derecho, la justicia y la equidad.

"Lo que importa, en definitiva, en cuanto a la administración de justicia, y para que esta lo sea en verdad, y no sólo un remedo o pantomima, es el reconocimiento de los derechos cuanto ellos son claros, cuando aparecen probados en el proceso.

"Mis mandantes, en este proceso, *han probado su derecho a recibir reparación plena, completa,* por concepto de perjuicios materiales. Ese derecho no se les puede birlar sin reato de conciencia.

"Tampoco es excusa válida y atendible para hacerlo, que la Sala de Decisión, invocando su propia omisión, su propio error —si es que así puede ser calificado ese hecho—, diga en la providencia bajo recurso que no se puede proceder a la actualización del ingreso económico de cada víctima, porque no lo dispuso así la sentencia respectiva.

"El propio error u omisión de la honorable Sala de Decisión, cometido en su criterio en la sentencia de 30 de septiembre de 1982, en cuanto no se dispuso la actualización del ingreso de cada víctima, no puede conducir a esa Sala a cometer ese error y, mucho más: *Una injusticia.*

"Esto es, realmente, inconcebible!

"Empero, dada la jurisprudencia de la honorable Sala Plena que antes se transcribió, y que está plenamente vigente, era necesario que la sentencia de 30 de septiembre de 1982 ordenara

la actualización del ingreso, para que la honorable Sala de Decisión, en su trabajo o labor de actuario, procediera a ello?

"No era necesario, se responde.

"Y no lo era, porque la jurisprudencia así lo tiene ya determinado desde hace muchos años y ella, indudablemente, debe tener un efecto, una aplicación práctica. No se sentó por el mero deseo de teorizar, sino para que los derechos gozaran de la aplicación de una justicia cabal, de una justicia verdadera.

"Y tan cierto, señores Consejeros de la honorable Sala, es que no se necesitaba que la sentencia de 30 de septiembre de 1982 ordenara concretamente la actualización del ingreso de cada víctima, que así lo ha reconocido *la misma Sección Tercera* en varias de sus valiosas e importantes actuaciones.

"Veámos dos de ellas:

"1ª En el proceso iniciado por María de los Angeles Ríos Tangua y otros contra la Nación (Policía Nacional), Expediente número 3445, Sección Tercera, Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, se dictó la *sentencia* de fecha *'Bogotá, D. E., dieciocho de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984)'.*

"Mediante esa sentencia se impuso a la demandada la obligación de reparar perjuicios morales y materiales.

"Y respecto de los perjuicios materiales, en favor de la cónyuge y los hijos de la víctima, se dijo u ordenó:

"Además, esa liquidación tendrá que hacerse con sujeción al incidente indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"No se ordenó en la dicha sentencia, ni se dispuso en ella, que el ingreso económico de la víctima debía ser actualizado al hacerse los cálculos o cómputos del valor de la indemnización debida o consolidada en favor de cada demandante.

"Sin embargo, al proceder la honorable Sala de Decisión (sin la presencia de peritos de *oficio,* ni nombrados a solicitud de parte) a efectuar la liquidación o cómputo de la indemnización o indemnizaciones, a hacer la liquidación de la sentencia de 18 de mayo de 1984, *procedió sin excusas poco fundadas y atendibles,* a realizar la *actualización del ingreso de la víctima.*

"Así puede constatarse en el *auto de fecha 'Bogotá, D. E., octubre ocho (8) de mil novecientos ochenta y cinco (1985)'.*

"En esa providencia, en la parte pertinente (fls. 5 y 6, se lee:

"1. *Período vencido o consolidado.*

".....

"La fórmula aplicable al caso será:

$$\text{"S} = \text{R} \frac{(1 + \text{i})^{\text{n}} - 1}{\text{i}}$$

".....

"Pero como de acuerdo al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo las condenas a cargo de la Nación SOLO PODRAN ACTUALIZARSE 'tomando como base el índice de precios al consumidor o al pormayor' la variable R deberá ajustarse a los índices de precios al consumidor suministrados por el DANE.

"De acuerdo a las fórmulas de cálculo estadístico la variación se establece así:

$$\text{"Indice final} = \frac{320.42}{198.01} = 1.6182 \text{ (fl. 24, cuaderno 1A).}$$

"Se tiene *entonces que para calcular el VALOR DE LA RENTA ACTUALIZADA* se multiplica esta por la variación del índice, según el caso:

"1. Indemnización debida para María de los Angeles Ríos Tangua:

$$\text{"S} = (1912.50 \times 1.6182) \frac{(1 + 0.005)^{33} - 1}{0.005} = 110.737.37$$

"S = $ 110.737.37....."

"(La renta o el ingreso económico de la víctima *fue actualizado por la honorable Sala de Decisión* sin necesidad de que así lo ordenara la sentencia. La Sala, conocedora de la jurisprudencia, y sabiendo del empeño que ésta ha puesto en la actualización de la renta o el ingreso, en orden a que la reparación sea real, justa y equitativa, apeló a la aplicación de esa añeja y reiterada jurisprudencia. Y en esa conducta acertó, como es obvio).

"2ª En proceso de José Porfirio Valencia y otros contra la Nación (Ministerio de Defensa Nacional), Expediente número 3496, la Sección Tercera con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, procedió a 'la liquidación de la sentencia de febrero 23 de 1984, complementada en la providencia de abril 2 del mismo año, *por medio del auto de fecha 'Bogotá, D. E., septiembre cinco (5) de mil novecientos ochenta y seis (1986)'.*

"Como puede constatarse de la lectura de esta última providencia, la honorable Sala de Decisión procedió a *hacer la actualización de la renta o ingreso económico de la víctima* como base del cálculo o cómputo correspondiente.

"Y esa actualización no estaba ordenada o dispuesta expresamente por la 'sentencia de febrero 23 de 1984', complementada en la providencia de abril 2 del mismo año.

"Con base en qué, entonces, realizó la Sala dicha actualización de la renta?

"Con base en la jurisprudencia, como es lógico, porque la jurisprudencia vigente es para *darle aplicación,* ya que no constituye una teoría hueca o sin sentido práctico alguno.

"A este respecto, en el auto de 'Bogotá, D. E., septiembre cinco (5) de mil novecientos ochenta y seis (1986)', dijo la Sección Tercera:

"*Siguiendo los hitos jurisprudenciales ya decantados por esta misma Sala,* la liquidación quedará así:

"*Primer período:* Mayo de 1980 a febrero de 1984.

"Damnificada: Cipriana Martínez de Valencia.

"Fórmula aplicable: $S = R \dfrac{(1 + i)^n - 1}{i}$

". . . . . .

"Pero como de acuerdo con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo *las condenas a cargo de la Nación se actualizarán* tomando como base los índices de precios al consumidor o al por mayor, la R de la fórmula deberá ajustarse de conformidad con dichos índices; los que para el caso concreto (los del consumidor) obran a folio 16 del cuaderno número 1A.

"Aplicando las fórmulas de cálculo estadístico la variación (sic) se establece así:

$$\frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}} \text{ XR} = \text{Renta actualizada}$$

$$\frac{311.65}{150.40} \text{ X } 4750 = 9842.66 \text{ mensuales}$$

$$S = 9842.66 \frac{(1 + 0.004867)^{45} - 1}{0.004867} = 4938829.27 \ldots"$$

"La providencia inmediatamente transcrita en parte, es bien conocida por la honorable Sala, por cuanto unos apartes de su texto están transcritos al folio 14 de la providencia bajo recurso.

"Sólo que la cita por parte de la Sala es incorrecta, en cuanto a la fecha de la providencia, ya que fija como la misma 'septiembre 4 de 1986', cuando realmente es 'septiembre cinco (5)' de ese año. Además, la Sala cita como número del expediente 3946, cuando realmente es 3496.

"La transcripción, en lo demás es correcta.

"Si la Sala conoce —como es su deber— la predicha providencia, así como las otras providencias de la misma Sección Tercera que aquí se han citado y aún transcrito en lo pertinente, por qué o con base en qué razón valedera, dejó de aplicar la jurisprudencia en ellas contenidas acerca de la necesidad de la actualización de la renta de las víctimas, para que la reparación sea eso y no una aproximación o pantomima de la misma?

"Por qué si la jurisprudencia ha buscado criterios de equidad y justicia, en esta materia, la Sala acoje otros caminos, los caminos contrarios al negarse a efectuar la actualización de la renta?

"Sinceramente no se encuentra explicación o justificación a este proceder.

"Y menos aun cuando la Sala consigna su conocimiento cierto de una de las providencias atrás citadas o sea la de fecha *'septiembre cinco (5) de mil novecientos ochenta y seis (1986)'*, que transcribe parcialmente en la página o folio 14 de su auto bajo recurso.

"Por qué se tomó de esa providencia, como apoyo a la sujeta a recurso, sólo una parte del texto? una parte muy breve de la jurisprudencia en ella contenida?

"Por qué se desechó el resto mayoritario de su texto en el cual se puntualizaba, y de modo notorio, en la necesidad de hacer la actualización de la renta de la víctima, procediendo en efecto a ello?

"Cómo se justifica, con alguna seriedad, que la Sala de Decisión aplique a un mismo hecho o situación dos distintos criterios, dos criterios encontrados, dos criterios opuestos?

"O sea: Que propugna insistentemente en la necesidad de actualizar la renta de la víctima, en orden a que la reparación del perjuicio ocasionado sea completo, pleno, justo, equitativo, procediendo en armonía con ese criterio a elaborar la respectiva liquidación, así no lo haya ordenado la sentencia, como ha quedado demostrado, y, al mismo tiempo, como sucede en la providencia recurrida, niega la necesidad de esa actualización, salvo que esté ordenada en forma concreta por la sentencia.

"Pero es obvio: Si no está ello ordenado por la sentencia el error, la omisión es de la honorable Sala, y no puede fundamentarse en su propio error u omisión para negar un derecho claro, admitido por la reiterada jurisprudencia administrativa.

"Y, como está demostrado, no es forzoso que la sentencia ordene la actualización para proceder a hacerla. Y la demostración se ha hecho con providencias de la misma Sección Tercera.

"Los derechos de los administrados, como es lógico, deben tener por parte de la jurisdicción contencioso administrativa la misma protección. No puede ser de otro modo.

"Si ello es así, como lo es, o debe serlo al menos, los derechos de mis representados tienen que ser reconocidos en toda su real magnitud por la honorable Sala y la liquidación o cálculo de la respectiva indemnización debe reflejar, de modo cierto y concreto, los principios de equidad y justicia que sostiene sin descanso la jurisprudencia administrativa.

"La honorable Sala, por tanto, debe proceder en una nueva liquidación, actualizar debidamente el ingreso o renta de cada víctima, como lo ordena la jurisprudencia, para que la liquidación se ajuste a derecho y consulte la justicia, con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, como aparece en autos.

"3ª Además, señores Consejeros, la providencia recurrida está errada en el cómputo del 'tiempo' base de la liquidación de la 'indemnización futura' para Martha Lucía Orozco de Guevara (págs. 12 y 13 de tal providencia, principalmente).

"Se dice al folio 13 de la providencia:

"*Tiempo:*...Luego, la vida probable del occiso, que era el que tenía más edad y que parece razonable suponer que moriría primero, sería de 41.73, según la Tabla de Mortalidad aprobada por la Superbancaria, y que obra a folios 71 y siguientes del cuaderno 2, Expediente 1650. A este término de 41.73 años se le descuentan los 8.5 años que se liquidan como indemnización consolidada, lo que da *28,53 años*, igual a *342,36 meses*".

"Ese 'tiempo' es errado, señores Consejeros, porque si a 41.73 años se le descuenta 8.5 años, el resultado correcto es: *33.23 años*.

"33.23 años convertidos en meses, como es fácil comprobar, *son 398.76* meses.

"Este es el 'tiempo' que debe utilizarse en desarrollo y aplicación de la fórmula de matemáticas financieras respectiva, para que la liquidación no sea errada como lo que presenta la providencia sujeta a este recurso.

"4ª Es bien sabido que todo ajuste que se haga a condenas impuestas por sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo 'sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor', según el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

"Así lo tiene, además aclarando la jurisprudencia, como no puede escaparse al conocimiento de la Sala.

"De este modo, los ajustes hechos en la providencia recurrida y en varias liquidaciones, y que se califican como revaluación o 'revaluado' del salario o ingreso económico, son errados, pues no se atienen a ley ni a la jurisprudencia.

"En este aspecto también carece de sostén jurídico la providencia bajo recurso.

"5ª Si la jurisprudencia, como bien sabe la honorable Sala, ordena efectuar la actualización de la renta o ingreso de la víctima respectiva, en orden a que la liquidación del monto o valor de la indemnización no sólo sea justo y equitativo, sino que consulte el acierto indispensable en el modo de liquidar, y la providencia recurrida *no prohibió esa actualización* —como se puede comprobar fácilmente— la honorable Sala está obligada a realizar tal actualización.

"No existe explicación ni justificación jurídica, ni en relación con la justicia, que fundamente una conducta diferente o contraria, pues esto último equivaldría aceptar —en contra de la jurisprudencia vigente— que la respectiva indemnización o reparación del daño sufrido, debe estar afectada, disminuída y mermada por la galopante pérdida de valor de la moneda nacional, y que el beneficiario de la indemnización debe sufrir, sin remedio alguno, esa pérdida o merma, mientras la Nación (Ministerio de Defensa Nacional), inmerecidamente, obtiene una visible utilidad económica, al no pagar su obligación como la ley y la jurisprudencia lo disponen.

"En orden y con base en todo lo anterior, a la honorable Sala, con el respeto debido, le reitero la solicitud inicial contenida en este escrito en cuanto al recurso de reposición, insistiendo en que la actualización del ingreso que debe realizar la honorable Sala, como liquidadora única, en el ingreso o renta de cada víctima o en el valor dejado de percibir por cada demandante, debe seguir los caminos de jurisprudencia vigente, y que se ilustra y prueba con los *autos de la Sección Tercera* siguientes:

"a) Auto de fecha 'Bogotá, D. E., septiembre cinco (5) de mil novecientos ochenta y seis (1986)', Expediente número 3496 —indemnizaciones—, Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, Actor: José Porfirio Valencia.

"(Este auto o providencia, como se hizo notar atrás, ha sido transcrito, en forma parcial, por la providencia bajo recurso. Además, fue adoptado por unanimidad, vale decir, con el voto del señor Consejero ponente de la providencia que se recurre, doctor Julio César Uribe Acosta). Igual situación acontece con el auto precedente o sea el de fecha 'Bogotá, D. E., octubre ocho (8) de mil novecientos ochenta y cinco (1985)', pues contó con el voto de apoyo del ilustre Consejero doctor Julio César Uribe Acosta".

Para una mejor comprensión del asunto se precisa que los grupos integrados por Rosario Botero de Flórez y otros (Expediente número 1799), y Roque a Forero Sánchez y otros (Expediente 2334), no interpusieron recurso alguno.

Consideraciones de la Sala:

A) En la liquidación de la condena, la Sala siguió, las pautas fijadas en la sentencia de 30 de septiembre de 1982, que se transcribieron en su totalidad en la providencia recurrida. De su atenta lectura

se desprende que el sentenciador en parte alguna autorizó la actualización de la misma. Esto explica que en la providencia impugnada, no se haya recogido esa perspectiva jurídica y jurisprudencial.

Es bien sabido que al desatar el incidente del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, no puede el Juez, modifcar los parámetros indicados en la sentencia para concretar la liquidación, pues si ello fuera permitido, se llegaría ni más ni menos, que a la sustitución o adición del fallo. Desnaturalizando así toda la filosofía de la cosa juzgada.

El impugnante tuvo conocimiento, en el momento en que se notificó el fallo de que él no autorizaba la actualización de la condena. Ha podido entonces hacer uso de la facultad que el Código de Procedimiento Civil le daba para pedir adición, aclaración o corrección del referido proveído (art. 309). Si no lo hizo, precluyó esa oportunidad procesal para buscar la plena satisfacción de sus pretensiones, momento procesal que no puede revivir ahora, alegando razones que no tienen apoyo ni en la ley, ni en la jurisprudencia, ni en la doctrina;

B) Todas las críticas que el impugnante hace a la decisión de la Sala porque ésta no aceptó el experticio de los peritos doctores Miguel González Rodríguez y Félix Emilio Duque Osorio, carecen de seriedad. Sin necesidad de hacer esfuerzos de calistenia jurídica, todos los que se ocupan de los distintos aspectos de la ciencia probatoria, saben que los peritos no pueden, en casos como el presente, sustituir al sentenciador, ni pergeñar a su gusto nuevas pautas para liquidar la sentencia, dejando a la vera del camino las que el fallador, bien o mal, consignó en el fallo que dio lugar al incidente. Los peritos son auxiliares de la justicia, que, por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, deben suministrar al Juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento, respecto de hechos, cálculos, proyecciones financieras, perspectivas científicas, etc., que bien pueden escapar a la cabal comprensión del Juez, pero son también seres humanos, que no obstante su preparación, pueden equivocarse, siendo obvio que sus yerros dan lugar a que la prueba no sea apreciada. En el caso en comento los auxiliares de la justicia no ajustaron su trabajo a las bases fijadas en la sentencia, pues, la indemnización debida o consolidada, no la llevaron hasta la fecha de la sentencia (30 de septiembre de 1982), sino que la proyectaron en el tiempo físico hasta el 7 de septiembre de 1987, que estimaron como el momento procesal en que se desataría este incidente. Nunca la Sala ha entendido que el primer período indemnizatorio, se liquide así.

Tampoco se ajustaron los expertos a los lineamientos del fallo, pues, señalaron una tasa de interés del 27% anual, que equivale al 2.25% mensual, la cual aplicaron a las fórmulas de matemáticas financieras, cuando estas, se han manejado siempre con un interés del 24% anual, descompuesto así: 18% de devaluación monetaria, y 6% de interés anual.

Todo lo anterior explica el desfase en que estos incurrieron, como muy bien se precisó en la providencia objeto de recurso folio 119, cuaderno número 1 *bis*.

No debería extrañarse el apoderado de la parte actora de que el sentenciador haya hecho uso de la libertad que tiene por la ley para apreciar el experticio de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Todos los tratadistas de pruebas están acordes en que el Juez haga uso de esa libertad que se ha considerado indispensable "...para que el perito no usurpe la función jurisdiccional del Juez, y para que éste pueda controlar cabalmente si el dictamen cumple o no los requisitos para su existencia, validez y eficacia probatoria" (Teoría General de la Prueba Judicial. Quinta Edición. 1981. Tomo 2. Hernando Devis Echandía. Pág. 347).

Este mismo procesalista, en la obra en antes citada, al ocuparse de estos aspectos, destaca:

> "Resulta absurdo, que el Juez esté obligado a declarar que un dictamen es plena prueba, de un hecho cualquiera, así provenga de dos o más peritos en perfecto acuerdo, si le parece absurdo o siquiera dudoso, carente de razones técnicas o científicas, contrario a la lógica, o a las reglas generales de la experiencia, o a hechos notorios, reñido con lo expuesto sobre la materia por autores de reconocido prestigio, emanados de personas que no son verdaderos expertos, desprovisto de firmeza y claridad. *Esa sujeción servil haría del Juez un autómata, lo privaría de su función de fallador y convertiría a los peritos en Jueces de la causa, lo cual es inaceptable*" (Ob. cit. pág. 348) (Subraya la Sala).

Para bien o para mal, la ley indica que esa apreciación la hace el Juez y no la parte interesada en el éxito de las pretensiones;

C) El impugnante acepta en su escrito de sustentación del recurso (Cuaderno número 1 *bis* fl. 158), que en la sentencia no se dispuso actualizar la condena, lo que califica de "error", aspirando a que éste no conduzca a la Sala a cometer otro "error", y mucho menos *"una injusticia"*, pues esto le parece realmente *"inconcebible"*. Sin embargo, y como ya se anotó en antes, la tesis de que en el incidente de liquidación no se pueden modificar, cambiar o adicionar las pautas de las sentencias, tiene la fuerza de convicción suficiente, a la luz de la cosa juzgada, como para que respecto de esta circunstancia.

Particular del caso no se hagan las consideraciones adicionales.

En relación con la abundante cita jurisprudencial que hace el apoderado de los demandantes, la Sala recuerda que la sentencia que dio lugar al presente incidente, fue proferida el treinta (30) de septiembre de mil novecientos ochenta y dos (1982), esto es, cuando no existía dentro de la normatividad contencioso administrativa una norma del alcance del artículo 178 del Decreto 01 de 1984. Tampoco puede pretenderse que la legislación nueva produzca el efecto de tener vocación de pretérito para modificar las sentencias proferidas a la luz de la legislación anterior;

D) Es posible que la Sala haya cometido algún desfase al liquidar la sentencia de 23 de febrero de 1984 (auto de 5 de septiembre de 1986, Expediente número 3496), pero ello no da pie para que se pretenda que el mismo se proyecte con vocación de futuro para todas las liquidaciones posteriores. Los Jueces no fallan por vía de dispo-

sición general. Son también seres humanos y no máquinas de computación, las cuales, cuando no son bien alimentadas, también registran datos controvertibles. La cita que el impugnante considera parcial, lo es en la medida en que explica una situación concreta, esto es, la forma como se determina la base económica para la indemnización futura. Es comprensible que para precisar sólo esa circunstancia particular, no era necesario acudir a todo el contexto de la providencia;

E) Es cierto que en el auto recurrido se incurre en el error de señalar como expectativa de vida de Fabio Hidemaro Guevara, 41.73 años. Pero si de la vida probable de 37.03 años, *que aparece en la Tabla de Mortalidad visible a folios 71 y siguientes, cuaderno número 2, Expediente número 1650,* citado en la providencia impugnada (fl. 120, cuaderno número 1 *bis*), se descuentan los 8.5 años que se liquidan como indemnización consolidada, el resultado es de 28.53 (342.36 meses), como allí se lee. Lo anterior explica que el "error" que destaca el impugnante, es simplemente mecanográfico, sin ninguna relevancia en la determinación del factor "tiempo" que sirvió de base para la liquidación de la indemnización futura de Martha Lucía O. de Guevara;

F) A lo largo del escrito del recurrente, se encuentran expresiones de inconformidad que enjuician la decisión de la Sala en términos como los que a continuación se transcriben:

"...en forma tan simple como desdeñosa..." (fl. 153).

"...quienes tienen la obligación de conocer, al dedillo, la jurisprudencia, son los Jueces, Magistrados, Consejeros, y, en este caso concreto, la honorable Sala de Decisión. Y conocer, además, las normas legales positivas, etc., etc.

"Con la seguridad de esos conocimientos se les nombra como Jueces, Magistrados, Consejeros, etc...." (fl. 155).

"...exigir a peritos que deben ser expertos en matemáticas financieras, que sean también expertos en jurisprudencia administrativa, no sólo es irrazonado sino bien curioso.

"...Pero lo es más que quien tiene obligación de conocer la jurisprudencia, en razón de su rango y trabajo, como es la honorable Sala de Decisión, no de la debida aplicación a esa jurisprudencia, cuando lo exige por parte de quienes pueden, razonablemente, ignorarla" (fl. 156).

"...Esa jurisprudencia, como ella misma lo proclama, que desea establecer sobre bases firmes la equidad y la justicia en materia de indemnización o reparaciones, no puede ser dejada de lado —como si no existiese— *con excusas fáciles, pero reñidas con el derecho, la justicia y la equidad".*

"Lo que importa, en definitiva, en cuanto a la administración de justicia y para que ésta lo sea en verdad, *y no sólo un remedo y pantomima...*" (fl. 158).

"...por qué o con base en qué razón valedera, dejó de aplicar la jurisprudencia en ellas contenidas acerca de la necesidad de

actualización de la renta de la víctima, *para que la reparación sea eso y no aproximación o pantomima de la misma?* (fl. 161)" (Subraya la Sala).

Esta forma de alegar para defender los derechos es, por decir lo menos, desapacible. A pesar de la crisis por la que atraviesan los estudios de derecho, el abogado continúa siendo un personaje social, que debe desvelarse por su culto a las buenas maneras y a la elegancia en la expresión. Ello explica que la sociedad actual demanda un nuevo talante de profesionales con un profundo humanismo, vasta cultura, acrisolada formación científica clásica y moderna, actualizada, que le permita ser un verdadero mediador, lo cual implica que debe moverse siempre en el litigio con flexibilidad y ponderación, en amplio marco de discrecionalidad. Esta perspectiva profesional lleva a Lino Rodríguez - Arias Bustamante, en su obra *"Abogacía y Derecho"*, Editorial Reus S. A., a predicar:

"De allí que no soportemos al abogado inculto, como algo que va contra su propio modo de ser. Es preferible que tenga menos saber teórico, pero que, en cambio, refleje en su actuación los elegantes modales que están en concordancia con las sutilezas geniales a que nos tienen acostumbrados la pléyade de juristas que destacan en la historia de la humanidad. Pues un jurista de este talante sin duda será un hombre de concepción abiertas al permanente diálogo, que si es conducido en un clima de libertad y tolerancia siempre será sugestivo y creador y, por ende, enriquecerá las sabias disposiciones legislativas orientadas a lograr la convivencia pacífica de los seres humanos. *Luego si es menester que el abogado contribuya con sus alegatos a impulsar al progreso cultural y científico...*" (ob. cit., págs. 31 y ss.) (Subraya la Sala).

En otras palabras, la magistratura demanda que el cuerpo de profesionales al servicio del derecho, enjuicien y cuestionen sus providencias, sin zalamería, pero sí con tino y prudencia. Es necesario que se parta de la base, al hacer ese juicio crítico, que ella está animada siempre por el deseo de acertar y que se mueve dentro del campo de la bondad de las intenciones, y no por los senderos "curiosos", ni de las "excusas fáciles", reñidas con el derecho, la justicia y la equidad. Ella está a la caza siempre de la justicia para que ésta lo sea en verdad, como lo destaca el memorialista, y nunca para que sea testimonio de "remedo y pantomima".

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala de Decisión,

Resuelve:

No se repone el auto recurrido, por las razones expuestas en las motivaciones de este proveído.

Cópiese y notifíquese.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Héctor Julio Becerra*, Conjuez.

Arturo Mora Villate, Secretario.

RECURSO DE APELACION.— RECURSO DE SUPLICA CONTRA EL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA Y EL QUE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL.

1. *Término de interposición.*
2. *Extemporaneidad.*
3. *Interposición por la parte demandante.*
4. *Resolución del recurso.*
5. *FIJACION EN LISTA. Cuándo se fija? Finalidad.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diecinueve de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 2014. Actor: Cervecería Aguila S. A. Apelación interlocutorios.

Procede la Sala a resolver de plano, como lo ordena el artículo 213 del Código Contencioso Administrativo, el recurso de apelación que mediante auto de 7 de diciembre de 1987, concedió el Tribunal Administrativo del Atlántico contra su auto de 18 de junio del mismo año en este proceso.

La providencia impugnada se refiere a la admisión de la demanda instaurada por la apoderada de Cervecería Aguila S. A., para que por vía de la acción pública del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se decrete la nulidad del numeral 14 del artículo 1º de la Ordenanza número 1 de 1982, mediante la cual se estableció el uso obligatorio de la estampilla de $ 100.00 —Ciudadela Universitaria del Atlántico— en las "guías de tránsito de licores, cervezas y tabaco".

Además de admitir la demanda, el Tribunal decretó la suspensión provisional de la norma acusada "en lo que a *cervezas* se refiere".

Este auto, proferido el 18 de junio, apenas vino a ser notificado al señor Gobernador el 12 de agosto y el recurso de apelación fue interpuesto por el apoderado de la entidad oficial el 26 de agosto, último día de fijación en lista (hecha según el numeral 30 del artículo 207 del C. C. A.), en un escrito de adición al de contestación de la demanda en una primera y evidente confusión procesal. Dijo el señor apoderado: "...por medio del presente escrito adiciono dentro de la

oportunidad legal para ello mi escrito de contestación de la demanda, en el sentido de interponer recurso de apelación contra el numeral 6º del auto de fecha junio 18 de 1987, dictado por esa superioridad..."

Este es el recurso que luego de injustificadas demoras, el Tribunal otorgó en providencia de 7 de diciembre bajo la consideración de que "el auto que admite la demanda y decreta la suspensión provisional, sólo queda ejecutoriado una vez vencido el término de fijación en lista, si contra él no se ha interpuesto ningún recurso".

Para resolver, se considera:

La anotación hecha por el Tribunal en cuanto a que el auto que admite la demanda y decreta la suspensión provisional, queda ejecutoriado una vez vencido el término de fijación en lista, es cierto, pero se requiere completarla con las siguientes aclaraciones:

a) El recurso (de apelación o de súplica, según quien haya dictado la providencia) contra la orden de suspensión de los efectos del acto acusado, debe interponerse por la entidad demandada dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto;

b) Solamente después de haberse resuelto dicho recurso, o sea, en firme o revocada la orden de suspensión, puede fijarse en lista;

c) Una de las finalidades más importantes de la fijación en lista es la de que los demandados pueden contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas, pero nunca para interponer recursos.

Lo anterior surge de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 155 del Código Contencioso Administrativo y del numeral 2º del artículo 181, que consagran el recurso de apelación contra el auto admisorio de la demanda y el 352 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto al término de tres días para interponerlo.

Ahora bien, consta en forma indiscutible que la notificación personal al señor Gobernador se efectuó el día 12 de agosto, sin que éste hubiera hecho manifestación alguna y su apoderado tan sólo interpuso el recurso de apelación el día 26 del mismo mes, en un acto claramente inoportuno y antitécnico, cuando lo hizo como una adición al escrito de contestación a la demanda dentro del término de fijación en lista.

Tuvo razón la apoderada de la parte actora cuando en escrito de 28 de agosto pidió que no fuera considerado tal recurso por ser extemporáneo, lo cual no fue atendido por el Tribunal.

De acuerdo a lo anterior, resulta que no era admisible por extemporáneo el recurso de apelación, fuera de que el recurrente no pagó las expensas que son de su cargo para ser oído.

En consecuencia, no siendo atendible quedaría en firme la suspensión provisional decretada en el auto de 18 de junio.

No puede terminarse esta providencia sin dejar de llamar la atención al honorable Tribunal, sobre las censurables actuaciones del señor Secretario del mismo, que se traslucen en deficiencias de su trámite, tales como:

1ª No obstante haberse dictado el auto admisorio de la demanda el 18 de junio, su notificación al Gobernador tan sólo se produjo el 12 de agosto.

2ª La información pasada al Despacho del Magistrado el 15 de septiembre es incompleta, pues no hizo relación de las fechas en que presentó escritos la demandada, ni si estos lo fueron dentro de los términos legales. La extemporaneidad del escrito de apelación, ha debido advertirla el señor Secretario en esa ocasión.

3ª Habiéndose notificado el auto que concedió la apelación el día 11 de diciembre y siendo de cargo del apelante el valor de las copias que debía suministrar en cinco días, fue necesario que la parte demandante los sufragara el día 14 de enero siguiente.

Estos hechos deberán ser puestos en conocimiento del señor Agente del Ministerio Público, para la investigación disciplinaria del señor Secretario.

En mérito de lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

1º Declárase improcedente el recurso de apelación interpuesto el 26 de agosto de 1987, contra el auto de 18 de junio del mismo año.

2º Declárase en firme la suspensión provisional decretada por el Tribunal Administrativo del Atlántico, contra el número 14 del artículo 1º de la Ordenanza Departamental número 1 de 1982 (promulgada el 23 de marzo de 1983), "en lo que a cervezas se refiere", consignada en el numeral 6º del auto de 18 de junio de 1987.

3º Póngase en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación, las actuaciones del señor Secretario, indicadas en la parte motiva de esta providencia, para efectos de la investigación disciplinaria y sanción correspondiente, si fuere del caso. Para tal efecto, se remitirán por el *a quo*, a dicha Procuraduría, fotocopias autenticadas de lo pertinente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

(La anterior providencia fue aprobada en Sesión de la fecha).

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

RECURSO DE APELACION CONTRA AUTOS.—

El artículo 181 del Decreto 01 de 1984, no es taxativo, por cuanto se aplica también el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, para llenar vacíos (esa fue la intención de la comisión asesora). NULIDADES PROCESALES. AMPARO DE POBREZA Y ACUMULACION DE PROCESOS.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintinueve de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: 5220. Apelación auto. Actor: Samuel Reales Ortiz.

La apoderada del demandante dentro del expediente número 5220, en que figura como actor el señor Samuel Reales Ortiz y como demandado la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, interpuso, en el momento procesal oportuno, recurso de *reposición* contra la providencia originaria de esta Sala, dictada el día veinte (20) de enero, por medio de la cual se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del centro de imputación jurídica demandado.

Para sustentar su pedimento la referida profesional del derecho hace, en su escrito visible a folios 16 y siguientes del cuaderno número 1, entre otras, las siguientes consideraciones:

"Improcedencia del recurso de apelación.

"De conformidad con reiterada jurisprudencia del honorable Consejo de Estado y, en especial, de la Sección Tercera de la Corporación, ha sido establecido con meridiana claridad que:

"a) El recurso de apelación en los procesos de dos instancias, no procede contra *todos* los autos interlocutorios dictados en la primera instancia, pues el artículo 181 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el 129-2 *ibídem,* señalan taxativamente los autos susceptibles del recurso de apelación dentro del proceso contencioso administrativo, regulación que no coincide con la del artículo 351 del Código de Procedimiento Civil en forma integral.

"La forma en la regulación así establecida por el Código Contencioso Administrativo, es reiterada por la primera parte del artículo 213 del estatuto, cuando señala el trámite del recurso de apelación 'de los autos susceptibles de este recurso...';

"b) Existiendo una regulación especial en el Código Contencioso Administrativo, no es posible invocar la aplicación del ar-

tículo 351 del Código de Procedimiento Civil, por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, pues *no existe vacío alguno* en el primer estatuto *sino regulación diferente del tema* y por su naturaleza especial no puede aplicarse la regla general del procedimiento civil;

"c) Contra los autos interlocutorios no apelables producidos en la primera instancia, procederán los recursos de reposición o de súplica según que la providencia respectiva haya sido proferida por el Magistrado ponente o por la Sala de Decisión del respectivo Tribunal, al tenor de los artículos 180 y 183 del Código Contencioso Administrativo.

"(Autos de febrero 6 de 1986, Consejero sustanciador doctor Carlos Betancur Jaramillo, expediente número 4742; octubre 24 de 1986, Sección Tercera, expediente número 4966; octubre 31 de 1986, doctor Jorge Valencia Arango, expediente 4333; octubre 31 de 1986, Magistrado sustanciador doctor Carlos Betancur Jaramillo, expediente número 4933; junio 3 de 1986, Magistrado sustanciador doctor Antonio de Irisarri).

"En estas condiciones, es evidente que el auto que declara una nulidad procesal no está incluido por el Código Contencioso Administrativo artículos 129-2 y 181 entre los autos interlocutorios dictados en la primera instancia y que son apelables, razón suficiente para que en el caso presente se declare su improcedencia.

"Así, no existiendo vacío (y no lo puede haber pues la no inclusión de una clase de autos en la lista no significa vacío, simplemente el legislador hizo exclusión de él), no podrá aplicarse la norma del Código que en el procedimiento civil lo incluye como auto apelable. No podría tener justificación alguna estimar que un determinado tipo de autos no incluido en la lista no tenga recurso de apelación y que, respecto de otros, se considerara existencia de vacío por no estar relacionado en la lista".

Sustanciado el recurso en la forma procesal establecida en la ley, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

Consideraciones:

A) Es verdad jurídica indiscutible, como lo recuerda bien la apoderada del demandante, que según el artículo 181 del Código Contencioso Administrativo, sólo son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia por los Tribunales Administrativos, ora en pleno, ora en una de sus Salas:

1º El inadmisorio de la demanda;

2º El que resuelva sobre la suspensión provisional;

3º El que ponga fin al proceso; y

4º El que resuelva la liquidación de condenas;

B) Pero es igualmente cierto, como lo ha dicho la Sala, y lo recuerda bien el profesor Carlos Betancur Jaramillo, en su obra Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, página 352, que: "...aunque la enumeración parece taxativa no sólo por su texto sino por la intención de la comisión asesora, debemos afirmar que es meramente enunciativa. Sería de la primera clase si no existieran vacíos que deban llenarse con el Código de Procedimiento Civil. Porque si el administrativo remite, bien por disposición expresa a este ordenamiento o por mandato implícito (art. 267), la institución así incorporada deberá tomarse en su integridad para evitar su escindibilidad. Así, en este orden de ideas, *no dudamos que el auto que decide las nulidades procesales, en primera instancia, será apelable en los efectos indicados en el ordenamiento procesal civil. Basta pensar que dicho incidente no tiene su regulación en el nuevo Código, ya que su artículo 165 remite expresamente a los artículos 152 y siguientes de aquel estatuto y precisamente en el artículo 159 de éste dispone que: 'el auto que declare una nulidad en primera instancia es apelable en el efecto suspensivo, y el que la niegue en el devolutivo'.* Igual reflexión cabe hacer frente a aquellos incidentes decididos en primera instancia y que carecen de regulación en el nuevo estatuto, tal como sucede con el amparo de pobreza y el de acumulación de procesos. Dentro de la lógica de estos comentarios las decisiones anotadas serían dictadas en primera instancia por la Sala correspondiente".

La filosofía jurídica anterior explica bien las razones por las cuales la Sala no repondrá el auto impugnado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Unitaria,

Resuelve:

No se repone el auto calendado el día veinte (20) de enero del presente año, en virtud del cual se admitió el recurso de apelación dentro del presente proceso.

Cópiese y notifíquese.

Julio César Uribe Acosta.

Arturo Mora Villate, Secretario.

PERENCION DEL PROCESO.—

No es viable decretar la perención del proceso cuando la parte actora ha dejado de consignar el valor: NOTIFICACION.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., tres de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número 4855 (161). Actor: Esperanza Rico de Prada y otros. Demandado: Distrito Especial de Bogotá.

Decídese el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los demandantes contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante el cual se decretó la perención del proceso.

Para resolver *se considera:*

Primero: En virtud de la prosperidad del recurso de queja esta Corporación concedió el recurso de apelación (fls. 40 a 42, cuaderno 1) contra el auto por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la perención del proceso (fls. 2 a 4, cuaderno 1), fechado el 14 de noviembre de 1985 y no el 9 de octubre de 1987, como equivocadamente se dijo en el auto que admitió la apelación concedida (fl. 45, cuaderno 1).

Segundo. La providencia recurrida decretó la perención con fundamento en el informe secretarial (fl. 1) según el cual habían transcurrido más de seis meses sin que "la parte interesada hubiese suministrado lo de ley" para notificar el auto que admitió la corrección de la demanda.

El recurrente pretende la revocatoria de la perención aludida con fundamento en que el respectivo apoderado si pagó oportunamente "a mediados del mes de junio de 1985" el valor de la notificación, por conducto de su dependiente judicial el señor Francisco Solórzano Palacios, junto con "tres notificaciones más correspondientes a los expedientes números 1585, 1591 y 1593, habiendo obtenido un solo recibo, cuya copia, a la postre, no apareció en ninguno de dichos expedientes" pero que la aludida constancia de pago la extravió su dependiente judicial "el miércoles 6 de noviembre de 1985 cuando debió salir presuroso y confundido del Palacio de Justicia al iniciarse

la pavorosa balacera dejando abandonada en la portería la papelera o maletín en donde lo guardaba junto con otros papeles y documentos propios de su oficio" (fls. 46 y 47, cuaderno 1).

Tercero. La apoderada del Distrito Especial de Bogotá solicitó la confirmación del auto recurrido con fundamento en que el artículo 148 del Código Contencioso Administrativo "señala muy claramente y sin excepciones cuando se incurre en la perención del proceso" y que en el caso que nos ocupa la parte demandante no pagó "la suma necesaria para que la Secretaría de la Sección Tercera por intermedio de su notificador, realizara las notificaciones personales establecidas en el artículo 150 del Código Contencioso Administrativo; actuaciones que realizan los secretarios una vez se haya pagado la suma debida puesto que no les corresponde de oficio sino a petición de la parte interesada" (fls. 50 a 53, cuaderno 1).

La Fiscal Segunda de esta Corporación solicitó la confirmación de la providencia impugnada "teniendo en cuenta lo que sobre este particular ha venido sosteniendo esta Corporación y buscando la celeridad del proceso" fl. 60, cuaderno 1).

Cuarto. La Sala reitera una vez más que las partes dentro del proceso no tienen otras cargas u obligaciones diferentes a las que expresamente les imponga la ley. Un examen contextual de los artículos 207 y 217 del Código Contencioso Administrativo, lleva a la conclusión de que las notificaciones de los autos que admiten la demanda, su aclaración o corrección, deben notificarse *oficiosamente* por las respectivas Secretarías, sin necesidad de gestión alguna de la parte actora, pues ya la respectiva Corporación ha impartido previamente la orden pertinente en cumplimiento de los preceptos legales anteriormente citados.

Los interesados están obligados a suministrar *lo necesario* para evacuar las diligencias que impliquen gastos que efectivamente se causen, sólo en la cuantía en que sea necesaria la respectiva erogación pero en manera alguna las notificaciones *"per se"* tienen un precio y por lo tanto no resulta legítimo el cobro de suma alguna cuando para realizar la notificación ordenada mediante providencia judicial, el empleado correspondiente no tiene que incurrir en gasto de ninguna índole. Por lo tanto no es viable decretar la perención del proceso cuando la parte actora ha dejado de consignar el valor "de la notificación" en casos como el presente en que el auto admisorio de la corrección de la demanda debía cumplirse a pocas cuadras de distancia del lugar en donde funciona el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Por otra parte las circunstancias excepcionales en que se perdió el recibo de pago de la notificación permiten a la Sala admitir las razones invocadas por la parte actora, sin ninguna otra reflexión.

Por lo anteriormente expresado se revocará la providencia impugnada y se dispondrá que el proceso continúe ante el *a quo* en la forma como venía adelantándose.

En consecuencia *se resuelve:*

Revócase el auto fechado el 14 de noviembre de 1986 mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la perención del proceso.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para que continúe su trámite.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

SALA ELECTORAL.— COMPETENCIA.

Puede continuar tramitando los asuntos asignados a su estudio, pues no se ha integrado el organismo que debe reemplazarla (art. 12 del Decreto-ley 250 de 1970).

ETICA PROFESIONAL DEL ABOGADO. Conducta de abogados, su calificación y determinación son competencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.— Bogotá, D. E., tres de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número E-064. Actor: Edmundo Guevara Herrera. Electoral. Auto.

Solicita el señor apoderado del actor Jaime Hernando Salazar Moreno que se reponga el auto de 28 de enero de 1988, pues en él se resolvió un punto nuevo que consiste en haberse ordenado que por Secretaría se envíe copia de las actuaciones al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que investigue la conducta procesal del doctor José Ignacio Vives Echavarría, de acuerdo con el Decreto-ley 196 de 1971.

Halla que esa providencia debe ser revocada por cuanto la ley que creó la Sección Quinta en el Consejo de Estado y que se promulgó el 25 de enero de 1988, por la cual la Sala carece de competencia para conocer de este proceso a partir de esa fecha; estima además, que el auto recurrido no precisa en qué consiste la falta que supuestamente ha cometido.

Para resolver se considera:

1º La Sala Electoral que actualmente conoce del proceso es competente para continuar tramitando los asuntos asignados a su estudio, pues no se ha integrado el organismo que debe reemplazarla y mientras eso no suceda y no se les hayan entregado los asuntos de su conocimiento a los sucesores en esa función, debe continuarse despachando, de acuerdo con las prescripciones del artículo 12 del Decreto-ley 250 de 1970, según el cual: "El funcionario judicial o del Ministerio Público no podrá separarse del desempeño de sus funciones mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba reemplazarlo o sucederlo",

por lo demás, de acuerdo con el artículo 58 de la Constitución Política, la justicia es un servicio público de cargo de la Nación; de la naturaleza de esa actividad es su continuidad y permanencia, por modo que sin desconocer el alcance de ese precepto constitucional actual la Sala Electoral no podrá paralizar la administración de justicia contencioso administrativa.

En lo que respecta a la revocatoria de la Sala de enviar copia de las actuaciones posteriores a la sentencia, por parte del doctor José Ignacio Vives Echavarría, la Sala habrá de mantenerla, pues de ellas puede resultar, como ya se dijo infracción a las normas que regulan la conducta de los abogados, cuya calificación y determinación no son de competencia de esta Corporación, sino de la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

No es esta Sala la competente, ni la oportunidad procesal tampoco para elevar una especie de auto de llamamiento a juicio por faltas disciplinarias, por cuanto es a la Sala Disciplinaria a quien corresponde calificar la conducta que se desprenda del correspondiente proceso disciplinario, como se desprende de los artículos 69 y siguientes citados.

La reposición propuesta carece, pues, de fundamento legal e implica un desconocimiento no autorizado de la ley por el recurrente.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Contencioso Electoral,

Resuelve

No se accede a reponer el auto de veintiocho (28) de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Jorge Valencia Arango, Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Clara Forero de Castro*, Ausente; *Antonio José de Irisarri Restrepo, Carmelo Martínez Conn, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Alvaro Lecompte Luna, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

PRUEBAS.— Petición.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 132. Actor: Aerovías Nacionales de Colombia S. A. "AVIANCA".

Se resuelve el recurso de súplica interpuesto por el apoderado especial de la Procuraduría General de la Nación, contra el auto de 28 de marzo del año próximo pasado, dictado por el Consejero ponente doctor Simón Rodríguez, en virtud del cual se denegaron algunas pruebas solicitadas por dicha parte demandada.

El recurso:

Dos son los documentos o escritos que no fueron decretados como pruebas de la parte demandada en el auto recurrido:

a) El escrito que contiene la solicitud de reconstrucción del proceso (fls. 87 a 90);

b) Copia del memorial o escrito que aparece al folio 54.

Respecto al primero, el ponente aduce que se trata de una actuación procesal que no es objeto de prueba; y en relación con la copia premencionada, dice que carece de firma, de nota o sello de presentación, sin indicación alguna de autenticidad.

Por su parte el autor del presente recurso sostiene que el Código Contencioso Administrativo ordena tener como pruebas admisibles en los procesos ante esa jurisdicción en cuanto resulten compatibles con el mismo Código, las del procedimiento civil en lo atinente a la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlos y criterios de valoración (art. 168); y que al remitirse al Código de Procedimiento Civil, debe tenerse en cuenta los medios de prueba consagrados en éste, entre otros, en la declaración de parte, el testimonio de terceros, la inspección judicial, los documentos y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del Juez.

Consideraciones de la Sala:

En primer lugar es cierto que el Código Contencioso Administrativo se remite al de Procedimiento Civil en lo atañedero al régimen

probatorio en el cual en su artículo 175 se señalan los distintos medios de pruebas que pueden hacer valer las partes en su litigio, como también en el artículo 178 *ibidem* autoriza al Juez a rechazar *in límine* las pruebas que no se ciñan al asunto materia del proceso, sean legalmente prohibidas o ineficaces; versen sobre hechos notoriamente impertinentes o contengan manifestaciones superfluas.

En este orden de ideas la Sala estima en un todo de acuerdo con el sentido de la providencia recurrida que evidentemente los memoriales o escritos que formulan las partes en el trámite de una demanda o petición son parte integrante de todo el acervo procesal el cual sirve de base para impulsar la acción de la justicia, siendo extraña a la técnica probatoria el que se pida como prueba, determinado acto procesal de las partes, cuando necesariamente el Juez puede remitirse a su contenido y desarrollo en el curso de la actuación respectiva, correspondiendo más bien, al demandado —en este caso— señalar en la oportunidad debida sus alcances o sus defectos en pro de su causa, si hubiere lugar.

En cuanto al papel que obra al folio 53 del expediente, el cual sin ninguna autenticidad aparece a continuación de la copia de la demanda original (fl. 54). Su aportación aparentemente equivocada, no tiene importancia especialmente porque como se dice en el auto premencionado, no se le confirió ningún valor probatorio en el decreto de pruebas de la etapa de reconstrucción del expediente original, desaparecido en el incendio del Palacio de Justicia de 1985. Allí se ignoró ese escrito cuya presencia es realmente inocua desde todo punto de vista.

Por estas breves consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sala de Decisión,

Resuelve:

Confírmase el auto de 28 de marzo de 1987 en la parte que fue objeto de la súplica.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

RECURSO DE APELACION.— SUSPENSION PROVISIONAL.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 2046. Actor: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Apelación interlocutorios.

De plano, como lo estatuye el último inciso del artículo 155, se procede a resolver el recurso de apelación contra la decisión de suspender provisionalmente los artículos 1º y 2º de la Ordenanza número 10 de 1983, expedida por la Asamblea Departamental de Santander, la cual fue adoptada por el correspondiente Tribunal, mediante auto de 19 de noviembre de 1987.

La señora abogada del Departamento, manifestó que "el memorial de sustentación del recurso, según los términos del artículo 181 del Código Contencioso Administrativo, lo presentaré de acuerdo con el artículo 213".

No obstante, como de acuerdo con la misma norma citada por la memorialista, el artículo 181 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el último inciso del artículo 155, en estos casos, el recurso se resuelve de plano; significa que no se dan los traslados establecidos para los casos de apelación de los demás autos. Esto implica que de no existir sustentación al momento de resolver, como sucede en el presente negocio, debe declararse desierto.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

Declárase desierto el recurso de apelación contra el auto de 19 de noviembre de 1987, del Tribunal Administrativo de Santander y en consecuencia, ejecutoriada la misma providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

(La anterior providencia fue aprobada en sesión de la fecha).

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ACCION DE PLENA JURISDICCION.— CADUCIDAD. Conteo, término.

La caducidad debe contarse desde la PUBLICACION, NOTIFICACION O EJECUCION DEL ACTO.

La caducidad no puede imponerse por ANALOGIA.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., siete de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número R-018 (201). Actor: Luis Bernardo Uribe. Demandado: Departamento de Antioquia.

Procede la Sala a decidir sobre el recurso extraordinario de anulación formulado por el apoderado judicial del demandante contra la sentencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, una vez que se ha surtido el trámite legal de la impugnación y el de la reconstrucción del recurso.

I. La sentencia acusada:

La inconformidad se dirigió contra la sentencia de segundo grado mediante la cual se revocó la del *a quo*, y se declaró probada la excepción de caducidad de la acción. La de primera instancia, había accedido integralmente a las súplicas de la demanda.

Para decidir en la forma indicada, el *ad quem* consideró que la acción propuesta, la de plena jurisdicción —hoy de restablecimiento del derecho— "prescribe al cabo de los cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho u operación administrativa que causa la acción", según las voces de los artículos 67 y 83 de la Ley 167 de 1941 (fls. 21 y 22, cuaderno 1). Para el caso *sub júdice*, observó que "el término para efectos de determinar la caducidad de la acción, debe contarse a partir de la fecha de comunicación del acto acusado (enero 21 de 1980), que coincide con la de su expedición (fls. 2, 22, 23 y 137)" y agregó: "y como quiera que la demanda se instauró ante la Secretaría del Tribunal Administrativo de Antioquia el 23 de mayo de 1980, es lógico inferir que ello se hizo por fuera de los cuatro meses que autoriza el Código Contencioso Administrativo para el ejercicio de esta clase de acciones, toda vez que dicho término venció el 21 del mismo mes y año" (fl. 23, cuaderno 1).

II. La acusación:

El recurrente consideró que "la sentencia incurrió en violación directa del inciso final del artículo 83 de la Ley 167 de 1941, por interpretación errónea del mismo. Y como consecuencia de esto, también se violan (sic) principalmente, los artículos 2º, 16, 17 y 26 de la Constitución Nacional, por no haberles dado la debida aplicación" (fl. 35, cuaderno 1).

Argumentó que "si bien es cierto que el 21 de enero se le comunicó su insubsistencia, por el hecho de ser empleado de manejo —como ya se dijo y está establecido procesalmente— mi patrocinado no podía sustraerse al deber ineludible de hacer entrega formal y total de la oficina a su cargo. Ello quiere decir, que la 'ejecución del acto' por medio del cual se declaró insubsistente al actor, debía estar necesariamente, subordinada al último acto de ocurrencia de la entrega. Y se repite una vez más, ésta sólo se vino a consumar o consolidar definitivamente el 23 de enero de 1980. Y, precisamente a partir de esa fecha, el 23 de enero de 1980, día en que se concretó la insubsistencia, es desde cuando se deben contar los cuatro meses de que habla el inciso final del artículo 83 de la Ley 167 de 1941" (fls. 33 y 34, cuaderno 1). Afirmó que conforme a esta disposición la caducidad se debe contar desde la terminación de la ejecución, ya que respecto de la insubsistencia no proceden la publicación, ni la notificación.

III. La réplica:

El apoderado del Departamento de Antioquia se opuso a la prosperidad del recurso de anulación con fundamento en que desde el 21 de enero se comunicó al actor que había cesado en sus funciones y que tal comunicación "rompe de inmediato el vínculo laboral —trabajador-patrono—. No el 23 de enero cuando el exfuncionario terminó de entregar su puesto" (fl. 112, cuaderno 1). Agregó que "no existe una constancia clara sobre este hecho" pero admite que "es posible que haya asistido a la oficina, para entregar sellos, muebles, libros, documentos, pero dentro de una actividad particular, no de funcionario público, porque a partir del 21 de enero no ostentaba tal calidad" y concluyó: "Si se hubiera comprobado que el señor Uribe cumplió de 21 al 23 las funciones de su cargo, la afirmación del señor apoderado (...) hubiera tenido aceptación. Pero esto no ocurrió" (fl. 112, cuaderno 1).

IV. El concepto Fiscal:

El Fiscal Cuarto de esta Corporación, doctor Euclides Londoño Cardona, conceptuó que "es viable continuar" el trámite de la reconstrucción del recurso de anulación.

No hizo mención ninguna sobre el fondo del recurso.

V. Consideraciones de la Sala:

A. Por mandato legal (art. 197, C. C. A.), la violación *directa* de la Constitución Política o de la ley sustantiva en que incurra la

sentencia de única o de segunda instancia proferida por una sección del Consejo de Estado, es causal de anulación en vía del respectivo recurso extraordinario.

El impugnante acusa el fallo de segundo grado de haber interpretado erróneamente el inciso final del artículo 83 de la Ley 167 de 1941, vigente cuando se presentó la demanda, pues el fallador lo entendió en el sentido de que la caducidad debía contarse "a partir de la fecha de *comunicación* del acto acusado que coincide con la de su *expedición*" (se subraya), cuando el cabal entendimiento de la disposición es que se debe contar desde la *publicación, notificación* o *ejecución,* y para el caso *sub lite,* por no ser posibles los eventos de la publicación ni la notificación, se debe contar desde la ejecución. Respecto de esta última afirmó que ella se concretó el 23 de enero de 1980, hecho que la contraparte discute;

B. De la motivación de la sentencia acusada se deduce que —en verdad— el fallador contó el término de caducidad desde el 21 de enero de 1980 por ser esa "la fecha de *comunicación*" de la cual, además, predicó coincidencia con la de *expedición* del acto acusado. Observa la Sala que en el fallo nada se dijo sobre el hecho de la *ejecución,* es decir, no tomó esta circunstancia como punto de partida, para contar el término de caducidad, ni tampoco hizo afirmación alguna sobre si tal ejecución había ocurrido el 21 o el 23 de enero de 1980. Es decir, no media en la aplicación de la norma cuestión alguna de hecho, ya que la *ejecución* del acto acusado le fue indiferente, cualquiera que hubiera sido el día de su ocurrencia. No hay, entonces, cuestión de hecho en la formulación del cargo, sino sólo de derecho, por lo que, por este aspecto, es formalmente viable el estudio del fondo de la acusación;

C. La norma legal que se dice mal interpretada preceptúa:

"La encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción".

Se observa, entonces, que la disposición tiene contenido sustancial como quiera que ella sanciona el supuesto fáctico con la imposibilidad de buscar la efectividad judicial de los derechos sustantivos que hubiere en cabeza del actor. Es decir, extingue la posibilidad de su reclamación judicial y, por lo tanto, afecta el derecho sustancial en la medida en que hace imposible su tutela por la jurisdicción, impidiendo un pronunciamiento de los Jueces sobre su existencia o validez. La demanda se refiere, por las razones expresadas, a la violación de un precepto legal de contenido sustantivo y, por otra parte, la ley no exige la formulación de la proposición jurídica completa, como requisito de la acusación;

D. Con referencia al cargo concreto de la interpretación errónea, se tiene:

1. La norma señalada por el actor dispone que la caducidad se debe contar desde: La publicación, la notificación o la ejecución. Tres

supuestos que el intérprete no puede adicionar con otros. De donde resulta que no se puede contar la caducidad desde la *expedición,* ni desde la *comunicación,* ni desde otro supuesto cualquiera, porque ello equivale a una ampliación del significado de la norma, no permitida al intérprete, porque cuando el sentido de la ley es claro, como en este caso, no se puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (art. 27, C. C.).

2. No se puede decir que *la comunicación* y la *notificación* son lo mismo, aunque procuran parecidos pero no idénticos fines; y por lo tanto, el sentido de la norma no puede ampliarse hasta el punto de entender como sinónimos "comunicación" y "notificación", para aplicarla, indistintamente, en uno u otro caso.

En efecto: Tan evidente es la diferencia sustancial que el legislador ha establecido entre la comunicación y la notificación que una u otra las ha establecido para eventos diversos y a esta última la ha rodeado de formalidades (arts. 44, 45 y 47 del C. C. A.) hasta el punto de que la falta de un requisito o la *irregularidad* en su práctica, está sancionada con la *ineficacia* de la misma (art. 48 del C. C. A.) al paso que la comunicación se hace *por escrito,* sin más solemnidades; e inclusive puede surtirse también *verbalmente* cuando se trata de contestar peticiones orales (art. 6º inciso final, C. C. A.). Lo que interesa en la *comunicación* es que haya certeza de que le destinatario la recibió realmente; en cambio en la notificación interesan también sus formalidades (entregar copia íntegra y auténtica, indicar los recursos procedentes, etc.).

Por las razones que se han dejado expresadas, el legislador se refirió a la *notificación* y a la *comunicación* como dos fenómenos distintos, en los artículos 6º, 23, 28, 35, 40, 42, 44, 45, 47, 48, 50, 51, 60, 61, 76 ordinales 5 y 13 y 91 inciso final del Código Contencioso Administrativo; y 34 inciso primero del Decreto 222 de 1983, entre otras disposiciones.

Durante la vigencia de la Ley 167 de 1941 también existió esa diferenciación, según se deduce del examen contextual de sus artículos 4º, 19, 74, 75, 76, 78, estos últimos cuatro como quedaron después de la modificación que les hizo el Decreto 2733 de 1959; y, con mayor claridad como lo dispone el artículo 126 en los ordinales 1º y 2º en donde se ordena *comunicar* en un caso y *notificar* en el otro.

En conclusión, comunicación y notificación son dos fenómenos diferentes, aunque con ambos se pretenda informar al interesado de la existencia de una actuación o de una decisión; en un caso mediante una diligencia rodeada de formalidades y en el otro no.

A lo anteriormente expresado se abona que esta Corporación, en Sala de Decisión de su Sección Tercera, con ponencia de quien redacta la presente, dijo:

> "De lo anterior se colige que el término de caducidad debe contarse así:

"a) A partir de la publicación, respecto de terceros afectados en forma directa e inmediata, cuando la decisión se haya tomado en una actuación en la que ellos no han intervenido (art. 46, C. C. A.);

"b) A partir de la comunicación cuando haya forma expresa que indique que para la firmeza del acto es suficiente la sola comunicación, sin necesidad de la notificación que como regla general ordena el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, o sea cuando se establece una excepción a la obligatoriedad de notificar los actos;

"c) A partir de la ejecución cuando la administración no dio la oportunidad de ejercer los recursos existentes (art. 135 ordinal 2º del C. C. A.) y los ejecuta respecto del administrado sin haberlos notificado, ni comunicado, ni publicado, según el caso, pues es obvio que a partir de tal ejecución el interesado tiene conocimiento cabal de la existencia de la decisión que le vulneró el derecho cuyo restablecimiento pretende por la vía jurisdiccional;

"d) A partir de la notificación:

"1. De la decisión cuestionada, cuando contra ella no procede ningún recurso por la vía gubernativa (art. 62, ordinal 1º, C. C. A.).

"2. De la decisión que se haya tomado respecto de los recursos interpuestos oportunamente (C. C. A., arts. 62 ordinal 2 y 44 inciso 1º).

"Del examen de los artículos 63 y 51 inciso cuarto, del Código Contencioso Administrativo, se colige que el término de caducidad también empieza a correr, respecto de los actos contra los cuales procedan recursos de los que el interesado no hizo uso, a partir del día siguiente al vencimiento del lapso hábil para impugnarlos por la vía gubernativa, porque esta es una forma de que el acto administrativo quede en firme" (Auto de 12 de marzo de 1987. Expediente número 4978; Actor: "Minas Maturín Ltda."; Tomo Copiador 71, págs. 396 y ss.) (Tomo de la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado).

3. La caducidad es una sanción al administrado que no reclama la actividad jurisdiccional para la tutela de su derecho, dentro de los límites temporales que le fija la ley, por lo tanto no puede imponerse tampoco por analogía.

4. Como el fallo cuya anulación se demanda decidió declarar probada la excepción de caducidad de la acción, interpretando el inciso final del artículo 83 de la Ley 167 de 1941 en el sentido de que, conforme a esta disposición la caducidad de la acción debe contarse a partir de la fecha de la *comunicación*, erró el sentenciador al interpretar tal precepto, violándolo, lo cual amerita la prosperidad del cargo que se le imputó a la providencia mencionada, como en efecto ha de disponerse;

E. Por mandato del artículo 205 del Código Contencioso Administrativo, ante la prosperidad del recurso, la Sala debe dictar la sentencia que reemplace a la anulada, en grado de segunda instancia pues debe revisar la del *a quo*, que fue apelada por la parte demandada, según el texto de la que se invalida. Pero antes se dispondrá que se reconstruya el expediente pues se estima necesario, porque en el fondo del litigio hay un conjunto de cuestiones de hecho cuya demostración debe verificar la Sala para proveer como corresponda (art. 4º, literal A, inciso final, Decreto 3825 de 1985).

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

Falla:

Primero: Anúlase la sentencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, dentro del proceso de la referencia, fechada el 31 de mayo de 1985.

Segundo: Reconstrúyase el expediente a efecto de dictarse la sentencia que debe sustituir la anulada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 1º de marzo de 1988.

Carmelo Martínez Conn, Presidente de la Sala; *Antonio José de Irisarri Restrepo, Jaime Abella Zárate,* Con salvamento de voto; *Hernán Guillermo Aldana Duque,* Con salvamento de voto; *Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Clara Forero de Castro Alvaro Lecompte Luna, Simón Rodriguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos,* Con salvamento de voto, *Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

ACCION DE PLENA JURISDICCION.— CADUCIDAD.

Es un aspecto de procedimiento o medio para reclamar los derechos y por ser índole procedimental es ajena a LA CAUSAL DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION.

Salvamento de voto del *doctor Jaime Abella Zárate.*

Bogotá, D. E., marzo nueve de mil novecientos ochenta y ocho.

Referencia: Expediente número 018. Actor: Luis Bernardo Uribe Vélez. Recurso de anulación.

En resumen y en forma respetuosa, discrepo del fallo anterior por lo siguiente:

Para los efectos de precisar la causal del recurso extraordinario de anulación, consagrada en el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo y ante la dificultad de definir el concepto de "ley sustantiva", la Sala se inclinó por lo menos a delimitarla expresando que "la sustantiva o sustancial, es aquella que no es procedimental, cualquiera que sea el código en donde se encuentra la norma" (Expediante número 010 V-14-85). Esta orientación se ha seguido para considerar extraño a este recurso, el debate de posibles violaciones de leyes procedimentales en varios fallos.

Entendida la caducidad "como el lapdo dentro del cual pueda interponerse válidamente una demanda, forma parte de los requisitos y formalidades que debe cumplir toda demanda para ser admitida" (art. 143 del C. C. A.) y aunque es indiscutible su importancia, sigue siendo un aspecto de medio o procedimiento para reclamar los derechos y siendo de índole procedimental, es ajena a la causal del recurso de anulación.

En materias como la que se planteó originalmente en este negocio (despido injustificado de un funcionario), entiendo que por "ley sustancial" debe considerarse solamente aquella que regula los derechos y obligaciones de los funcionarios en su relación con el servicio público y tratándose de los de "libre nombramiento y remoción, debe serlo la ley que garantice la forma de removerlos".

Pero la ley que indica la forma, *el tiempo*, el Juez competente, etc., ante los cuales pueda hacer valer sus derechos, es ley de naturaleza procesal.

Con la interpretación aceptada, cualquier asunto procesal es válido como causal del recurso extraordinario por la sencilla razón de que todas las normas procesales tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.

Esta interpretación extensiva, me parece que contradice los términos utilizados por el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo, con relación a la causal de violación directa de la Constitución "o de la ley sustantiva".

Jaime Abella Zárate.

ACCION DE PLENA JURISDICCION.— CADUCIDAD FRENTE A LOS ACTOS CONDICION.

El momento en que comienza a correr el término de caducidad, tal como lo venía sosteniendo hasta ahora el Consejo de Estado es aquel en el cual el afectado se entera de la decisión administrativa, por su comunicación o por su ejecución, o según el acto de que se trate.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., ocho de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Salvamento de voto de la *doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación R-018. Actor: Luis Bernardo Uribe Vélez. Recurso de anulación.

Dos son los temas tratados en la providencia que antecede que no comparto y por ello debo salvar el voto con el mayor respeto por el criterio mayoritario de la Sala.

Ellos son: El considerar que las normas sobre caducidad son normas sustantivas y por ello su violación puede aceptarse como causal del recurso de anulación de conformidad con el artículo 197 del Decreto 01 de 1984 y el afirmar que en el caso de una declaratoria de insubsistencia, el término de caducidad para impugnar el acto que la contiene debe contarse desde la fecha de su *ejecución* y no desde la fecha de su *comunicación.*

Con relación al primer aspecto comparto las afirmaciones hechas por el Consejero Jaime Abella Zárate en el salvamento de voto que antecede, cuando allí afirma: "Entendida la 'caducidad' como el lapso dentro del cual pueda interponerse válidamente una demanda, forma parte de los requisitos y formalidades que debe cumplir toda demanda para ser admitida (art. 143 del C. C. A.) y aunque es indiscutible su importancia, sigue siendo un aspecto de medio o procedimiento para reclamar los derechos y siendo de índole procedimental, es ajena a la causal del recurso de anulación".

.....

"Pero la ley que indica la forma, *el tiempo,* el Juez competente, etc., ante los cuales pueda hacer valer sus derechos, es la ley de naturaleza procesal".

"Con la interpretación aceptada, cualquier asunto procesal es válido como causal del recurso extraordinario por la sencilla razón de que todas las normas procesales tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial".

"Esta interpretación extensiva, me parece que contradice los términos utilizados por el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo con relación a la causal de violación directa de la Constitución o de la ley sustantiva".

En cuanto al tema de la fecha a partir de la cual se debe contar el término de la caducidad de la acción cuando se trata de impugnar el acto administrativo por el cual se declara la insubsistencia de un nombramiento, la providencia aprobada por la Sala afirma, que, de conformidad con el artículo 83 de la Ley 167 de 1941 la caducidad de la acción se debe contar desde la publicación, la notificación o la ejecución y no desde su expedición, ni desde su comunicación, ni desde ningún otro supuesto cualquiera.

Y para respaldar la anterior afirmación precisa que la notificación y la comunicación no son lo mismo, para lo cual cita diferentes normas del Decreto 01 de 1984, de la Ley 167 de 1941 y del Decreto 222 de 1983.

Y transcribe un auto de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de fecha 12 de marzo de 1987, expediente número 4978, Actor Minas Maturín Ltda., en el cual se precisa a partir de qué fecha debe contarse el término de caducidad así:

"a) A partir de la publicación, respecto de terceros afectados en forma directa e inmediata, cuando la decisión se haya tomado en una actuación en la que ellos no han intervenido (art. 46, C. C. A.);

"b) A partir de la comunicación cuando haya norma expresa que indique que para la firmeza del acto es suficiente la sola comunicación, sin necesidad de la notificación que como regla general ordena el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, o sea cuando se establece una excepción a la obligatoriedad de notificar los actos;

"c) A partir de la ejecución, cuando la administración no dio la oportunidad de ejercer los recursos existentes (art. 135, ordinal 2º, C. C. A.) y los ejecuta respecto del administrado sin haberlos notificado, *ni comunicado*, ni publicado, según el caso, pues es obvio que a partir de tal ejecución el interesado tiene conocimiento cabal de la existencia de la decisión que le vulneró el derecho cuyo restablecimiento pretende por la vía jurisdiccional (Se subraya);

"d) A partir de la notificación:

"1. De la decisión cuestionada, cuando contra ella no procede ningún recurso por la vía gubernativa (art. 62, ordinal 1º, C. C. A.).

"2. De la decisión que se haya tomado respecto de los recursos interpuestos oportunamente (C. C. A., arts. 62, ordinal 2 y 44 inciso 1º).

"Del examen de los artículos 63 y 51 inciso cuarto, del Código Contencioso Administrativo se colige que el término de caducidad también empieza a correr, respecto de los actos contra los cuales

proceden recursos de los que el interesado no hizo uso, a partir del día siguiente al vencimiento del lapso hábil para impugnarlos por la vía gubernativa, porque esta es una forma de que el acto administrativo quede en firme" (Auto de 12 de marzo de 1987. Expediente número 4978; Actor: "Miguel Maturín Ltda.,"; Tomo Copiador 71, págs. 396 y ss.).

Concluye el fallo del cual me aparto, que como en el caso de autos la sentencia de la Sección Segunda decidió declarar la caducidad de la acción, teniendo en cuenta la fecha *de la comunicación,* es del caso anularla por errónea interpretación del artículo 83 de la Ley 167 de 1941.

La declaratoria de insubsistencia de un nombramiento, como manifestación de la competencia nominadora discrecional de una autoridad, está contenida en un acto administrativo, de aquellos que la doctrina ha denominado "acto condición" por cuanto no se trata de un acto administrativo con el cual culmina un procedimiento administrativo o se crea una situación jurídica individual, sino que simplemente ubica al particular en una situación jurídica general, impersonal y ya existente, razón por la cual, respecto de él no procede ningún recurso, y no se exige su notificación personal.

En cuanto dicho acto, no requiere notificación (por cuanto respecto de él no proceden recursos) ha surgido la dificultad de precisar la fecha desde la cual se debe contar el término de caducidad de la acción para su impugnación: Si desde su expedición, o desde su comunicación que es la utilizada normalmente para estos actos o desde su ejecución.

La jurisprudencia del Consejo de Estado en esta materia ha evolucionado con un criterio orientador: El darle la oportunidad al afectado de conocer la decisión y ejercer su derecho de defensa.

Durante la vigencia del citado artículo 83 de la Ley 167 de 1941 y en cuanto dicha norma no incluía el evento de la comunicación como sí lo trae el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, el Consejo de Estado precisaba que el término de caducidad debía contarse a partir de la fecha de *expedición* del acto que declaraba la insubsistencia (Sentencia 16 de junio de 1965, Actor: Luis Felipe Sáchica Ferrer, Ponente doctor Carlos Portocarrero Mutis; Sentencia 19 de mayo de 1979, Actor: Pablo Emilio Garavito, Expediente número 3435, Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado).

La anterior jurisprudencia fue cambiada y esta Corporación consideró que la oportunidad para comenzar a contar el término de caducidad de la acción, debía ser el momento en que la persona afectada conocía la decisión, y en el caso de la insubsistencia, en el cual no hay publicación, ni notificación, la fecha sería la de la ejecución del acto, oportunidad en la cual sin lugar a dudas, el afectado lo conoce y puede cuestionarlo.

Si el acto, que no requería notificación, era comunicado, aunque el citado artículo 83 de la Ley 167 de 1941, no incluía esta figura, la

fecha de la comunicación, era la que debía tenerse en cuenta, siguiendo el criterio de que en ese momento el particular conocía la decisión que lo afectaba y podía impugnarla.

En el anterior sentido se pronunció el Consejo de Estado en providencias de 15 de febrero de 1984, Expediente 9852, Actora Berta Inés García de Valbuena, Ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker; de 16 de julio de 1984, Expediente 10476, Actora Mabel Jaramillo Marín, Ponente doctor Joaquín Vanín Tello.

Es dèl caso anotar que las anteriores providencias aunque fueron dictadas en 1984 cuando ya se encontraba vigente el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, se refieren a la aplicación del artículo 83 de la Ley 167 de 1941.

A mi juicio el momento en que comienza a correr el término de caducidad, tal como lo venía sosteniendo hasta ahora el Consejo de Estado es aquel en el cual el afectado se entera de la decisión administrativa ya sea por su publicación, por su notificación, por su comunicación o por su ejecución, según el acto de que se trate.

Esta interpretación fue recogida en la legislación positiva y concretamente en el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, cuando se incluyó la figura de la comunicación de los actos administrativos.

En el caso de autos, tratándose de un acto por el cual se declaró insubsistente un nombramiento y el cual fue *comunicado,* es esa la fecha a partir de la cual corre el término de caducidad de la acción para impugnarlo, pues fue esa la oportunidad en la cual el afectado lo conoció y a partir de ese momento podía impugnarlo.

Así lo acepta el auto de la Sección Tercera invocado por la providencia que no comparto cuando al precisar que el término de caducidad se cuenta a partir de la ejecución cuando la Administración ejecuta sus decisiones sin haberlas *comunicado* (página 8 de la sentencia primer párrafo).

O sea que, a *contrario sensu,* si se comunicó, es esa y no otra la oportunidad en que empieza a correr el término de caducidad.

A pesar de esta transcripción la sentencia concluye, a mi juicio equivocadamente, que en el caso de autos el término de caducidad se ha debido contar desde la fecha de la ejecución del acto declaratorio de la insubsistencia, aunque éste hubiere sido comunicado.

Pero además, cuándo se ejecuta una declaratoria de insubsistencia? A mi juicio desde su comunicación, independientemente de cualquier otro factor como la entrega del cargo, pues esa ejecución implica simplemente, el cese en las funciones propias del mismo y su entrega no constituye el ejercicio de estas. El empleado cuyo nombramiento ha sido declarado insubsistente cesa en sus funciones desde el momento en que se le comunica dicha declaratoria; la entrega del cargo, es una realidad fáctica, consecuencia de la cesación en el ejercicio de su cargo.

Así las cosas, en el presente caso, la sentencia de la Sección Segunda aquí recurrida no ha debido anularse, toda vez que declaró la caducidad de la acción, teniendo como fecha inicial del término legal previsto para dicho efecto, la de la comunicación del acto que declaró la insubsistencia del demandante.

Consuelo Sarria Olcos.

ACCION DE PLENA JURISDICCION.— CADUCIDAD.

Las disposiciones que regulen los trámites de la comunicación o notificación no son PER SE normas sustantivas.

Salvamento de voto del *doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número R-018. Actor: Luis Bernardo Uribe Vélez. Recurso de anulación.

Con el debido respeto a la mayoría de la Sala debo manifestar que considero errónea la solución jurídica dada al caso a que se refiere la sentencia anterior.

La razón de mi criterio disidente estriba en que la sentencia parte de la idea de que la comunicación de la providencia por la cual se declaró insubsistente a un empleado público constituye una regulación de orden sustantivo, cuya infracción determina la procedencia del recurso extraordinario de anulación.

Las disposiciones que regulan los trámites de la comunicación o notificación no son *per se* normas sustantivas, que permitan la aplicación del recurso extraordinario de anulación, pues ellas son desarrollos de otros preceptos superiores de la Carta, que integran los aspectos procesales de la actividad administrativa o jurisdiccional. Por lo mismo aquellos no son leyes sustantivas en sentido propio.

De otra parte, la violación de la norma que regula la caducidad de la acción, por el desecho jurídico de considerarla como sustantiva hace que, en fin de cuentas, toda norma semejante, que roza con los aspectos de la procedencia de la acción, se considere sustantiva, sin fundamento ninguno en la naturaleza de semejantes disposiciones.

Al acoger como criterio de la ejecución del acto de insubsistencia cuya legalidad debatió el actor, la circunstancia de la entrega del cargo, creo que se yerra, pues:

a) La simple comunicación es ya ejecución de la decisión de separar al actor del cargo, y a partir de ella se debía computar el término de caducidad, como lo hizo certeramente el fallo que ahora se ha anulado;

b) Admitir que sólo con la entrega se ejecuta el acto de insubsistencia, implica que hasta entonces el funcionario continuaría desempeñando sus funciones, lo que es contrario a la realidad de las cosas, y al hecho de que la entrega supone la existencia y posesión del

nuevo empleado, lo que imposibilita el ejercicio de la función por el funcionario saliente y constituye prueba de la ejecución de la insubsistencia;

c) Corolario de lo que antecede es que si no se ejecutó la insubsistencia, el funcionario continuaría en su ejercicio del cargo y, entonces, la acción disciplinaria eventual, por no entregarlo o no despachar sus funciones, sería procedente aún después del recibo de la comunicación y del hecho de que el nuevo reemplazo no podría —a pesar de haber sido designado y éste recibiera el cargo—, desempeñar las funciones propias del mismo, y que la medida de insubsistencia no se habría ejecutado.

La comunicación de las decisiones administrativas, como en el caso de autos, constituyen sin duda su ejecución, a punto tal, que si no fuera así, habría de decidirse que el empleado que entrega incurriría en abandono del cargo si dejara de asistir al despacho, a pesar de que se hubiera hecho presente su sucesor y estuviere recibiendo el cargo, previa posesión requerida.

Una cosa es la ejecución de la insubsistencia, en cuya virtud no puede continuar el ejercicio de funciones por el empleado y otra, diferente, la entrega del cargo.

Como la ejecución de la medida acusada operó en fecha 21 de enero de 1980 y no el 23, fecha en la cual culminó la entrega, infiero que al presentar la demanda la acción, como lo declaró la Sección Segunda de la Corporación se hallaba caducada y que el fallo de la Sección no ha debido ser anulado.

Hernán Guillermo Aldana Duque.

Fecha: *Ut supra.*

PRUEBAS.— Normas del Código de Procedimiento Civil aplicables en el proceso contencioso administrativo.

CONFESION. LOS REPRESENTANTES ADMINISTRATIVOS DE LAS ENTIDADES OFICIALES, CARECEN DE APTITUD LEGAL PARA CONFESAR. DICHOS FUNCIONARIOS PUEDEN RENDIR INFORME ESCRITO BAJO JURAMENTO A SOLICITUD DEL JUEZ (art. 199 del C. P. C.).

DECLARACIONES CONTRA SI MISMO O CONTRA PARIENTES DENTRO DEL CUARTO GRADO CIVIL DE CONSANGUINIDAD O SEGUNDO DE AFINIDAD.

El artículo 25 de la Constitución Nacional impide, de manera terminante, compeler a una persona a que declare, bajo la gravedad del juramento.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintidós de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5203 (265). Actor: Ana Esther Silva y otros. Demandado: Municipio de Bucaramanga.

El apoderado judicial de los demandantes interpuso el recurso de apelación contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Santander fechado el 22 de agosto de 1987, mediante el cual se decretaron unas pruebas y se denegó la práctica de otras. Surtido el trámite correspondiente procede la Sala a decidir la impugnación.

En orden a resolver la alzada interpuesta, la Sala considera:

Primero. Pretende el recurrente que se revoque el auto impugnado en cuanto en este se denegó la recepción del testimonio de Jhon Jairo Cobos con fundamento en que este es menor de doce años y además es demandante; el de Ana Esther Silva por ser parte en el proceso, y el de Alfredo Jaimes "por cuanto no se trata de un testigo sino el autor de la muerte de la menor Jenny Karina Peña Silva" y tampoco se ordenaron los interrogatorios "del señor Alcalde ni del

señor Director de Tránsito de Bucaramanga" por ser improcedentes conforme a lo preceptuado en el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil.

Invocó el recurrente como fundamento de su impugnación el contenido de los artículos 4º y 175 del Código de Procedimiento Civil en cuanto que en tales preceptos se le indica al Juez que debe buscar la prueba de la verdad histórica utilizando no solamente los medios expresamente reglados en el Código sino cualquiera otro que sea útil para la formación del convencimiento, con la finalidad de que la ley procesal permite lograr la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial. El recurrente estima que la práctica de las pruebas denegadas permite un mejor conocimiento del asunto.

Segundo. Durante los traslados de rigor la parte demandada no hizo pronunciamiento ninguno al respecto.

En el concepto fiscal se solicitó la confirmación del auto recurrido ante la consideración de que las pruebas denegadas por el Tribunal son improcedentes por las mismas razones legales invocadas por el *a quo*.

Tercero. Si bien es cierto que el Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley 01 de 1984 en su artículo 168 sobre pruebas, dispone que en los procesos contencioso administrativos se apliquen las normas del Código de Procedimiento Civil en cuanto sean compatibles con las de aquel estatuto, tal aplicabilidad está limitada a lo relacionado con la *admisibilidad* de los medios de prueba, a lo concerniente con la *forma de practicar* las pruebas que se decreten y a lo referente a los *criterios de valoración* de la probanza practicada. Así, pues lo relativo a los recursos que pueden interponerse contra las providencias que denieguen la práctica de las pruebas pedidas por las partes, es materia que escapa a la remisión legislativa contemplada en el precepto en comentario, circunstancia ésta que impone analizar el tema a la luz de los preceptos contenidos en el Código Contencioso Administrativo que contienen regulaciones pertinentes a los recursos de que son pasibles las providencias de trámite e interlocutorias que se dicten dentro de los procesos sometidos al conocimiento de esta jurisdicción especializada, contenidas en el Capítulo I del Título XXIII del Decreto-ley número 1 de 1984.

Cuarto. Así las cosas, y habida cuenta de que los autos que deniegan el decreto de una prueba, conforme a inveterada jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Suprema de Justicia, son autos *interlocutorios*, resulta que tales proveídos sólo son pasibles del recurso ordinario de súplica, como sin lugar a dudas fluye de los términos en que está concebido el inciso primero del artículo 183 del Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley número 1 de 1984). Y, como también se desprende nítidamente del propio inciso, esos autos deben ser dictados por el ponente en los procesos de que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia, y no por la Sala del Tribunal, ya que ellos no son apelables toda vez que no figuran dentro dentro de la enumeración de providencias apelables contenida en el artículo 181 del Código Contencioso Administrativo.

Quinto. Tal es la doctrina que se desprende del análisis conjunto y armónico de las disposiciones que hasta ahora se han mencionado. A la luz de tal doctrina resulta claro para la Sala que el *a quo* equivocó el camino en el negocio *sub exámine*, pues en vez de ceñirse a los términos del inciso primero del artículo 183 del Código Contencioso Administrativo y proferir el auto materia de la alzada con la sola firma del Magistrado ponente, lo expidió en Sala, con lo cual hizo imposible que la parte que se consideró lesionada por la providencia así adoptada, interpusiera el único recurso que la ley admite contra providencias de esa naturaleza.

Sexto. Mas como es a todas luces inequitativo e injusto que la parte actora en el *sub lite* se vea privada de los recursos que la ley pone a su disposición para controvertir una providencia cuando tal privación es obra del yerro judicial, la Sala obrará con amplitud y procederá a desatar la alzada propuesta.

Séptimo. La Sala considera que el Tribunal decidió ajustado a derecho respecto de los testimonios de Jairo Cobos y Ana Esther Silva, puesto que su carácter de demandantes los obligaba a expresar en la demanda todos los hechos constitutivos de la *causa petendi* y su demostración no es viable mediante la ratificación de su dicho, pues ellos no son "testigos" sino parte dentro del litigio.

En cuanto a la declaración del señor Alfredo Jaimes, de quien la demanda predica haber sido el autor de la muerte de la menor Jenny Karina Peña Silva, si bien él no es demandante ni demandado dentro del presente asunto, ha de tenerse en cuenta que el artículo 25 de la Constitución Nacional preceptúa que "nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad". Esta norma imperativa de la Carta Política impide, de manera terminante, compeler a una persona a que declare, bajo la gravedad del juramento, hechos que puedan constituir infracciones a las leyes penales, policivas o correccionales, aún en el evento de que el funcionario o autoridad que reciba la declaración sea competente para conocer de un proceso civil, laboral o contencioso administrativo. Cuando la norma constitucional en comentario habla de "asunto", está aludiendo no a un proceso criminal, correccional o de policía, sino a la materia misma sobre la que ha de versar la declaración. Por estas razones, se confirmará, entonces, la determinación del *a quo* en lo concerniente al testimonio del señor Jaimes.

Octavo. Acierta el *a quo* cuando, en la providencia que se revisa, no accede a ordenar el interrogatorio del señor Alcalde del Municipio de Bucaramanga ni del señor Director de Tránsito de la misma ciudad, pues es evidente que el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil enseña que los representantes administrativos de las entidades oficiales carecen de aptitud legal para confesar, lo cual hace improcedente su citación a interrogatorio de parte. Se confirmará, pues, este extremo de la providencia que se revisa. Ello no obstante, anota la Sala que en virtud de sus poderes oficiosos, puede el Ponente, si lo considera de utilidad para el esclarecimiento de los hechos que sirven de fun-

damento a las pretensiones de los demandantes, ordenar que dichos funcionarios rindan el informe escrito bajo juramento, previsto en el inciso final del artículo 199 del estatuto procesal civil.

Noveno. Ante la improsperidad del recurso, se condenará en costas a la parte recurrente.

A mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

Resuelve:

Confírmase en todas sus partes la providencia apelada.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 17 de marzo de 1988.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

IMPEDIMENTO.— AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E., veinticinco de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Referencia: Expediente número 605-118811 R. Anul. Actor: Alicia Escalante de E.

La Consejera doctora Clara Forero de Castro manifestó a la Sala, que se encuentra impedida para conocer del presente asunto, en razón de que intervino como Agente del Ministerio Público, al haber expresado que era procedente la reconstrucción del proceso.

Para resolver se tiene en cuenta:

Preceptúa el numeral 12 del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en defecto de la norma del Código Contencioso Administrativo: "Haber dado el Juez consejo o concepto en las cuestiones materia del proceso, *o haber intervenido en éste como apoderado, Agente del Ministerio Público,* perito o testigo" (Las subrayas son de la Sala).

Con relación a la norma anteriormente transcrita, considera la Sala que la causal de recusación de que allí se trata, cuando el Juez haya intervenido como Agente del Ministerio Público, en los procesos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, sólo se configura en el evento de que esa intervención ponga de presente su imposibilidad de actuar imparcialmente como Juez. La recta interpretación de esa norma conduce necesariamente a tal conclusión. En efecto: En los procesos civiles el Agente del Ministerio Público, cuando interviene, lo hace presentando la demanda a nombre de la Nación o del Municipio, o contestándola a nombre de estas entidades, o alegando a favor de sus representados, a virtud de que en los procesos civiles el Agente del Ministerio Público si representa a alguna persona. En cambio, en los procesos contencioso administrativos el Agente del Ministerio Público actúa en interés del orden jurídico (art. 127 del C. C. A.) y si él no ha sido el demandante ni se ha opuesto a las pretensiones del actor, ni ha alegado favoreciendo a alguna de las partes, ni ha conceptuado sobre el fondo del asunto, sino que se ha limitado a notificarse de las providencias que dicte el Consejero sustanciador, o descorriendo el traslado en las reconstrucciones previstas en el Decreto 3825 de 1985, o haciendo el reparto entre los Fiscales, tales actividades no encajan en la causal 12 en análisis, en tanto que la intervención allí prevista si es demostrativa de parcialidad por actuar en representación de alguna parte.

En resumen, en esta jurisdicción el Juez estará impedido en el evento de que hubiere intervenido como Agente del Ministerio Público, si presentó la demanda, si se opuso a las pretensiones del accionante, propuso excepciones, alegó o conceptuó sobre el fondo del asunto.

Lo anteriormente expuesto es suficiente para que la Sala de Decisión, Sección Segunda del Consejo de Estado,

Resuelva:

No se admite el impedimento que la Consejera Clara Forero de Castro ha puesto de presente a la Sala.

Notifíquese.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

ARBITROS.— Competencia del Consejo de Estado en la designación.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., cinco de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Referencia: Expediente número 5272. Actor: Sociedad Constructora Brugués & Cía.

I

En el momento procesal oportuno, la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, por conducto de mandatario judicial, legalmente constituido, solicitó reposición del auto calendado el día nueve (9) de febrero de mil novecientos ochenta y ocho (1988), visible al folio 105 del cuaderno número 1, por medio del cual se requirió a la citada entidad y a la "...Sociedad Constructora Brugués & Cía. S. A. para que, en audiencia que tendrá lugar el día miércoles dos (2) de marzo de 1988 a las nueve (9) a.m. procedan a designar los árbitros que integrarán el Tribunal de Arbitramento que deberá dirimir el diferendo existente entre ellas..." En el referido proveído se "... previene a las partes en el sentido de que si no concurren a la audiencia, o no se ponen de acuerdo para la designación, el Consejo procederá a hacerla...", en la forma autorizada por el artículo 2013 del Código de Comercio.

Aspira el impugnante a que la providencia recurrida se revoque por las razones que expone en el escrito visible a folios 116 y siguientes del cuaderno número 1, donde en lo esencial destaca:

"1º En el contrato suscrito entre la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá y Constructora Brugués & Cía. S. A., se pactó en la cláusula cuadragésima el arbitramento, en los siguientes términos:

" 'Sin perjuicio de las facultades consagradas para la *Empresa* en la cláusula trigésimatercera sobre declaratoria administrativa de caducidad del contrato, las diferencias que se presenten durante su ejecución y hasta cumplirse el período de responsabilidad establecido, sobre materias distintas a las contempladas en la cláusula antes mencionada y en las cuales la *empresa y el contratista* no se pongan de acuerdo, se someterán a un Tribunal de Arbitramento compuesto por tres árbitros. Dos de ellos serán designados uno por cada una de las partes y el tercero por los dos primeros. Si éstos no se ponen de acuerdo se acudirá al Presidente de la República de Colombia. El Tribunal así cons-

tituido se someterá en todo a las disposiciones que sobre la materia establece el Código de Procedimiento Civil, y su decisión será en derecho y obligatoria para las partes. Se conviene en señalar la ciudad de Bogotá, Distrito Especial, como domicilio para las acciones a que diere lugar esta cláusula. Mientras el Tribunal esté integrado, los plazos contractuales corren normalmente hasta producirse el fallo. El arbitramento podrá ser solicitado por cualquiera de las partes'.

"Las normas generales sobre designación de los árbitros están contenidas en los artículos 665 y 666 del Código de Procedimiento Civil, y 2012 y 2013 del Código de Comercio, y según ellas corresponde privativamente a las partes, de común acuerdo, hacer la designación de los árbitros, a menos que éstas deleguen a un tercero su designación total o parcial. Es decir, no es legalmente posible que cada parte nombre un árbitro.

"El profesor Hernando Morales Molina, en su curso de Derecho Procesal Civil, parte especial, sexta edición, página 436, luego de decir que las partes deben pactar la cláusula compromisoria, expresa que las partes deben obligarse, para el caso en que aparezcan diferencias entre ellas, 'a designar los árbitros conjuntamente o a señalar el tercero que total o parcialmente debe designarlos si no lo han señalado en la cláusula misma (art. 666). Este punto es diverso al que antes existía en que cada parte nombraba un árbitro y los dos principales el tercero, excepto que defirieran el nombramiento de los tres a un tercero, pues la doctrina fue adversa a la posibilidad de que el tercero lo nombrara sólo una parte de los árbitros. Esta reacción obedeció a un principio ya expuesto a propósito del compromiso, o sea que los árbitros no deben sentirse designados por cada parte, pues peligra su imparcialidad. Por eso hoy, y esto es trascendental, los árbitros los nombra las partes conjuntamente sea total o parcialmente, pero en el último caso también, de común acuerdo señalan el tercero que debe designar todos o parte de ellos'.

"La Jurisprudencia de los Jueces Civiles, o sea de la Justicia Ordinaria, ha sido repetida e invariable, en el sentido de anular cláusulas compromisorias o laudos arbitrales, cuando los árbitros no han sido designados en la forma expuesta en los puntos anteriores.

"Por lo anteriormente expuesto, y por ser las normas procesales de orden público, y mal puede citarse a audiencia para designar árbitros, invocando dicha cláusula que está viciada de nulidad, siendo, por lo tanto, legalmente ineficaz.

"2. De otro lado, la cláusula cuadragésima del contrato número 3188, transcrita en el punto anterior, señala:...las diferencias que se presenten *durante su ejecución y hasta cumplirse el período de responsabilidad establecido*... (se subraya).

"A su vez, el período de responsabilidad a que se refiere la cláusula citada prescrito en la cláusula trigésimaoctava del mismo contrato, la cual, en su parte pertinente, señala:

"'...Esta responsabilidad y las obligaciones inherentes a ella, se considerarán vigentes por un período de garantía de 24 meses contados a partir de la fecha del último certificado de terminación de las obras o del certificado de entrega final y recibo de las obras...'

"Y resulta que el Acta de entrega final y recibo de las obras se suscribió por las partes el 29 de febrero de 1984, es decir, que el período de responsabilidad del contratista se venció el 1º de marzo de 1986.

"Por lo expuesto, la solicitud presentada por Brugués & Cía. S. A., al honorable Consejo de Estado es extemporánea, y esa Corporación mal puede integrar un Tribunal de Arbitramento basado en una cláusula legalmente ineficaz, por un lado, y por el otro, cuya vigencia ya expiró.

"En esta forma dejo presentado, dentro del término legal, el recurso de reposición para que se revoque el auto por medio del cual se cita a audiencia para designación de árbitros que integrarán el Tribunal de Arbitramento, que deberá dirimir el diferendo existente entre Constructora Brugués & Cía. S. A., y la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, y que en su lugar quede sin efecto dicha citación".

II

Conducta procesal del Procurador Judicial de la sociedad Constructora Brugués & Cía. S. A.:

A folios 119 y siguientes del cuaderno número 1 obra el alegato presentado por el apoderado de la firma sociedad Constructora Brugués & Cía. S. A. en el cual hace valoraciones de orden jurídico y fáctico sobre las circunstancias legales, generales y particulares del caso, las cuales recoge, en lo pertinente, a través de la siguiente literatura:

"Ruego al honorable Consejo de Estado mantener el auto atacado, por medio del cual se dio curso a la petición de requerimiento, señalando nueva fecha y hora para llevarse a cabo la audiencia en la cual deberán designarse los árbitros.

"Para el efecto me permito expresar a ustedes:

"a) Para la época de suscripción del contrato, las partes contratantes, actuaron de acuerdo con lo previsto por el artículo 309 del Código Fiscal del Distrito, contentivo del Acuerdo número 9 de 1976; disposición que en su texto correspondía al artículo 66 del Decreto 150 de 1976 y sobre la cual, en varios procesos, el honorable Consejo de Estado, la interpretó en el sentido de que tal norma daba total libertad a las partes para convenir la forma de designar los árbitros (Providencia de la Sección Tercera; expedientes 3121 y 4568);

"b) De conformidad con lo reglado en materia de cláusula compromisoria por los Códigos de Comercio y de Procedimiento

Civil, para que ésta tenga validez se requiere su pacto expreso que debe constar en escritura pública o documento privado auténtico. No requieren las disposiciones respectivas (2011 y 663) que al pactarse el compromiso o la cláusula compromisoria, las partes indiquen la forma y modo de la designación de los árbitros, ya que la ley determina la forma y modo de su nombramiento;

"c) La cláusula 40 del contrato, base del requerimiento, es eficaz en cuanto en ella se pactó el compromiso, así en ellas se haya indicado, contrariando la ley actual la forma de designación de los juzgadores, vigente para la época de la suscripción del contrato, se anula o convierte en ineficaz la cláusula compromisoria, máxime si se tiene en cuenta que la designación se está procurando como lo autoriza y ordena la ley actual;

"d) De otra parte las diferencias, que se pretende someter al Tribunal de Arbitramento surgieron desde antes del mes de diciembre de 1985, otra cosa es que la requerida haya, por todos los medios a su alcance, pretendido sustraerse de sus obligaciones contractuales;

"e) La empresa requerida, sin prueba alguna, expresa que el recibo de las obras y el recibo final de las misma, sucedió el 29 de febrero de 1984, fecha desde la cual se cuenta el término de que trata la cláusula 38 del contrato para la aplicación de la 40 del mismo texto contractual.

"Respecto a este aspecto, cabe destacar que las diferencias surgieron antes del mes de diciembre de 1985 y que si ellas no se solucionaron amigablemente y no fue posible la integración del Tribunal, tales hechos han sido y son imputables a la misma requerida. La cláusula 40, se refiere a las *diferencias* nacidas dentro del plazo establecido por el artículo 38. Evidentemente, aceptando que la fecha desde la cual transcurre el plazo de los dos años, lo sea el 29 de febrero de 1984, al 5 de diciembre de 1985 y al 18 de febrero de 1986, tal término no había transcurrido, fecha en las cuales, por escrito, mi representada planteó a la Energía las diferencias que ahora se pretende sean dirimidas por un Tribunal de Arbitramento.

"Lo anterior sin tener en cuenta que el contrato, base de estas diligencias, *no está liquidado* y que precisamente las diferencias nacieron con ocasión de su liquidación;

"f) Ni el artículo 38 ni el 40 del contrato establecen que el Tribunal debe integrarse en el lapso de los dos años de que trata el primero de los nombrados, lo único que las mencionadas cláusulas exigen es que *surjan diferencias* y en el caso de autos ellas se presentaron antes de los dos años, contados a partir de la fecha que ahora refiere la Energía (febrero 29 de 1984) sin tener en cuenta que el contrato aún no se ha liquidado.

"En autos obra la comunicación número CB-009 de 18 de febrero de 1986, en la cual se indican las diferencias nacidas del contrato; igualmente obran las demás pruebas escritas en las cuales se acredita la razón de este requerimiento".

III

Consideraciones de la Sala:

A) Es indiscutible que en el contrato suscrito entre la Energía Eléctrica de Bogotá y la firma Constructora Brugués & Cía. S. A. el día 18 de julio de 1979, se pactó la cláusula compromisoria, dentro del marco que se recoge en la cláusula cuadragésima, acordándose allí que el Tribunal de Arbitramento se integraría con tres árbitros, dos de ellos designados "...uno por cada una de las partes y el tercero por los dos primeros..." Es verdad, igualmente, que las diferencias que se deben someter al fallo del mismo son las "...que se presenten durante la ejecución y hasta cumplirse el período de responsabilidad establecido..."

No obstante la realidad fáctica anterior, el Consejo de Estado, no puede, en el momento procesal en que sólo hace uso de la facultad que le confiere el inciso tercero del artículo 2013 del Código de Comercio, entrar a definir aspectos como los tratados por el impugnante, esto es, sobre la nulidad o no de la cláusula compromisoria, ni sobre la oportunidad contractual en que la parte interesada desea someter a la decisión de árbitros las controversias surgidas entre las partes, pues transitando por esos senderos asumiría ni más ni menos, que el papel de Juez del contrato, olvidando que los contratantes, en su momento, decidieron derogar la jurisdicción de los órganos del Poder Público para un proceso determinado. Esta perspectiva jurídica es la que lleva a procesalistas como el doctor Hernando Morales a enseñar:

"Quienes se han sujetado al arbitraje no pueden acudir a la justicia ordinaria para que decida los asuntos que han quedado en someter a los árbitros, salvo cuando ambas partes acuerden lo contrario. Si una parte acude a la justicia ordinaria, la otra puede oponerle la excepción de compromiso o renuncia al conocimiento judicial" (Curso de Derecho Procesal Civil. Novena Edición, Editorial ABC, 1985, pág. 62);

B) Para darle fuerza de convicción a la decisión, la Sala Unitaria desea destacar que en el *sub lite* ha hecho suya la perspectiva jurídica a que hace referencia el doctor Marco Gerardo Monroy Cabra en su artículo: "Consideraciones sobre el Arbitraje Comercial en Colombia", publicado en la obra "Arbitraje. Conciliación", Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá donde se lee:

"Recientemente el Tribunal de Bogotá aceptó la validez de la cláusula compromisoria aunque haya que proceder a designar los árbitros en la forma establecida en la ley (Recurso de Anulación interpuesto contra el laudo en el proceso de arbitramento entre Promotora de Restaurantes y Turismo Limitada y Corporación

Nacional de Turismo en Colombia). *Es decir que la designación de los árbitros en forma ilegal se debe tener por no escrita y no anula la cláusula compromisoria debiéndose designar los árbitros según lo previsto en la ley*" (Obra citada, pág. 49. Subrayas de la Sala).

Dentro del anterior marco jurídico la Sala actúa y decide con la lógica de lo razonable, pues no parte del supuesto de que las partes interesadas no se van a acordar en la designación de los árbitros, sino que, por el contrario, ajustaran su conducta para que la cláusula compromisoria opere y no se haga nugatoria. *Prima facie* no se evidencia una nueva causa, motivo o razón para que contratantes serios eludan el cumplimiento de sus respectivos deberes jurídicos. Finalmente, un buen criterio de interpretación negocial indica que los actos jurídicos y sus cláusulas deben serlo con la finalidad de que produzca efectos jurídicos y no con la filosofía que conduce a la nada;

C) A manera de pedagogía jurídica y judicial se recuerda que a la luz de lo preceptuado en el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil, contra el laudo arbitral las partes pueden interponer el recurso de anulación, con apoyo, entre otras, en las siguientes cláusulas:

"1. Nulidad del compromiso o de la cláusula compromisoria en los casos previstos en este título".

"2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en la forma legal".

Significa lo anterior que el Consejo de Estado sólo adquiere competencia para conocer de aspectos relacionados con la "nulidad del compromiso" o la ilegal "integración del Tribunal", cuando entra a desatar el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral. En ningún caso antes. Ello lleva al doctor Hernando Morales Molina a enseñar:

> "Pero se estableció el recurso de anulación que es extraordinario, porque solamente puede fundarse en las causales previstas en el Código, las cuales casi totalmente están basadas en errores *in procedendo*, ya que el arbitraje por naturaleza no puede tener dos instancias porque sería necesario convocar otro Tribunal de Arbitramento, para rever el proceso fallado por un Tribunal anterior, lo que contraría la institución. Pero sí es posible, dentro del sistema nuestro, que se estableciera el recurso extraordinario, *que controla básicamente el cumplimiento de principios de orden público, como son la organización del Tribunal y el derecho de defensa...*". (El Arbitraje Nacional e Internacional en Colombia. Artículo publicado en Arbitraje y Conciliación. Cámara de Comercio de Bogotá, pág. 23).

Agrégase a todo lo anterior, que a la luz de lo preceptuado en el artículo 2019 del Código de Comercio, numerales primero y tercero, el Tribunal de Arbitramento, al iniciar sus funciones, debe examinar su "propia competencia", momento en el tiempo físico que le permite estudiar y definir aspectos de tanto interés como los cuestionados por el recurrente;

D) Como el recurso de reposición no prosperará, por las razones que se dejan brevemente enlistadas, es procedente señalar nuevamente día y hora para que las partes procedan a designar árbitros, atendiendo así el pedido del apoderado de la firma Constructora Brugués & Cía. S. A.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Unitaria,

Resuelve:

1º No se repone el auto impugnado, esto es, el calendado el día nueve (9) de febrero de mil novecientos ochenta y ocho, visible a folio 105 del cuaderno número 1.

2º Se señala el día veintisiete (27) de abril del presente año, a las nueve de la mañana (9 a.m.) para que los representantes de la Empresa Energía Eléctrica de Bogotá y de la sociedad Constructora Brugués & Cía. Ltda., procedan a designar los árbitros que integrarán el Tribunal de Arbitramento que deberá dirimir el diferendo existente entre ellas y que se precisa en la solicitud que obra a folios 100 y siguientes.

Se previene a las partes en el sentido de que si no concurren a la audiencia, o no se ponen de acuerdo para la designación, el Consejo procederá a hacerla, en la forma dispuesta en el artículo 2013 del Código de Comercio.

Cópiese y notifíquese.

Julio César Uribe Acosta.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA Y DENUNCIA DEL PLEITO.

Fuera de los requisitos de tipo formal (arts. 54 y 55 del C. de P. C.) debe satisfacerse un requisito sustancial de fondo. Casos en que se aportará la prueba siquiera sumaria del derecho a formularla.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., catorce de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número 4724 (68). Actor: Carlos Hernando Chica Santa.

Procede el Despacho a decidir los recursos de apelación interpuestos por los doctores Bernardo Hoyos Castaño y Joaquín E. Molina Alvarez (fls. 11 a 21 cdno. 1 B-3) contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia fechado el 29 de marzo de 1985 (fls. 124 a 126 y 154 a 156 cdno. 1) mediante el cual se aceptó el llamamiento en garantía que a los recurrentes les hizo el doctor Castor Iván Correa Castaño (fls. 106 a 109 y 128 a 131 cdno. 1).

Para resolver se considera:

El auto impugnado:

La providencia recurrida, en el punto cuestionado, dispuso la citación de los notarios 11 y 15 de Medellín, doctores Bernardo Hoyos Castaño y Joaquín E. Molina Alvarez, respectivamente, para atender el llamamiento en garantía formulado a ellos por el doctor Castor Iván Correa Castaño. El *a quo* consideró procedente, en el asunto *sub judice,* la aplicación del artículo 56 del Código de Procedimiento Civil en relación con los artículos 54 y 57 de la misma obra.

El recurso:

El apoderado judicial del doctor Bernardo Hoyos Castaño, Notario Once del Círculo de Medellín, pretende la revocatoria del auto impugnado en cuanto aceptó el llamamiento en garantía que le hizo el doctor Castor Iván Correa, exnotario Tercero de la misma ciudad, con fundamento en que esta figura procesal sólo es posible en los eventos en que existe un vínculo contractual de pagar perjuicios o de restituir

lo pagado en hechos relacionados con el litigio, entre el demandado y el llamado en garantía, lo cual no ocurre en el asunto *sub judice;* o cuando existe un vínculo jurídico legal entre ellos del mismo tipo de garantía, situación que tampoco se puede predicar en el *sub lite,* toda vez que no existe, no ha existido, ligamen jurídico alguno entre el Notario Once de Medellín, y el exnotario Tercero de esa ciudad. Por otra parte señaló el hecho de que el doctor Castor Iván Correa no aportó la prueba sumaria que exige la ley, como requisito formal, para la viabilidad del llamamiento (fls. 2 a 43 cdno. 1 B-4).

El otro apelante, el doctor Joaquín E. Molina Alvarez, Notario Quince del Círculo de Medellín, aspira también a la revocatoria de la decisión tomada por el *a quo* de aceptar el llamamiento en garantía que le hizo el exnotario Tercero del Círculo de Medellín, doctor Castor Iván Correa, con fundamento en las mismas razones, que se resumieron, invocadas por el otro llamado en garantía, el doctor Bernardo Hoyos Castaño (fls. 11 a 21 cdno. 1 B-3).

Los recurrentes mencionados apoyaron sus impugnaciones, además, en otras diversas razones de hecho y de derecho que la Sala no examina en esta oportunidad, porque ellas hacen relación con el fondo del derecho sustancial debatido y, por lo tanto, sólo son susceptibles de estudio en la providencia destinada a tal fin, que no es la que se revisa, cuyo objetivo es verificar si se cumplieron o no los requisitos formales necesarios para darle vía libre a los llamamientos en garantía cuestionados.

El concepto fiscal:

La Fiscalía Segunda de esta Corporación conceptuó que se debe confirmar el auto apelado porque el llamado en garantía doctor Castor Iván Correa puede a su vez formular similar llamamiento a los Notarios Once y Quince del Círculo de Medellín, porque existen pruebas "que permiten creer, que los hechos constitutivos de la falla del servicio de la función notarial, tiene relación con estos dos notarios y, por otra parte, la admisión del llamamiento" no implica necesariamente que sea condenado, pues de lo probado, durante el trámite del negocio se podría concluir otra cosa (fls. 257 a 260 cdno. 1).

Consideraciones de la Sala:

Los doctores Bernardo Hoyos Castaño y Joaquín E. Molina pretenden la revocatoria del auto que admitió el llamamiento en garantía que les hizo el doctor Castor Iván Correa, con fundamento en que no tienen con este último vínculo legal ni contractual que los obligue a responder por los perjuicios demandados, ni se ha presentado prueba siquiera sumaria del derecho a formular el llamamiento.

Las razones expuestas por los recurrentes en sendos escritos de sustentación, cuya extensión no permite transcribirlos ni siquiera en sus apartes más importantes, son en esencia las mismas que ha alegado el doctor Castor Iván Correa para impugnar el llamamiento que en

este proceso le formuló la Superintendencia de Notariado y Registro, por lo que la argumentación de la Sala al despachar tales impugnaciones es sustancialmente igual. Es la siguiente:

A) En los procesos contencioso administrativos es procedente la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía, observando las exigencias que al respecto consagra el Código de Procedimiento Civil. Entre los requisitos que el legislador señala para el efecto hay unos de tipo formal y son los mencionados en el inciso segundo del artículo 54 y los del artículo 55 del Código de Procedimiento Civil. se ha señalado que el auto recurrido debe revocarse porque no se satisfizo la exigencia formal de allegar la prueba siquiera sumaria del derecho a formular el llamamiento.

Sucede que, además de las formalidades aludidas, también debe satisfacerse un requisito sustancial, de fondo, consistente en que la parte (actora o demandada) que denuncia el pleito o llama en garantía, afirme tener una relación sustancial por ley o, por contrato, con la persona denunciada o llamada, a la cual no se extiendan los efectos de la sentencia y que en virtud del mencionado vínculo jurídico deba indemnizar total o parcialmente el perjuicio que le pueda causar el fallo, o deba reembolsarle todo o una parte de lo que aquella deba satisfacer en cumplimiento de la sentencia.

De lo anterior se colige que si el derecho invocado por quien formula la denuncia o el lamamiento tiene su apoyo en un acuerdo de voluntades celebrado con el tercero a quien pretende vincular al proceso, es lógica la aplicación de la exigencia formal de que al escrito de denuncia o llamamiento se acompañe prueba siquiera sumaria del acuerdo o convención que se invoca. Pero si el derecho pretendido por quien promueve la denuncia o el llamamiento tiene su fundamento directamente en la ley, es obvio que no tiene aplicación al caso la exigencia formal de que se allegue "la prueba siquiera sumaria del derecho a formularla" (art. 54 inc. 2º C. de P. C.), porque esa no es una cuestión fáctica, susceptible de probarse sumariamente, sino un aspecto de derecho alegable por la parte que hace la denuncia o llamamiento y cuyo examen de fondo hará el fallador en la sentencia al desatar el litigio. Por lo tanto, no prospera la impugnación formulada con base en que falta la prueba siquiera sumaria del derecho a formular el llamamiento.

B) Respecto de la otra acusación que se hace al auto impugnado que toca con el requisito de fondo, consistente en que *no hay vínculo jurídico alguno* entre el llamado en garantía y quien lo convoca, observa la Sala que tal definición la hará el juez en la sentencia de mérito que se dicte, pues para admitir la denuncia o el llamamiento basta *que se afirme por el interesado la existencia de tal vínculo* y que de los hechos que narre como *causa petendi*, que deberán ser probados dentro del proceso, parezca verosímil que los terceros citados, eventualmente, deben indemnizarlo o reembolsarle algo, si la sentencia le es adversa.

En el asunto *sub judice* se satisfizo tal exigencia, porque el doctor Castor Iván Correa invocó en su favor y en contra de los llamados en garantía que estos incurrieron en conductas culposas que los hacen

responsables de los perjuicios que se reclaman de aquel. No prosperan, entonces, las apelaciones que formularon los doctores Bernardo Hoyos Castaño y Joaquín E. Molina Alvarez contra el auto que admitió el llamamiento en garantía que se les hizo.

C) En cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo se condenará en costas a los apelantes y en favor del doctor Iván Correa Castaño.

En consecuencia se

Resuelve:

Confírmase el auto dictado por el Tribunal Administrativo de Antioquia, fechado el 29 de marzo de 1985, en cuanto aceptó el llamamiento en garantía que el doctor Castor Iván Correa hizo a los Notarios Once y Quince del Círculo de Medellín, doctores Bernardo Hoyos Castaño y Joaquín E. Molina Alvarez.

Condénase en costas a los recurrentes, en favor del doctor Castor Iván Correa. Liquídense. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha catorce (14) de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

NULIDAD PROCESAL. —COMPETENCIA FUNCIONAL.—

La incompetencia funcional no es saneable. Si la actuación adelantada por un Juez que carece de competencia es nula por ministerio de la ley, parece obvio y claro que tal nulidad debe comprender la actuación cumplida a partir del momento mismo en que el Juez incompetente intervino.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., dos de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número 4524 (383). Actor: Jaime Pumarejo Certaín.

Se decide el recurso de súplica interpuesto por el señor apoderado judicial del opositor del demandante, señor Carlos Enrique Mattos Liñán, contra el auto de cuatro (4) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987) mediante el cual el Consejero conductor del proceso denegó la solicitud de la parte recurrente en el sentido de invalidar todo lo actuado en el presente proceso, a partir del auto admisorio de la demanda inclusive.

La providencia recurrida:

En el auto suplicado se aceptó la ocurrencia de la causal de nulidad invocada por el incidentista, o sea la de incompetencia, por lo que ordenó enviar el expediente al Tribunal respectivo, pero denegó la solicitud de invalidez de toda la actuación, a cuyo efecto arguyó que "la confusión que originó la derogatoria de los artículos 38 y 42 de la Ley 135 de 1961, por parte del artículo 268 del Código Contencioso Administrativo" determinó jurisprudencialmente la competencia de los Tribunales para conocer de las acciones de restablecimiento contra actos proferidos por el INCORA, pero que "esta exégesis no puede entenderse como modificatoria del principio establecido en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil aplicable por remisión del artículo 215 del Código de Procedimiento Civil" (sic), principio conforme al cual la incompetencia no vicia el proceso "salvo cuando viole el derecho de defensa o se trate de otra jurisdicción" y que, "en el *sub exámine* ni se ha violado el derecho de defensa del proponente, ni se está alegando falta de jurisdicción" (fl. 17, cuaderno 1A). La providencia suplicada invocó, además, la norma del artículo 215 del Código Contencioso Administrativo que forma parte del capítulo

relativo a "conflictos de competencia y de jurisdicción", según la cual "la falta de competencia no afectará la validez de la actuación cumplida hasta entonces".

La impugnación:

El recurrente no expresó inconformidad respecto de la orden de enviar el expediente al Tribunal Administrativo del Magdalena para que siga conociendo del asunto, sino desacuerdo con la decisión de no declarar la nulidad de todo lo actuado, porque consideró que los artículos 140 del Código de Procedimiento Civil y 215 del Código Contencioso Administrativo que sirvieron de soporte al auto impugnado no son aplicables al caso en cuestión (incidente de nulidad) sino al de conflictos de competencia: "Así lo presintió la providencia que impugno, a pesar de que trató de soslayarlo con un esfuerzo interpretativo que anunció, pero que nunca hizo", dijo el apoderado (fl. 20, cuaderno 1A). Y explicó en seguida:

> "2. La nulidad alegada es la consagrada en el numeral 2 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, *por incompetencia funcional del honorable Consejo de Estado.* No obstante que el artículo 156 *ibídem* prevé, en términos generales, el saneamiento de las nulidades, con exclusión expresa de la proveniente de falta de jurisdicción, la específica que se alega tampoco puede ser objeto de saneación, pues, como aquella —que, a pesar de su denominación, no consiste propiamente en que el Juez carezca de jurisdicción (que la tiene por el solo hecho de serlo), sino de competencia para conocer del caso concreto— afecta la esencia misma de la organización de la justicia y es, por lo tanto, de orden público riguroso y no puede ser variada por las partes. El principio de las dos instancias es columna vertebral de nuestro sistema judicial y no puede ser modificado a su arbitrio por los particulares ni por los Jueces.
>
> "La expresa prohibición contenida en el inciso final del artículo 156 no significa que todas las demás causales puedan siempre y necesariamente ser saneadas. El Juez, como intérprete, puede y debe hacer extensiva la prohibición a otros motivos de nulidad que la expliquen y justifiquen, sobre la base de que donde exista la misma razón debe existir idéntica disposición. Por lo demás, así lo han hecho ya los autores nacionales que se han ocupado del tema, entre ellos Morales y Devis Echandía, estimando incluidos otros motivos de nulidad entre los insaneables..." (fls. 20 y 21, cuaderno 1A).

Transcribe el recurrente, seguidamente, algunos párrafos de los nombrados comentaristas en los que coinciden en entender que la incompetencia por el factor funcional no es saneable, y agrega, por otra parte, que el numeral 4 del artículo 156 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable al asunto *sub lite* porque la disposición se refiere "a un acto procesal singular y concreto" y no a "toda una actuación" que afecta, inclusive, el auto admisorio de la demanda. Estima, finalmente, que el vicio procesal en que se incurrió afectó el derecho de defensa de su representado porque le desconoció el prin-

cipio de las dos instancias, le obligó a realizar algunos gastos para comparecer ante un Juez distante del lugar de su residencia, lo determinó a "abstenerse de participar en la diligencia de inspección judicial que se practicó, para evitar que se le asignara cuota en los altísimo gastos que implicaba el traslado, alojamiento y manutención de los funcionarios y auxiliares de la justicia que, partiendo de Bogotá, intervendrían en la respectiva diligencia, con mengua evidente de su derecho de defensa" (fl. 22, cuaderno 1A).

La réplica del demandante:

El apoderado de la parte actora solicitó confirmar la providencia impugnada con fundamento en que el recurrente ha traído a la súplica nuevas razones de derecho, no invocadas cuando propuso la nulidad de lo actuado; además, afirmó que lo preceptuado en los artículos 140 del Código de Procedimiento Civil y 215 del Código Contencioso Administrativo, no resulta ajeno al incidente de nulidad y, por lo tanto, su aplicación al asunto cuestionado es procedente. Por lo demás —dijo— "el demandado Mattos Liñán ha hecho uso del derecho de defensa y ha propuesto toda clase de incidentes y ha sido oído durante todo el proceso" (fl. 28, cuaderno 1A).

Consideraciones de la Sala:

El punto central de la controversia planteada dentro del recurso de súplica que se decide consiste en determinar si la nulidad por la incompetencia presentada es o no saneable. El recurrente, como se ha visto, considera que en el *sub lite* hay incompetencia funcional y que ella no es saneable. El apoderado del demandante estima, por el contrario, que la nulidad existente no es funcional y, por lo tanto, que sí es saneable.

Dispone el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo que "serán causales de nulidad en todos los procesos, las señaladas en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil y se propondrán y decidirán como lo previenen los artículos 154 y siguientes de dicho estatuto". O sea que el Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984 remitió expresamente al estatuto procesal civil en cuanto a *causales de nulidad* en los procesos contencioso-administrativos y respecto del *trámite* de ellas. Y si bien guardó silencio en lo concerniente al *saneamiento* de las nulidades, ello no representa inconveniente alguno, toda vez que por mandato del precepto 267 del Código Contencioso Administrativo, tal vacío debe llenarse con aplicación supletoria, también del Código de Procedimiento Civil. Así las cosas, tiénese que el régimen legal de las nulidades procesales en los asuntos sometidos al conocimiento de la jurisdicción en lo contencioso administrativo, es exactamente el mismo consagrado en el Código de Procedimiento Civil para los procesos cuyo conocimiento asigna la ley a la jurisdicción ordinaria en lo civil.

Ahora bien: El estatuto procedimental últimamente mencionado dedica el Título II a regular lo relativo a la "Jurisdicción y Competencia". El artículo 13, integrante del Capítulo Primero, dispone:

"*Improrrogabilidad de la competencia.* La competencia es improrrogable, *cualquiera que sea el factor que la determine*" (Las sublíneas son de la Sala).

Sentada la anterior premisa de carácter general, los siguientes capítulos están dedicados a fijar la competencia por la calidad de las partes, la materia y el valor del litigio (Capítulo II); por el territorio (Capítulo III) y por el factor funcional (Capítulo IV). Y más adelante (Libro 2º, Título II, Capítulo V) en disposiciones que no pueden interpretarse inconexamente o en forma aislada, sino observando la debida correspondencia y armonía, el Estatuto Procedimental Civil se ocupa en la regulación de las nulidades procesales. El ordinal 2º del artículo 152 del Código en comentario expresa que:

"El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

"……

"2. Cuando el Juez carece de competencia".

La norma últimamente transcrita sanciona con la invalidez la actuación que el Juez adelante cuando *carece de competencia,* y tal precepto debe entenderse en relación estrecha con el artículo 13 en líneas anteriores transcrito, y ello significa que la invalidez de la actuación adelantada por Juez incompetente se produce sin consideración alguna al factor determinante de la competencia, bien se trate de la que emana de la calidad de las partes, o de la que se establece en razón de la materia litigiosa, o de la que se deriva de la cuantía o valor del litigio, o de la que se determina por razón del territorio o, finalmente, de aquella que se establece atendiendo el factor funcional.

La competencia determinada por el *factor funcional* es aquella que corresponde al Juez en razón del papel jerárquico que la ley le otorga dentro del proceso. Así ,el Consejo de Estado es competente *funcionalmente* para conocer en *única instancia* de todos y cada uno de los asuntos determinados en los numerales 1 a 16 del artículo 128 del nuevo Código Contencioso Administrativo. Y lo es, también funcionalmente, para conocer en *segunda instancia* de todos aquellos procesos atribuidos en primera instancia a los Tribunales Contencioso Administrativos departamentales y, en particular, de aquellos asuntos a que hace referencia el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984.

Como se trata, entonces, de algo que se halla íntimamente relacionado con la recta administración de la justicia y la ley, además, se ha ocupado en detalle de precisar los asuntos o procesos que el Consejo de Estado debe conocer en única instancia, cuáles le competen en segunda instancia y cuáles deben ventilarse ante los Tribunales Administrativos tanto en primera como en única instancia, resulta que no está al arbitrio de las partes ni del propio Juez alterar el preciso señalamiento de la ley y, si así acontece, se incurre en causal de nulidad procesal de la actuación a términos del ordinal 2º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil. Y valga recordar de

nuevo que la competencia es improrrogable cualquiera que sea el factor que la determine, a términos del pretranscrito artículo 13 del mismo Código.

Ahora bien: Si la actuación adelantada por un Juez que carece de competencia es nula por ministerio de la ley, parece obvio y claro que tal nulidad debe comprender la actuación cumplida a partir del momento mismo en que el Juez incompetente intervino, pues no encuentra la Sala la razón lógica o jurídica que permita sostener que no obstante la nulidad por incompetencia, la actuación adelantada por el funcionario judicial incompetente es válida.

Lo precedentemente expuesto lleva a la Sala a concluir que el auto suplicado, en cuanto se abstuvo de decretar la nulidad de lo actuado, debe ser revocado, más confirmado en los demás extremos que, por demás, no discute el recurrente.

En mérito de las anteriores consideraciones,

Se resuelve:

Primero. Revócase el numeral primero (1º) de la parte resolutiva del auto suplicado de fecha cuatro (4) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987) y, en su lugar, *declárase nulo* todo lo actuado ante esta Corporación a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive.

Segundo. Confírmase en lo demás la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al Tribunal Administrativo competente.

(Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 28 de abril de 1988).

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

PRUEBA PERICIAL.— PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS.

Su régimen es el de los artículos 234 y siguientes y 236 del Código de Procedimiento Civil pues al expedirse el Decreto-ley 061 de 1984, el artículo 168 remite al Código de Procedimiento Civil aspectos como el de la admisión de los medios de prueba, forma de practicar éstos y criterio de valoración.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., cinco de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente número 5083. Actor: Pedro Antonio Forero Corredor y otro.

Se decide el recurso ordinario de súplica interpuesto por el señor apoderado de los demandantes en el proceso de la referencia, contra el auto de marzo 10 del presente año, proferido por el señor Consejero sustanciador, en el sentido de decretar la nulidad de la actuación, relativa a la designación de peritos y se dispuso que la inspección judicial decretada se practique con intervención de peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

I. La providencia recurrida:

Dice así:

"A) En virtud del principio de la formalidad y legitimación de la prueba, y también a la luz de los requisitos que la ley exige para la validez del dictamen pericial, éste medio probatorio debe aparecer dentro del proceso con todas las exigencias consagradas en la normatividad adjetiva. Igualmente, se torna indispensable que el experticio se haya ordenado por el Juez en forma regular";

"B) A la luz de la filosofía anterior, se tiene que si los peritos, como ocurrió en el caso en comento, no son designados, siguiendo para ello las pautas legales, van a rendir un experticio que, sin lugar a dudas, será nulo, produciéndose de contera un resultado que puede hacer nugatorios todos los esfuerzos orientados a la búsqueda de la verdad real. Y se afirma lo anterior porque en el auto de dos (2) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), visible al cuaderno número 2, folios uno y siguientes, se decretó, bajo el numeral tercero, la práctica de inspección judicial, con intervención de peritos, incurriéndose en el error de designarlos de la lista de auxiliares de

la justicia que tiene el despacho y siguiendo para ellos las pautas fijadas en el Código de Procedimiento Civil. Se olvidó que, en procesos de la naturaleza del presente, el artículo 24 de 135 de 1961, en su parágrafo, preceptúa":

" '*Parágrafo.* Los peritos a que se refiere este artículo serán designados así: Uno por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria; otro por el propietario o propietarios interesados, y un tercero por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi' ".

"En sentencia de veintiocho (28) de agosto de mil novecientos sesenta y nueve, Expediente número 724, Actor The Carmen Valley Gold Mines Limited, Consejero ponente, doctor Gabriel Rojas Arbeláez, la Sección Tercera de la Corporación, partiendo de la base de que los peritos habían sido designados en la forma establecida en la Ley 135 de 1961, dejó abierta la puerta para que fueran reemplazados en la forma establecida por el anterior Código de Procedimiento Civil sólo en el evento que contempla el artículo 706 de esta obra. En el referido proveído se lee":

" 'Es cierto que al iniciar la inspección ocular, el 30 de marzo de 1964, no concurrieron los peritos que habían sido designados, y que el funcionario procedió a reemplazarlos por otros. Este procedimiento está autorizado por lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 706 del Código Judicial, disposición que no fue derogada, ni expresa ni tácitamente por la Ley 135 de 1961. *Inicialmente los peritos se designaron por sorteo entre quienes forman las listas del Instituto Agustín Codazzi y del de la Reforma Agraria;* pero si éstos no se posesionan o no se presentan a desempeñar el cargo, como el juicio no puede estar definitivamente suspenso, es natural que el funcionario que va a verificar la inspección puede hacer el reemplazo' (*Anales del Consejo de Estado.* Tomo 77, números 423 y 424, pág. 191. Subrayas de la Sala)";

"C) Que los peritos deben ser designados en la forma establecida en el artículo 24 de la Ley 135 de 1961, lo enseña también el doctor Carlos Betancur Jaramillo, en su obra Derecho Procesal Administrativo, página 293, donde se lee":

" '*Se anota, si, que en los negocios relacionados con la reforma agraria (Extinción del derecho de dominio privado, expropiación de fundos rurales, etc. etc.) los expertos, en número de tres, deberán ser designados en la forma señalada por las Leyes 1ª de 1968 y 4ª de 1973 y por los Decretos 1576 y 1577 de 1974*' (Subraya de la Sala);

"D) Todo indica que el Consejo de Estado ha actuado con ligereza sobre el particular al no ordenar que los peritos se designen en la forma tantas veces analizada. Pero la filosofía del error judicial no puede invocarse, en ningún caso, como precedente para que siga operando en situaciones posteriores. El artículo 24 de la Ley 135 de 1961, es norma de carácter especial que no puede dejar de aplicarse alegando la vigencia posterior de normatividad general, pues los principios de hermenéutica enseñan que la derogatoria, en tales casos, también deben de ser especial";

"F) El Consejero conductor del proceso no hace suya la tesis jurisprudencial de la honorable Corte Suprema de Justicia, a que hace referencia el apoderado de la parte actora en su escrito, y ello explica que no considere pertinente dar aplicación a la excepción de inconstitucional. Encuentra, por el contrario, muy sólida la valoración jurídica de los Magistrados que salvaron entonces el voto, doctores Ismael Coral Guerrero, Carlos Medellín Forero, Alfonso Patiño Roselli y Ricardo Medina Moyano, quienes sobre tan importante perspectiva jurídica destacaron":

"'3ª La argumentación hecha por los actores, según la cual el hecho de que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, dada su naturaleza jurídica, intervenga en los avalúos, le otorga al Estado una condición de Juez y parte frente a la expropiación, carece definitivamente de apoyo jurídico. Basta con tomar en consideración que dicho peritazgo se realiza como lo expresa la misma norma cuestionada «dentro del respectivo proceso», y que en consecuencia su actuación es la de un simple perito, *que su dictamen se encuentra sujeto a las reglas de apreciación probatorios respectivas y que finalmente quien decide es el Juez. Por otra parte la presencia de peritos oficiales dentro de los procesos, es completamente normal y aún necesaria en atención a la calificación técnica respectiva, en todas las áreas de la función jurisdiccional de la República; y controvertir constitucionalmente tales actuaciones, comprendería por supuesto organismos como el Instituto Nacional de Medicina Legal y cualquier otro similar'.*

"'Realizado así mismo el peritazgo «dentro del respectivo proceso» resulta evidente que la parte afectada tiene a su disposición todos los recursos y medios de defensa propios del juicio correspondiente, sin que por lo mismo pueda hablarse de una presunta violación del artículo 26 de la Constitución'.

"'4ª Vale subrayar por último que, la determinación del avalúo catastral, además de constituir un acto administrativo también sujeto a los recursos de rigor, no puede considerarse como un acto arbitrario de la autoridad correspondiente. Se trata por el contrario de un acto sujeto a cánones estrictos de orden técnico, de suerte que tanto el avalúo realizado por los funcionarios de catastro, como el realizado «dentro del proceso respectivo» por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi se desenvuelve dentro de parámetros técnicos preestablecidos, lo colocan al abrigo de arbitrariedades, que de producirse, de cualquier manera están sujetas como ya se dijo a los correctivos procesales respectivos' (Foro Colombiano. Tomo 30. Números 175 a 180. Enero a junio de 1984. Págs. 415 y 416. Subrayas de la Sala)" (fls. 25 a 30, cuaderno 1).

II. El recurso:

El suplicante sustenta su impugnación así:

"1. Para adoptar la decisión contenida en el auto recurrido el honorable Magistrado sustanciador argumentó lo siguiente: a) Según el artículo 24, parágrafo de la Ley 135 de 1961, en los juicios de revisión ante el Consejo de Estado, los peritos serán designados así:

'Uno por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, otro por el propietario o propietarios interesados y un tercero por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi'; b) La norma en referencia, no fue modificada por las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Civil, por tratarse de una norma especial que requería de una norma especial que la derogara; c) No es inconstitucional la norma en cuestión, en cuanto permite la designación de peritos oficiales en procesos en los cuales es parte de la propia Administración".

"2. El auto recurrido no se ajusta a derecho, por las siguientes razones":

"2.1. La norma del artículo 24 de la Ley 135 de 1961 estaba acorde con la filosofía que informaba la designación de peritos en esa época, o sea que los peritos eran representantes de las partes. Es por ello, que la norma prevé la designación de peritos por parte del INCORA, del propietario y el Codazzi, siendo este último una especie de árbitro, para conciliar las diferencias entre los dos primeros".

"2.2. En materia probatoria el antiguo Código Contencioso Administrativo, remitía a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, lo relativo a los medios de prueba y al pronunciamiento para decretarlas y practicarlas, observando las reglas especiales que para cada proceso establecía el Código primeramente nombrado. Es obvio, que al expedirse el nuevo Código de Procedimiento Civil que reguló íntegramente la materia en el aspecto probatorio, quedaron derogadas todas las normas relativas a pruebas, incluyendo la del artículo 24 de la Ley 135 de 1961".

"2.3. Desde la expedición del Código de Procedimiento Civil quedó sin vigencia el principio contenido en el antiguo Código Judicial y el artículo 24 en cuestión, en el sentido de que los peritos son representantes de las partes".

"2.4. La Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo reiteradamente, a partir de la vigencia del Código de Procedimiento Civil, que la designación de peritos en los procesos de revisión, no se regía por el artículo 24 de la Ley 135 de 1961, sino por las normas de dicho Código, en relación con el nombramiento de auxiliares de la justicia".

"2.5. Conforme al artículo 168 del Código Contencioso Administrativo: 'En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración'. Por consiguiente, si el Código de Procedimiento Civil, no derogó la norma del artículo 24 de la Ley 135 de 1961, referente a la designación de peritos en los procesos de revisión ante el Consejo de Estado, la derogatoria sí se produjo a través de la norma citada".

"2.6. Si se estima que está vigente la norma del artículo 24, citada, es necesario aplicarla en su integridad. Es decir, tendrían derecho a designar peritos: Los demandantes, el INCORA y el Instituto Geográfico Agustín Codazzi".

"2.7. No es posible la designación de peritos del Codazzi por cuanto tales peritos son sospechosos de parcialidad y están impedidos para actuar al tenor de los artículos 142 y 235 del Código de Procedimiento Civil, por tratarse de funcionarios administrativos que van a intervenir en un proceso dentro del cual es parte interesada la entidad pública que le paga sus salarios y prestaciones, conforme a la letra a) del artículo 4º del Decreto 1904 de 1962. En dicha norma se establece que el INCORA 'deberá reembolsar periódicamente a aquél (se refiere al Codazzi) el costo total del servicio', de los peritos" (fls. 56 y 57, cuaderno 1).

III. Consideraciones de la Sala:

a) El parágrafo del artículo 24 de la Ley 135 de 1961, al estatuir que en los juicios de revisión ante el Consejo de Estado, los peritos serían designados "uno por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, otro por el propietario o propietarios interesados y un tercero por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi", se acomodaba a lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil, vigente entonces (Ley 105 de 1931, art. 705) que regulaba la institución pericial en esa forma: Cada parte designaba un perito, y los dos principales, el tercero, con la diferencia de que la ley agraria señalaba expresamente el tercero como nombrado por el Instituto Agustín Codazzi.

La gravedad de tal sistema estaba en que cada perito se sentía representante de la parte que lo nombraba y cada parte hablaba de "su perito" y el mismo lenguaje utilizaba la ley bajo la vigencia de tal estatuto.

"Una parte no puede tachar a su propio perito sino...", regulaba el 2º inciso del artículo 709 de la Ley 105 de 1931.

"El perito tercero, siendo nombrado por los dos peritos principales, debe considerarse como que es propio de ambas partes", decía la Corte (Auto, Sala de Negocios Generales febrero 18 de 1938, XLVI, 175);

b) Dado ese origen espúreo de los expertos y las normas sobre tarifa probatoria que traía el antiguo Código de Procedimiento Civil, fue permanente y angustioso el esfuerzo de la jurisprudencia para señalar los parámetros atendibles para ameritar dicha prueba.

"El juramento por parte del perito lo inviste de la función de auxiliar judicial que lo hace recusable como los Jueces; participa así la función pericial en la administración de justicia que es por definición constitucional uno de los atributos eminentes del poder del Estado; el perito, según nuestro derecho, ha de conformarse en su posición a una fórmula solemne cuyas palabras expresan la garantía que para las partes representa el recto y escrupuloso cumplimiento de su función; parece, pues, que según el Código colombiano haya de descartarse la vieja noción según la cual las formalidades que rodean el funcionamiento de la prueba pericial se instituyen en provecho exclusivo de los litigantes, ya que la posesión es consustancial de la función encargada por nuestra ley a los peritos. Pero aun cuando estaban en boga las nociones civilistas sobre la naturaleza del derecho

de acción el Tribunal de casación de Turín en sentencia de 23 de mayo de 1897, transcrita por Mattirolo en las notas al Tomo 2º del Derecho Judicial Civil, concluyó así: 'Las partes pueden invocar la nulidad de la prueba pericial en el caso de que falte el juramento; pero tal nulidad no podrá ser declarada de oficio frente a la renuncia o simplemente el silencio de las partes'. Es obvio que el concepto de nulidad traído en la transcripción anterior no puede tomarse literalmente, porque ese vocablo en nuestro léxico induce nociones diferentes de las expresadas en la doctrina de que se hace mérito, en la cual se emplea asimilándolo a ineficacia, inanidad, esterilidad; así tomada aquélla, fácilmente puede advertirse que desechando las características de función pública adscrita a la jurisdicción, que en nuestro derecho configura la actividad perical, la ausencia legal de la posesión por parte de un experto que ha sido reconocida como un vicio, radical cuya purga, dentro de la noción más amplia, sólo podría buscarse en un acuerdo expreso de los litigantes".

"En derecho moderno no existe el proceso convencional en que el Juez y partes gobiernan a voluntad la secuela material del litigio; en casos particulares los contendientes pueden separarse de una norma procesal en virtud de acuerdo expreso o tácito, u omitiendo reclamo sobre su inobservancia, pero esta libertad resulta de que la norma sea dispositiva y no obligatoria, debiendo entenderse de este último linaje la que no derive de la ley los caracteres del primero".

"Es indiferente para la aplicación de estos conceptos que la posesión no se haya surtido, o que habiéndose practicado conste en acta que por incompleta en su forma es inoperante, como quiera que la seguridad exterior de los actos procesales desde el principio hasta la definición del pleito es condición indispensable para la actuación de la ley, Chiovenda, en el Tomo 2º de los Principios del Derecho Procesal Civil, a este respecto se expresa así: 'Por las gentes profanas dirígense numerosas censuras a las formas judiciales, basándose en que las formas originan largas e inútiles cuestiones y frecuentemente la inobservancia de una forma puede producir la pérdida del derecho; y se proponen sistemas procesales simples o exentos de formalidades. No obstantes, la experiencia ha demostrado que las formas en el juicio son tan necesarias y aún mucho más que en cualquiera otra relación social; su falta lleva al desorden, a la confusión, y a la incertidumbre'. Consecuencia de lo anterior es que aunque el fin al cual se dirige un acto procesal se alcance de diversas maneras, sólo la elegida por la ley es eficaz, porque al señalarla le ha dado el carácter de formalidad excluyente de los demás medios (Casación, 18 mayo de 1948, LXIV, 386)".

"Es la natural imposibilidad de que el Juez posea conocimientos universales y en cantidad y en calidad adecuadas sobre las múltiples materias, algunas de gran complejidad técnica, que se someten a su decisión jurisdiccional, el verdadero fundamento filosófico y jurídico de la institución de la prueba de peritos, mediante la cual el sentenciador alumbra sus decisiones y juicios en el examen y concepto que personas técnicas realizan sobre determinadas cuestiones de hecho que requieren la sistematización de conocimientos especiales para su comprensión y dominio. El perito es, pues, un auxiliar técnico del

Juez. Sus conclusiones o dictamen, de acuerdo con la naturaleza *'sui géneris'* de sus funciones, y como lo tiene consagrado la doctrina jurídica universal, constituyen datos o elementos de juicio aprovechables por el funcionario del Poder Judicial en la medida que encuentre aceptables los fundamentos en que se apoyen las conclusiones a que lleguen, fundamentos que en todo caso deben expresarse con precisión, exactitud y claridad (art. 716 del C. J.). 'No obstante estar llamados los peritos —dice Dellepiane— a suplir o completar los conocimientos del Juez ilustrándolo sobre cuestiones de hecho que requieren saber especial, su opinión no liga imperativamente al Magistrado, ni lo dispensa del deber crítico...' Pero la propia esencia de esta prueba, que busca completar la capacidad intelectual del juzgador, para su función jurisdiccional, señala por sí misma el radio de apreciación judicial de su mérito o fuerza de convicción que será más o menos en relación, a más de las condiciones y calidades personales del experto con el mayor o menor grado de tecnicismo o especialización científica o artística que distinga el punto concreto sometido a dictamen y de esta manera resulte más o menos lejano y extraño a la órbita ordinaria y normal en que se mueva los conocimientos de un Juez. Casos habrá naturalmente en que el sentenciador ha de acoger como fuente de certidumbre completa los conceptos o afirmaciones perentorias que unánimente le presenten dos peritos como consecuencia indudables sacadas con base a sus conocimientos especiales de hechos sujetos a los sentidos, por no estar en capacidad de asumir el papel de técnico en materias totalmente extrañas a su formación de juristas; pero al lado de estas ocurrencias colocadas por su tecnicismo riguroso más allá de las posibilidades críticas del Juez, hay casos que no tienen características exigentes de especialización intelectual o de técnica que lo cierre al buen criterio y a la prudente apreciación del juzgador, què es a quien en definitiva corresponde determinar el alcance, importancia y fe que merezca el dictamen pericial en cada caso concreto. Un Juez culto, inteligente y sabio —como dice Stoppato— no es presumible siquiera que pueda negar lo que está lógica y científicamente demostrado, o rechace lo que ha sido inevitablemente aceptado, sustrayéndose arbitrariamente a los resultados inequívocos que necesariamente proceden de hechos determinados. Estos principios generales en que se informa el moderno derecho probatorio que aspira a dar la mayor amplitud posible al convencimiento o persuación racional del Juez en el proceso de avaluación probatoria de los procesos judiciales, alejándolo cada vez más de normas invariables que encadenan su criterio deformando su misión esencial de impartir justicia, estaban consagrados en lo que a la prueba pericial se refiere, en el artículo 79 de la Ley 105 de 1890, hoy derogada, que disponía que 'la exposición de los peritos no es de por sí plena prueba; ella debe ser apreciada por el Juez o los Magistrados, al fallar en definitiva, teniendo en consideración las razones en que fundan su dictamen los peritos, y las demás pruebas que figuren en el expediente. En consecuencia, corresponde a los Magistrados y Jueces el precio o la estimación de las cosas que deben ser apreciadas o estimadas para decidir la controversia. Pero expresarán las razones de su determinación. No se opone a seguir aplicando estas sanas normas que dan al sentenciador cierta latitud de apreciación en todo caso de peritaje el texto de las nuevas disposiciones

al respecto. Atrás copiadas, que no pueden constituir un retroceso en nuestro sistema probatorio civil, porque si es verdad que en los artículos 721 y 722 se da al dictamen pericial la categoría de plena prueba, también es verdad que allí se determinan precisamente las condiciones o requisitos que han de reunirse para que tal plenitud probatoria se realice. No se establece en estos artículos del Código la imperativa aceptación mecánica por parte del Juez del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado para decidir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al Juez quien las reconoce o niega, para aceptar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos. Es por medio del Poder Judicial como la República ejerce permanentemente la facultad de administrar justicia de acuerdo con la Constitución y las leyes (art. 142 del C. J.). Desacertada y sin ningún apoyo en la ley resulta la tesis de que en algunos casos el fallo lo dictan en conciencia los peritos a través de un juicio especial y breve en que el funcionario judicial apenas refrenda con su autoridad el avalúo pericial. Contraría esta apreciación tanto la naturaleza propia del dictamen de peritos como modo probatorio, en que le corresponde el papel de ilustrar el criterio judicial en la misma forma que los demás elementos de convicción que figuren en el proceso como la esencia de la función jurisdiccional que soberanamente corresponde al juzgador de realizar la justicia, dándole, en este caso una expresión numérica, cuantitativa de equidad, a la relación jurídica que ha ligado a las partes en el desarrollo del litigio, para lo cual es indispensable y esencial la consideración crítica de todas las pruebas aducidas oportuna y adecuadamente en el debate contradictorio. Los peritos no son *Jueces de hecho*, en la aceptación jurídica de estas palabras, sino auxiliares de la administración de justicia para el esclarecimiento de cuestiones que requieran conocimientos especiales; y la frase a *juicio de peritos* que emplea el Código en algunas de sus disposiciones, como el artículo 2054, no quiere significar sino *opinión, parecer* o *dictamen*, pero en manera alguna puede ser sinónima, o equivalente a *fallo o sentencia*. Para que el dictamen pericial tuviera la obligatoriedad incondicional sería preciso que los expertos estuvieran investidos de una especial jurisdicción por el legislador y entonces no serían tales en la función que les corresponde dentro de nuestro derecho probatorio, sino que se convertirían en Jueces como árbitro o arbitradores con capcidad legal de proferir verdaderas sentencias (Título XVII del C. J.)";

c) Esa era la situación creada por la Ley 135 de 1961, que hizo excepción a las reglas sobre pruebas en el proceso civil a las cuales se remitía el artículo 282 del antiguo Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941);

d) En tales condiciones, no puede decirse que con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Civil (Decreto-ley 1400 de 1970)

quedó derogada la disposición de la ley agraria sobre designación de peritos pues ella hacía excepción a las reglas generales probatorias del Código de Procedimiento Civil, a las cuales se remitía el anterior Código Contencioso Administrativo;

e) Y las formalidades en la designación de los peritos, son definitivas para tener como eficaz el experticio y poderlo apreciar como prueba.

"Una prueba pericial que se ha practicado sin la citación de la parte contraria o sin llenarse las formalidades legales, sobre peritos, no puede estimarse en la sentencia. Se funda esta doctrina en que si se dejan de cumplir las formalidades señaladas por la ley para el nombramiento, posesión y oportunidad para tachar los peritos, se omiten requisitos esenciales y se arrebata un derecho a las partes en el juicio" (Sentencia, Sala de Negocios Generales, 18 de mayo de 1937, XLV, 286);

f) Pero al expedirse el nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 001 de 1984) e incluirse en él la norma contenida en el artículo 168, según la cual, "se aplicarán... *las del de Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración*", no hay duda alguna que las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil, se hicieron aplicables, obligatoriamente, con la única excepción de aquellas que resulten incompatibles con el Código Contencioso Administrativos y, obviamente las que señalan la forma de nombrar los peritos son no sólo compatibles sino que significan positivo avance en el régimen probatorio al garantizar la independencia de los peritos;

g) Y como el nuevo Código Contencioso Administrativo, regula, en la forma vista, toda la materia, la norma especial sobre juicios de revisión quedó derogada, como lo dispone el artículo 3º de la Ley 153 de 1887.

"Artículo 3º Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o *por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería*";

h) Por tanto, hoy la prueba pericial en los procesos contencioso-administrativos, sin excepción alguna, se rige por los artículos 234 y siguientes y 236 del Código de Procedimiento Civil, que fueron las normas aplicadas en el asunto *sub júdice*.

Por lo expuesto, *se revoca*, en todas sus partes el auto suplicado y, en su lugar *se resuelve:*

Primero: No hay lugar a declarar nulidad alguna en relación con la prueba pericial a que se ha hecho referencia.

Segundo: Vuelva el expediente al Despacho de origen para que continúe su tramitación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión de la fecha.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo*, Salvamento de voto; *Jorge Valencia Arango*.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

PRUEBA PERICIAL EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS.—

Salvamento de voto del *doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 5083. Actor: Pedro Antonio Corredor F.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria expuesta en el auto de 5 de mayo del presente año. Son razones de mi discrepancia las siguientes:

1. Comparto en su integridad la excelente decisión tomada por el señor Consejero Uribe Acosta en su auto de marzo 10 del año en curso. Esta aceptación de los puntos de vista allí expuestos sería más que suficiente para respaldar esta salvedad.

2. Ni el Código de Procedimiento derogó el régimen de peritos regulado por la ley agraria, ni este efecto lo produjo el nuevo estatuto procesal administrativo. Ambos regímenes son de carácter general y no tuvieron la virtualidad de derogar el sistema creado por la Ley 135 de 1961 que es de carácter especial.

En esto se sigue la regla del artículo 10 del Código Civil, en materia derogatoria legal, en caso de enfrentamiento de una ley general con una especial (sustituido por el 5º de la Ley 57 de 1987).

3. El hecho de que el Código Administrativo haya dispuesto en su artículo 168 que en materia de pruebas se aplicarían las del procedimiento civil en lo que toca con la *admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y los criterios de valoración,* no quiere significar que este último Código se hizo aplicable en toda su extensión, porque precisamente su alcance limitativo es obvio y hay que entenderlo así, en aquello que resulta compatible con las normas de aquel estatuto.

4. La ley de facultades que sirvió de apoyo para la expedición del Decreto 01 de 1984 (la 58 de 1982) en parte alguna facultó al Gobierno para modificar el sistema probatorio de los procedimientos que desarrollan la reforma agraria. Si esa fuera la inteligencia de la norma habría que concluir con la inconstitucionalidad de ese artículo 168 del Código Contencioso Administrativo.

5. Es cierto que hoy la prueba pericial en los procesos administrativos se sujeta, por regla general, a lo dispuesto por los artículos

234 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Pero no es menos cierto que las normas especiales, entre ellas las que regulan la peritación agraria, son aplicables así sean anteriores.

6. Tan cierta ha sido la intención del legislador en imponer un régimen propio en materia pericial agraria, que la nueva ley (la 30 de 1988) mantuvo su carácter especial, diferente al ordinario de los Códigos Procesal Civil y Administrativo.

Con todo respeto,

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D. E., mayo 11 de 1988.

IMPEDIMENTOS.— Razón intelectual.

La causal invocada de INTERES INTELECTUAL no tiene reconocimiento en nuestro estatuto procedimental para justificar, IMPEDIMENTO O RECUSACION DEL JUEZ. Razón de ser.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., cinco de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número R-025. Actor: Jorge Combariza Huertas y otros. Recurso de anulación.

El señor Consejero doctor Jorge Valencia Arango, a quien le correspondió por reparto el conocimiento de este negocio, manifiesta a la Sala sentirse impedido por tener interés intelectual directo en una tesis fundamental para la decisión y que explica y respalda así:

"El presente recurso de anulación hace valer contra la sentencia acusada, las mismas razones que se esgrimieron en los recursos de súplica contra las sentencias de la Sección Segunda en los procesos adelantados por Eduardo París Osuna y O. y Luis Felipe Díaz y otros, casos exactamente iguales al presente y en los cuales yo salvé el voto, en lo esencial, el que se esgrime en forma de demanda de anulación.

"El suscrito Consejero ha hecho grandes esfuerzos por superar tal circunstancia y poder elaborar proyecto de sentencia, pero es tal la adhesión mental a tales salvamentos de voto que carece de libertad intelectual necesaria para tal cometido".

Consideraciones:

La causal invocada del "interés intelectual" no tiene reconocimiento en nuestro estatuto procedimental para justificar impedimento o recusación del Juez.

Ello explica que el peticionario la ubique en la causal primera del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, que consiste en "tener el Juez ... interés directo o indirecto en el proceso" y válido de la falta de precisión del sentido del término "interés" empleado por la norma.

Piensa la Sala que no puede aceptarse esta amplia interpretación de la causal invocada, pues si se generalizara se podría convertir en un factor perturbador del trabajo comunitario del Juez colegiado, ya que bastaría aducirlo por cualquiera de sus miembros para eximirse de las labores a las cuales está obligado, con el agravante de que todos en determinado momento y con relación a las tesis compartidas, podrían también alegar la misma razón para declararse impedidos.

Al término "interés" utilizado por el Código, debe dársele primordialmente el sentido económico y en ningún caso puede confundirse con el sentimiento de satisfacción o de frustración que pueda producir en el ánimo del fallador, el hecho de ver aceptadas o negadas sus tesis.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

Resuelve:

No se acepta el impedimento manifestado por el doctor Jorge Valencia Arango, en consecuencia, vuelva el negocio a su despacho para que continúe conociendo de él.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

(La presente providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha).

Carmelo Martínez Conn, Presidente; *Antonio José de Irisarri Restrepo, Hernán Guillermo Aldana Duque, Luis Antonio Alvarado Pantoja,* Ausente; *Aydée Anzola Linares,* Ausente; *Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Guillermo Benavides Melo,* Ausente; *Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure, Simón Rodríguez Rodríguez,* Ausente; *Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario (E).

ACTUACION JUDICIAL.—

Los términos de conformidad con el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil son señalados por la ley o por el Juez. Más, cuando no han sido fijados ni por aquélla ni por éste, ha de entenderse que el término de cumplimiento de una actuación judicial es el de la ejecutoria del auto que la impone, a menos que hubiere sido recurrida según emerge del contenido del artículo 331 ibídem.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., doce de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número R-014. Recurso de revisión. Actor: Simbad Ceballos Chacón.

En escrito presentado el día 3 de mayo del año en curso solicitó el apoderado del señor Simbad Ceballos sea revocado el auto de 11 de diciembre de 1987 por el cual se inadmitió el recurso extraordinario de revisión formulado contra la sentencia de 13 de septiembre de 1985 dictada por la Sección Segunda de esta Corporación, y en su lugar "se ordene el desarchive del expediente", se dé por prestada la caución fijada y se ordene proseguir el trámite del recurso.

Se sustenta la petición básicamente en la consideración de que ni el auto que fijó la caución a prestar ni el artículo 190 del Decreto 01 de 1984 fijan término alguno al respecto, "creando un plazo abierto sin término, donde sólo el interesado debe actuar cuando pueda hacerlo".

Para resolver se considera:

Repugna a la lógica y a los principios de celeridad y de certidumbre de las situaciones jurídicas, la idea de los "plazos abiertos sin términos". Los términos, de conformidad con el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, son señalados por la ley o por el Juez. Mas, cuando no han sido fijados ni por aquélla ni por éste, como acontece en el caso de autos, ha de entenderse que el término de cumplimiento de una actuación judicial es el de la ejecutoria del auto que la impone, a menos que hubiese sido recurrida, según emerge del contenido del artículo 331 *ibidem.*

Ordenada la caución que debía prestar el recurrente, mediante auto de 28 de octubre de 1987 (ver fl. 25), sólo vino a ser aportada

la correspondiente póliza el día 3 de mayo del año que corre, con el escrito que aquí se estudia, lo que evidencia en el peticionario una total falta de interés en la impulsión de las diligencias.

Si de otro lado, no estaba conforme el recurrente con lo decidido en la providencia de 11 de diciembre de 1987 que inadmitió el recurso extraordinario, ha debido impugnarla dentro del término legal mediante los recursos previstos en el ordenamiento procesal. No lo hizo así, por lo cual en este momento se está ante una actuación fenecida que no puede ciertamente revivirse a través de la petición en estudio, que en el fondo implica un recurso de reposición contra un proveído con varios meses de ejecutoria.

Por lo anteriormente expuesto, *se rechaza* de plano la petición formulada en el escrito que antecede.

Cópiese y notifíquese.

Samuel Buitrago Hurtado.

Nubia González Cerón, Secretaria.

SENTENCIAS.— Corrección por error aritmético.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., catorce de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Número 2002. Proceso ordinario por indemnizaciones de la Congregación de Hermanas Misioneras de María Inmaculada de Santa Catalina de Sena (Madre Laura), contra la Nación colombiana.

El apoderado de la parte actora, dentro del proceso del rubro, en escrito visible a folios 202 y siguientes del cuaderno número 1A, solicita la corrección de errores aritméticos que afirma se registran en la providencia de la Sala de Decisión de fecha cinco (5) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987) (Cuaderno número 1A, fls. 144 y ss.), por medio de la cual se hizo la liquidación de la condena de la sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el día quince (15) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), complementada con la proferida por la misma Corporación el día seis (6) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe a continuación lo pertinente del referido memorial. En él se lee:

"Al referirme a las providencias anteriormente citadas, en memorial por medio del cual pedí copia autorizada de ellas, con fecha 15 de marzo de 1987, dejé constancia expresa de mi inconformidad con la liquidación del monto de los perjuicios hecha por la Sala, por cuanto dicha liquidación adolece de errores aritméticos que dan lugar a pedir su rectificación, en ejercicio de lo dispuesto por el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por mandato de lo dispuesto por el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, disposiciones estas que copio a continuación para mayor claridad de mi solicitud.

"Dice así el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil:

" 'Corrección de errores aritméticos. *Toda providencia* en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el Juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra ella. Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará en la forma indicada en el artículo 205'.

"Y el artículo 267 del Código Contencioso Adminitrativo dice:

" 'Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se siguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo'.

"Las disposiciones legales anteriormente transcritas son claras en su letra y en su espíritu, y no dejan duda alguna de que son corregibles y deben ser corregidos los errores aritméticos que afectan la liquidación contenida en la providencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con fecha 5 de marzo de 1987.

"La parte resolutiva de la sentencia de mérito, que profirió la condena en abstracto, de fecha 15 de junio de 1974, dice en lo pertinente:

"Falla:

"Primero: Condénase a la Nación colombiana —Ministerio de Defensa Nacional— a pagar a la Congregación de Hermanas Misioneras de María Inmaculada de Santa Catalina de Sena (Madre Laura) una indmenización, *in génere,* por los perjuicios causados en las edificaciones ubicadas en la calle 28 número 5-54 de la ciudad de Cali, como consecuencia de la explosión ocurrida el 7 de agosto de 1956".

"Segundo: Para la liquidación de la anterior condena se tendrán en cuenta las bases señaladas en la parte motiva de esta providencia. Aquella se hará de acuerdo con lo estipulado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con los artículos 172 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

"La parte resolutiva de la sentencia complementaria, de fecha 6 de mayo de 1985, dice:

"Falla:

"Primero: Adiciónase la parte resolutiva de la sentencia dictada por esta Corporación con fecha quince (15) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro, la cual quedará así:

"Se reconocerá como lucro cesante el porcentaje del 6% anual conforme lo anotado en la parte motiva de esta providencia a partir del siete (7) de agosto de mil novecientos cincuenta y seis (1956), hasta la fecha de ejecutoria de la misma (He subrayado).

"En la sentencia de condena, que desató la *litis,* la Sala sentenciadora fijó las siguientes pautas para la liquidación de la condena *in génere:*

"En esta forma, deberá condenarse a la Nación al pago de los perjuicios causados a la comunidad demandante, con motivo de la destrucción del inmueble indicado en el libelo, por causa de la explosión ocurrida en la ciudad de Cali el 7 de agosto de 1956.

"En casos semejantes el Consejo de Estado, por medio de la Sección Tercera, ha venido sosteniendo que el daño emergente equivale al avalúo de los perjuicios que efectúe la Junta Informadora de Daños y Perjuicios de la Fundación Ciudad de Cali. Por tanto, no se tendrá en cuenta el dictamen pericial practicado en el curso del litigio, varios años después de la explosión, y el cual señala unas bases de liquidación distintas a las que ha establecido esta entidad para indemnizar a los damnificados que se encontraren en situación similar a la de la actora".

"Según certificado de la Fundación Ciudad de Cali (fl. 3, cuaderno número 1) los perjuicios tasados a la comunidad de las Hermanas Misioneras en la ficha censal número 5772, como lesionado por el mencionado insuceso, fueron avaluados en la suma de $ 389.000.00. Este debe ser, entonces, el valor que habrá de reconocerse".

"Así mismo, procede, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, la actualización de la suma señalada como daño emergente, en el numeral anterior la cual no podrá hacerse en concreto, y por cuanto no se probaron dentro del proceso los índices de precios al consumidor exigidos para el efecto en la norma antes citada.

"Sin embargo, debe establecerse, que el Banco Central Hipotecario concedió a la Congregación de Hermanas Misioneras de María Inmaculada Santa Catalina de Sena, dos créditos con garantía hipotecaria, en su condición de damnificada de los hechos sucedidos el 7 de agosto de 1956, sobre el predio de su propiedad de la calle 28 número 5050 y 5074 en la ciudad de Cali y por esa razón tales acreencias como lo dispone el artículo 18 del Decreto reglamentario 1085 de 1960, deben ser tenidas en cuenta para la liquidación del lucro cesante".

"El primer préstamo se distingue con el número 11/32213 por la suma de $ 357.000.00 como consta en las escrituras públicas números 654 de 12 de mayo de 1956 de la Notaría Cuarta de Cali y 1672 de 6 de mayo de 1957 de la Notaría Primera de esa ciudad, con destino a la reconstrucción del inmueble y con intereses del 5% anual y plazo de 20 años (fls. 4 a 9, cuaderno número 1 y 83 a 87 del cuaderno número 2). El segundo crédito tiene el número 11/33468 por la cantidad de $ 12.000.00 según la escritura pública número 1723 de 18 de noviembre de 1958 de la Notaría Cuarta de Cali (fls. 89 a 93, cuaderno número 2).

"El artículo 18 del Decreto reglamentario 1085 de 1960, preceptúa:

"En la liquidación de perjuicios de los damnificados que obtuvieren préstamos a largo plazo del Banco Central Hipotecario se descontará la cantidad que prudencialmente fije la Junta Directiva de la Fundación Ciudad de Cali, como equivalente a la utilidad que para el damnificado representa la consecución de dichos préstamos a un tipo más bajo del comercial acostumbrado por los bancos para esta clase de operaciones. Así mismo se hará y tendrá en cuenta para fijar la correspondiente indem-

nización, una equitativa apreciación de cualquier otra clase de beneficios que hubieran podido derivarse por concepto de la transformación económica de las zonas afectadas por la explosión".

"Igualmente, serán descontados de la indemnización los valores que representen los beneficios que obtuvieron aquellos damnificados que recibieron certificados para importar maquinarias, materias primeras, etc., de acuerdo con las disposiciones entonces vigentes sobre rehabilitación de los perjudicados por la explosión".

"Como en el curso del juicio no se comprobó la utilidad que para la comunidad de las Hermanas Misioneras representaron los préstamos otorgados por el Banco Central Hipotecario, en consideración a las condiciones ventajosas en que fueron concedido, debido al carácter de damnificados de la acreedora, no es posible efectuar en esa providencia la liquidación de la indemnización. Por esta circunstancia, la condena se hará en abstracto y para su liquidación, conforme a lo previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, se tendrán en cuenta las siguientes bases:

"1. El daño emergente equivale a la suma de trescientos ochenta y nueve mil pesos ($ 389.000.00).

"2. Se actualizará la suma mencionada desde la ocurrencia de la explosión a la fecha de los préstamos del Banco Central Hipotecario, aplicando los índices de precios al consumidor que certifique el —DANE—, con relación a este primer período".

"3. Se establecerá el valor de la utilidad que para la Congregación demandante representó la consecución de los préstamos efectuados por el Banco Central Hipotecario, en su condición de damnificada, a las fechas del otorgamiento.

"4. El valor de la utilidad de los créditos del Banco Central Hipotecario, se descontará de la suma de la indemnización debida a las fechas de los mismos, o sea de la cantidad que resulte del punto segundo.

"5. Hecha la anterior deducción se actualizará el saldo obtenido a partir de la fecha del último préstamo y hasta la ejecutoria del presente fallo, teniendo en cuenta los índices de precios que certifique el —DANE— en relación con este período.

"Y en la sentencia complementaria visible a folio 89 y siguientes del cuaderno número 1 se precisó, como dice a continuación:

"Falla:

"Primero. Adiciónase la parte resolutiva de la sentencia dictada por esta Corporación con fecha quince (15) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), la cual quedará así:

"Se reconocerá como lucro cesante el porcentaje del 6% anual conforme lo anotado en la parte motiva de esta providencia, a partir del siete (7) de agosto de 1956, hasta la fecha de ejecutoria de la misma".

"Y en la parte motiva de la misma providencia se estableció lo siguiente en relación con el interés del 6% anual:

"En lo relacionado con el porcentaje que deberá tomarse como base para la liquidación del lucro cesante, en la demanda se solicitó el 14% anual, pero de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo, para estos casos, se tendrá en cuenta el 6% anual como interés puro o efectivo sobre el respectivo saldo del daño emergente".

"Concluyó:

"Estimo que lo que dejo transcrito de la sentencia de condena de fecha 15 de junio de 1984 y de la sentencia adicional de fecha 6 de mayo de 1985, conforme al claro espíritu y al texto literal igualmente claro, de dichas providencias, da derecho a concluir sin la menor duda, que la liquidación del *quántum* de la condena, debió hacerse sobre las siguientes bases:

"1. Apreciado inicialmente como valor del daño emergente, la suma de trescientos ochenta y nueve mil pesos;

"2. Actualizando la suma de $ 389.000.00, a partir del 7 de agosto de 1956 hasta la fecha de los préstamos del Banco Central Hipotecario, aplicando los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, con relación a este primer período (aclaro que las certificaciones auténticas y originales del DANE, obran en el expediente);

"3. Estableciendo el valor de la utilidad que para la Congregación demandante representó la consecución de los préstamos que le hizo el Banco Central Hipotecario (aclaro que en el expediente obra original y auténtica, la liquidación de la premencionada utilidad, efectuada por la Dirección de la Fundación Ciudad de Cali);

"4. Descontando de la suma actualizada de la indemnización debida a las fechas de los préstamos, el valor de la utilidad obtenida por la actora con los referidos préstamos, conforme al punto inmediatamente anterior (3);

"5. Realizada la operación precedente, actualizando el saldo obtenido, a partir de la fecha del último préstamo, hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia adicional de fecha 6 de mayo de 1985, o sea hasta el 23 de mayo de 1985, teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor que constan en los certificados expedidos por el DANE, que obran de autos;

"6. Liquidando, conforme a la sentencia complementaria, y conjuntamente con la liquidación del daño emergente, el lucro cesante fijado en la sentencia complementaria en un 6% anual, como interés puro o efectivo, en tal forma que el monto de dicho interés efectivo se sume al monto de lo liquidado por concepto de daño emergente, aplicando, como es obvio de acuerdo con las voces de la sentencia de 15 de junio de 1985, la actualización ordenada teniendo en cuenta los índices de precios certificados por el DANE.

"Liquidación de la cuantía de las indemnizaciones realizada por los peritos designados dentro del proceso por el Consejo de Estado doctores Julio Ramírez Giraldo y Policarpo Castilla Dávila de cuya honestidad y competencia no cabe dudar:

"Tomando letra a letra, punto por punto, las pautas trazadas por el propio Consejo de Estado en sus sentencias de fecha 15 de junio de 1984 y 6 de mayo de 1985, los peritos señalaron como monto total de las indemnizaciones a la fecha de la ejecutoria de la sentencia adicional, quedando comprendidos el daño emergente y el lucro cesante, la suma global de ciento nueve millones setecientos sesenta y cinco mil novecientos setenta y tres pesos con veinte centavos ($ 109.765.973.20).

"Liquidación realizada por el Consejo de Estado en su providencia de fecha 5 de marzo de 1987, la corrección de la cual solicito en el presente memorial por los errores aritméticos cometidos en la misma:

"Separándose de la liquidación presentada por mi al iniciarse el incidente sobre fijación del monto de la condena, la cual ascendió a la suma de $ 111.079.823.40; apartándose de la liquidación realizada por la parte opositora o deudora, que señaló como monto de lo debido, tanto por daño emergente como por lucro cesante la suma total de $ 39.698.815.75 apartándose también de la fijación hecha por los peritos doctores Policarpo Castilla Dávila y Julio Ramírez Giraldo, que ascendió, por daño emergente más lucro cesante, a la suma de $ 109.865.973.20, la Sala del Consejo de Estado a la cual tengo el honor de dirigirme, fijó únicamente como cuantía total de las indemnizaciones, la suma de dieciocho millones doscientos cuarenta y un mil doscientos cuarenta y siete pesos con ochenta y un centavos ($ 18.241.247.81).

"En apoyo de su propia liquidación, la Sala hizo las consideraciones que transcribo a continuación:

"Consideraciones de la Sala:

"A) Ninguna de las liquidaciones que se presentaron dentro del incidente será aceptada por la Corporación, pues todas ellas adolecen de errores de distinta naturaleza, como pasa a precisarse.

"1. La realizada por el apoderado de la parte actora se aparta de las pautas de la sentencia en cuanto liquida año por año el monto de los intereses técnicos del seis (6%) anual, los capitaliza luego, y sobre el nuevo resultado vuelve a la operación. Como en la providencia que adicionó el fallo se dice que en la materia debe darse aplicación a la reiterada jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo, para estos casos..." se recuerda que ella ha sido reiterada en el sentido de que el interés técnico del 6% se liquida siempre sobre el capital histórico. Esto porque a la luz de lo preceptuado en el artículo 2235 del Código Civil está prohibido estipular intereses de intereses y también por elementales razones de equidad, pues si se mantiene el valor contante (sic) del peso colombiano, el interés razonable para indemnizar el lucro cesante

debe ser sólo el técnico del 6% anual. En el fondo, es la misma filosofía que informa la política de las entidades captadoras de ahorro nacional a través del UPAC.

"Contra lo anteriormente expuesto por la Sala, afirmo lo siguiente:

"Como lo dejé copiado atrás en la sentencia complementaria de fecha 6 de mayo de 1985, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado al referirse a la condena por concepto del lucro cesante, dijo: "SE TENDRA EN CUENTA EL 6% ANUAL COMO INTERES PURO O EFECTIVO SOBRE EL RESPECTIVO SALDO DEL DAÑO EMERGENTE" (las mayúsculas son mías).

"Debiendo aplicar o liquidar el interés efectivo sobre el saldo del daño emergente, como se estableció en la sentencia de fecha 6 de mayo de 1985, que es ley del proceso, incurrió en error la Sala cuando, para realizar la liquidación de la condena en abstracto, aplicó el interés simple o nominal, en lugar del interés *Efectivo*, lo que altera enormemente el resultado de las operaciones aritméticas.

"El interés *Efectivo* se liquida en forma muy distinta a la del interés simple. El interés efectivo es el interés financiero, el mismo que liquidan por sí solas las computadoras; y yo no veo ilegalidad ninguna en que en la sentencia de fecha 6 de mayo de 1985 el Consejo de Estado hubiera ordenado que se liquidara el interés efectivo del 6% anual sobre el saldo del daño emergente.

"Lo que se hizo en la liquidación que yo presenté con mi demanda con la cual se inició el incidente de regulación del *quantum*, y lo que hicieron los peritos nombrados por el Consejo, doctores Policarpo Castillo Dávila y Julio Ramírez Giraldo, fue precisamente liquidar, como lo ordena la sentencia de la Sala Plena, el interés efectivo del 6% anual sobre el saldo del daño emergente.

"Por lo anteriormente expuesto pido a la honorable Sala, a la cual tengo el honor de dirigirme, que se digne corregir el error aritmético en que incurrió en su fallo de fecha 5 de marzo de 1987, y liquidar la sentencia de condena contenida en los fallos de 15 de junio de 1984 y 6 de mayo de 1985 proferidos dentro de este proceso, reajustando la liquidación del lucro cesante, aplicándole el interés del 6% anual *Efectivo* (subrayo), en lugar del interés simple o nominal del 6% anual, que es muy distinto aritmética y financieramente hablando.

"Petición subsidiaria:

"Subsidiariamente, y para el caso de que la Sala no acceda a corregir el error aritmético en que incurrió al aplicar en la liquidación que realizó el interés nominal o interés simple del 6% anual, en lugar de aplicar a la misma liquidación el interés *Efectivo* del 6% anual sobre el saldo del daño emergente pido a ustedes muy respetuosamente se dignen corregir el error puramente aritmético en que incurrieron al realizar las operaciones aritméticas plantea-

das y desarrolladas por la Sala en su liquidación contenida en la providencia de 5 de marzo de 1987, que arrojó la cifra equivocada de $ 18.241.247.61, debiendo arrojar las mismas operaciones la cifra de $ 25.119.922.60, lo cual arroja como saldo a favor de la comunidad que represento la suma de siete millones quinientos cincuenta y un mil seiscientos cuarenta y nueve pesos y sesenta y tres centavos moneda corriente ($ 7.551.649.73) saldo este cuyo pago a favor de mi poderdante debe ser ordenado en la providencia de ustedes.

"Para que se vea, en forma clara e incontrovertible, el error aritmético en que incurrió la Sala al hacer su propia liquidación del *quántum* de la condena, contenida en el fallo de 5 de marzo de 1987, la corrección del cual demando respetuosamente, me tomo la libertad de transcribir a continuación las operaciones aritméticas realizadas por la Sala, para anotar en seguida los errores aritméticos de que adolece dicha liquidación, mediante la presentación de una nueva liquidación, fundada en las mismas fórmulas y las mismas operaciones aritméticas ejecutadas por la Sala con equivocación que salta al ojo.

"La siguiente es la liquidación hecha por la Sala (pág. 26 de la providencia de 5 de marzo de 1987):

"Daño emergente:

"Primer período:

"De agosto 7 de 1956 a junio 10 de 1958 inclusive ....

"Daño emergente básico, según sentencia	$ 389.000.00
"Incremento del I. P. C. en el período, 6.50%	
"Total daño emergente (1x0.065) $ 389.000.00	$ 414.285.00
"Menos valor de la utilidad del préstamo de $ 357.000.00	$ 138.828.99
"Cuantía del daño emergente a 10 de junio de 1958	$ 275.456.01

"Segundo período:

"De junio 11 a noviembre 10 de 1958.

"Daño emergente básico (saldo anterior)	$ 275.456.01
"I. P. C. mayo de 1958 = 0.064	
"I. P. C. noviembre de 1956 = 0.065	

"$\frac{0.065}{0.064}$ 275.456.01 = 279.760.01

"Cuantía del daño emergente a 10 de junio de 1958	$ 275.456.01
"Menos valor de la utilidad del préstamo de $ 12.000.00	4.454.35
"Cuantía del daño emergente noviembre 10 de 1958	$ 275.305.66

"Tercer período:

"De noviembre 11 de 1958 a mayo 23 de 1985

"Daño emergente básico (saldo anterior) $ 275.305.66

"I. P. C. octubre de 1958: 0.0650

"I. P. C. mayo de 1985: 4.1915

$$\text{"}\frac{4.1915}{0.0650} \times 275.305.66 = 17.752.979.59$$

"Total daño emergente a mayo 23 de 1985 $ 17.752.979.59

"D) Por lo que hace relación a la liquidación del lucro cesante, esto es, del seis (6%) anual, se diferenciaron, igualmente, los mismos tres períodos y sobre el monto correspondiente a capital se hizo la operación correspondiente con el siguiente resultado:

"Lucro cesante:

"Primer período:

"De agosto 7 de 1956 a junio 10 de 1958 (22 meses y 4 días)

"Capital: $ 389.000.00

"Tasa: 6% anual

"Tiempo: 664

$$\text{"}C \times R \times T = \frac{\$\,389.00 \times 0.6 \times 664}{360} = 43.049.33$$

"Segundo período:

"De junio 11 a noviembre 10 de 1958 (5 meses)

"Capital: $ 275.456.01

"Tasa: 0.06

"Tiempo: 150 días

$$\text{"}\frac{\$\,275.456.01 \times 0.06 \times 150}{360} = 6.886.40$$

"Tercer período:

"De noviembre 11 de 1958 a mayo 23 de 1985 (28 años 9 meses y 17 días).

"Capital: $ 275.305.66

"Tasa: 0.06

"Tiempo: 9.553 días

$$\text{"}\frac{275.305.66 \times 0.06 \times 9.553}{360} = 438.332.49$$

"Total lucro cesante: $ 488.268.22

"Resumen

"La realidad que se deja analizada muestra que la liquidación de la condena en abstracto concreta los siguientes montos:

"a) Daño emergente. Capital histórico actualizado $ 17.752.979.59

"b) Lucro cesante (intereses sobre capital) histórico a la tasa del 6% anual 488.268.22

TOTAL $ 18.241.247.81

"Demostración de los errores aritméticos en que incurrió la Sala al hacer su propia liquidación que dejó copiada anteriormente. Para ello, realizo las mismas operaciones planteadas por la Sala, corrigiendo el erro que salta al ojo.

"La liquidación correcta, conforme al planteamiento y la mente de la Sala, sería como sigue:

"Daño emergente (página 26).

"Primer período:

"De agosto 7 de 1956 a junio 10 de 1958 inclusive. Daño emergente básico, según sentencia. Incremento del I. P. C. en el período.

"Error cometido por la Sala:

"Consiste en que la Sala utilizó 6.5% como el incremento del I.P.C., en el período. El valor 6.5 no es el porcentaje del período sino el *índice* de junio de 1958.

"El valor del mismo índice en agosto de 1956 es de *4.8.*

"El incremento del I.P.C. en el período es de 35.42%.

"Salta a la vista que la Sala utilizó este razonamiento correctamente en los períodos segundo y tercero.

"El valor actualizado para el primer período, debió ser el siguiente:

"Daño Emergente Básico $ 389.000.00

"I.P.C. Agosto de 1956 = 0.048

"I.P.C. Junio de 1958 = 0.065

"Valor actualizado:

"$\frac{0.065}{0.048} \times 389.000.00 =$ $ 526.770.83

"Menos valor de la utilidad del préstamo de "$ 357.000.00 $ 138.828.99

"Cuantía del daño emergente a junio

"10 de 1958: $ 387.941.84

"Segundo período:

"De junio 11 a noviembre 10 de 1958

"Daño Emergente Básico (saldo anterior) $ 387.941.84

"I.P.C. Mayo de 1958 = 0.064

"I.P.C. Noviembre de 1958 = 0.065

"$\frac{0.065}{0.064} \times 387.941.84 =$ $ 394.003.43

"Menos el valor de la utilidad del

préstamo de $ 12.000.00 $ 4.454.35

"Cuantía del Daño Emergente

"Noviembre 10 de 1958 $ 389.549.08

"Tercer período:

"De noviembre 11 de 1958 a mayo 23 de 1985

"Daño Emergente Básico (saldo anterior) $ 389.549.08

"I.P.C. Octubre de 1958 = 0.0650

"I.P.C. Mayo de 1985 = 4.1915

"$\frac{4.1915}{0.0650} = 389.549.08 = \$ 25.119.922.60$ $ 25.119.922.60

"Total Daño Emergente

A mayo 23 de 1985 $ 25.119.922.60

"Lucro cesante:

"Primer período. Está bien $ 43.049.33

"Segundo período:

"Capital: $ 387.941.84

"(La Sala utilizó el valor equivocado de $ 275.456.01)

"Tasa: 0.06

"Tiempo:

$$\text{"}\frac{387.941.84}{360} \times 0.06 \times 150 = 9.698.55$$

"Tercer período:

"Capital: $ 389.549.08

"(La Sala utilizó el valor equivocado de $ 275.305.66)

"Tasa: 0.06

"Tiempo: 9.553 días

$$\text{"}\frac{389.549.08 \times 0.06 \times 9.553}{360} = 620.227.06$$

"Total lucro cesante	$ 672.974.94
"Resumen:	
"a) Daño Emergente	
"Capital histórico actualizado	$ 25.119.922.60
"b) Lucro cesante	$ 672.974.94
"Total correcto	$ 25.792.897.54
"Total correcto	$ 25.792.897.54
"Total equivocado de la Sala:	$ 18.241.247.81
Diferencia	$ 7.551.649.73

"Esta diferencia de $ 7.551.649.73 representa el error numérico en que incurrió la Sala al verificar su propia liquidación; y, al reconocerlo y corregirlo, la Sala debe ordenar el pago inmediato de esa suma a favor de la actora o sea de la *'Congregación de Hermanas Misioneras de María Inmaculada de Santa Catalina de Sena (Madre Laura)'*, representada por mí, con poder especial para recibir.

"Resumen.

"Si la Sala acepta corregir el error aritmético consistente en haber aplicado el interés simple o nominal del 6% anual en lugar de aplicar el interés efectivo del 6% anual, que ordenó la sentencia de la Sala Plena, como lucro cesante, entonces la diferencia

que debe pagarse a la Congregación demandante es la que resulta de restar de la cifra fijada por los peritos en su dictamen que es de $ 109.765.973.20, la cifra fijada por la Sala que fue de $ 18.241.81. Esta diferencia arroja la suma de $ 91.524.725.39. Son: Noventa y un millones quinientos veinticuatro mil setecientos veinticinco pesos y treinta y nueve centavos moneda corriente.

"Pero si la Sala se limita a corregir los errores aritméticos en que incurrió al verificar las operaciones planteadas en su propia liquidación de fecha 5 de marzo de 1987, que arroja la cifra de $ 18.241.247.81, entonces deberá ordenar el pago a favor de la actora de la suma de $ 7.551.649.73 que representa la suma de los errores de que adolece la precitada liquidación de la Sala, según lo dejo demostrado en forma incontrovertible en el presente memorial".

Para resolver se considera:

A) De la lectura del escrito anterior es fácil concluir que el apoderado de la parte demandante quedó inconforme con la decisión de la Sala porque ésta no tuvo en cuenta, en primer lugar, las bases que él detalla en la página seis de su escrito, bajo el rubro *"concluyo"* y porque debiendo ella, según el citado profesional del derecho, "...aplicar o liquidar el interés efectivo sobre el saldo del daño emergente, como se estableció en la sentencia de fecha 6 de mayo de 1985, que es ley del proceso, incurrió en error la Sala cuando, para realizar la liquidación de la condena en abstracto, aplicó el interés simple o nominal, en lugar del interés *efectivo*, lo que altera enormemente el resultado de las operaciones aritméticas" (Cuaderno número 1A, fl. 210). Censura igualmente la providencia porque en ésta se utilizó 6.5% como el incremento del I.P.C. en el período. Sobre el particular precisa: "El valor 6.5 no es el porcentaje del período sino el *índice* de junio de 1958.

"El valor del mismo índice en agosto de 1956 es de *48*.

"El incremento del I.P.C. en el período es de 35.42%";

B) Planteadas así las cosas, fácil es concluir que la problemática descrita no encuadra dentro de la filosofía que inspira el concepto jurídico *"error aritmético"*, pues a lo que se aspira es a modificar las bases mismas del proveído, esto es, las que manejó, bien o mal, el fallador al proferir la decisión. Por parte alguna se detecta el error aritmético, pues se sumó bien, se restó bien, se multiplicó bien, y se dividió bien. Las quejas del procurador judicial de la parte actora, contra la decisión, de admitir otro manejo conceptual y fáctico, han debido presentarse, en el momento procesal oportuno, a través del recurso de reposición, para que lo allí decidido se revocara, reformara, adicionara o aclarara. Como así no ocurrió, la solicitud que por este proveído se resuelve, no está llamada a prosperar. Sobre el alcance del *"error aritmético"*, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"Respecto de la corrección de las providencias, ésta tiene lugar, según el ordenamiento, cuando en ellas se haya, incurrido 'en error puramente aritmético', lo cual puede hacerse en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte. Si la corrección se ordena luego de terminado el proceso, el proveído que la decrete se notificará en la forma señalada en el artículo 205 (art. 310 del C. de P. C.).

"La corrección es un remedio que toca exclusivamente con el error aritmético cometido por el fallador, como cuando se equivoca en los resultados de una operación numérica. Es, pues, una cuestión que tiene que ver eminentemente con números.

"Sobre el particular, la Corte ha enunciado, con bastante claridad, lo que debe entenderse por 'error puramente aritmético'. Al efecto ha dicho: 'El error numérico a que se refiere la ley es el que resulta de la operación aritmética que se haya practicado, sin variar o alterar los elementos numéricos de que se ha compuesto o que han servido para practicarla; es decir, que sin alterar los elementos numéricos, el resultado sea otro diferente; «habrá error numérico en la suma de 5, formada por los sumados 3,2 y 4». Entiende pues la Sala que tal error aritmético deriva de un simple *lapsus calami*, esto es, del error cometido al correr de la pluma, y como tal fácilmente corregible porque solamente se ha alterado el resultado sin alterar los elementos de donde surge la operación' (G. J. Tomo LXXXVII, pág. 902).

"4. Empero, como la aclaración y la corrección difieren, no sólo en la oportunidad para proponerlas sino también en cuanto a sus propósitos, ya que la primera va orientada a eliminar la duda motivada en conceptos o frases y la segunda a reparar un yerro de orden numérico, no se puede involucrar, en tal forma que tras la formulación de un error aritmético se pretenda conseguir la aclaración de una providencia. 'La corrección numérica —ha dicho la Corte— ha de ser de tal naturaleza que no vaya a producir mutaciones sustanciales en las bases del fallo, porque, de ocurrir tal cosa, se llegaría al absurdo de que a pretexto de una corrección numérica, se pretendiese fuera de tiempo, una aclaración sobre conceptos oscuros o dudosos' (G. J. Tomo LXVI, pág. 682)";

C) Llama la atención, por decir lo menos, que el procurador judicial de la parte actora tarde un año para dar a conocer de la Sala su inconformidad sobre el alcance de la providencia calendada el cinco de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987), pues no parece encuadrar dentro de la lógica de lo razonable que los mal llamados errores aritméticos sólo se detectaron por el interesado después de transcurrir doce meses. Y si, como queda precisado, el remedio para los desfases, que afirma el referido profesional del derecho que se registran en el proveído, era el recurso de reposición, que no se interpuso, fácil es concluir que en el caso en comento éste incurrió en una conducta negligente. Sobre el particular Rodolfo Luis Vigo, en su obra "Etica del Abogado. Conducta Procesal Indebida. Abeledo Perrot, páginas 104 y siguientes, enseña:

"La negligencia consiste en no satisfacer exigencias definidas por el derecho positivo, y que trae aparejada la frustración de actos procesales cuya realización se intentaba. Tales conductas no trascienden a la contraparte ni le provocan un daño, el perjuicio directo lo padece la propia parte negligente no logrando la concreción de lo pretendido.

"La ética profesional no aparece desinteresada del tipo de estos comportamientos dado que exige al abogado que conozca las normas jurídicas y actúe en consecuencia, y en la medida en que nos encontremos con una capacitación inadecuada o con una atención indebida a la causa encomendada estaremos frente a una falta a aquella ética. En definitiva, las conductas negligentes plantean un triple problema valorable éticamente; por un lado está en juego la relación del abogado con su cliente que le confiara la defensa procesal de su interés; en segundo lugar la situación del abogado que carece de la información normativa jurídica suficiente o que actúa como tal: Y finalmente la relación del abogado con el Juez encargado de la causa, atento a que el orden y seriedad del proceso exige que los pedimentos respondan a la fundamentación de hecho y derecho aconsejable.

"El artículo 34 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación determina entre los deberes de los Jueces 'señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que se fijen, y disponer de oficio toda diligencia que fuera necesaria para evitar nulidades' (inciso 5-b), y además 'vigilar para que en la tramitación de la causa se procure la mayor economía procesal' (inciso 5-e).

"Advirtamos que en la conducta negligente no hay propiamente daño a la contraparte, sino que la misma se agota en el acto cuyo intento de realización no llega a concretarse, y además tampoco hay propiamente dilación del proceso, y si eventualmente la reiteración de conductas negligentes pudiera llegar a producir aquella, tal supuesto traería aparejado otro tipo de conducta procesal indebida: Dilatoria o maliciosa, según haya o no intención dilatoria".

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

Resuelve:

Es improcedente, por las razones expuestas en este proveído, la corrección de la providencia calendada el cinco (5) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987), visible a folios 144 y siguientes del cuaderno número 1A.

Cópiese y notifíquese.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

IMPEDIMENTOS.—

La causal del numeral 2º del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil está dirigida al Juez que conoció del proceso en instancia anterior, no al agente del Ministerio Público. FISCALES. Su intervención dentro de los recursos extraordinarios habiéndolo hecho en el curso del proceso a que éstos se refieren.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número R-043. Recurso de anulación. Actor: Roberto Echeverri Grisales.

Se decide el incidente de recusación propuesto por el señor apoderado del recurrente dentro del trámite del recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de 23 de noviembre de 1984, proferida por el Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo—, Sección Cuarta.

Dice así quien recusa:

"La doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal 6º, actuó en el proceso número 10325, cuya sentencia he pedido sea anulada, haciendo uso del recurso extraordinario de anulación, que usted debe resolver. Para comprobar lo afirmado basta revisar los documentos aportados para la reconstrucción. El número 10 corresponde al alegato presentado por la doctora Pedraza de Arenas, en el juicio (pág. 3ª).

"Con sorpresa me entero ahora que la Fiscal 6º va también a actuar en el recurso, sin tener en cuenta lo ordenado en el artículo 141 y siguientes del Código de Procedimientos Civil, a los cuales nos remiten los artículos 161 y 162 del Código Contencioso Administrativo, presentado la respectiva declaratoria de impedimento".

"Recusación.

"Teniendo en cuenta los hechos expuestos, y actuando dentro del término legal, solicito a usted muy respetuosamente la recusación de la doctora Dolly Pedraza de Arenas, declarándola sepa-

rada del proceso, procediendo de conformidad con el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, y basándose en la causal señalada en el numeral 2º del artículo 142".

La doctora Dolly Pedraza de Arenas descorrió el traslado correspondiente y manifestó, que es cierto que actuó en el proceso número 10325 que culminó con la sentencia cuya nulidad se pide mediante el recurso extraordinario de anulación, pero que ese hecho en su opinión, no da lugar a la causal de recusación invocada. Que en el artículo 161 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue publicado se cometió un error de transcripción al citar el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil en lugar del 42 que se refiere concretamente a las causales de impedimento de los agentes del Ministerio Público.

Pero si la Sala considera que no se trata de un error y aplica el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, el hecho que el recusante pone en conocimiento no constituye causal de impedimento pues "...Diferente es la función del Juez de la del Ministerio Público. El Juez aplica el derecho, bien desatando conflictos de pretensiones jurídicas encontradas, o declarando el derecho en casos en donde no hay conflicto, o decretando la ejecución forzada de un hecho. En todos estos casos *conoce* de los procesos, entendiendo el vocablo en su significado jurídico procesal, como el poder para dirimir de fondo la controversia, acceder o negar la declaración pretendida o decretar la ejecución forzada. Así, el Código de Procedimiento Civil al señalar la competencia de la jurisdicción civil prescribe: 'Los Jueces municipales conocen...' 'Los Jueces de circuito conocen...' etc. y el Contencioso dispone: 'El Consejo de Estado en su sala de lo contencioso administrativo conocerá...' 'Los Tribunales Administrativos conocerán...'

"El Ministerio Público en cambio no aplica el derecho; en materia civil tiene funciones de defensor de incapaces y en materia contenciosa administrativa, obra en interés del orden jurídico y actúa como parte, o sea que *no conoce* del proceso sino que interviene en él.

"Y ello debe ser así, porque si por el principio de las diferentes instancias el Juez tiene que ser distinto, las partes son las mismas. Y si el demandante y el demandado como partes persiguen la defensa de su interés mientras dure la controversia, no puede haber óbice para que el Ministerio Público, que es una parte más, defienda el orden jurídico hasta su definición.

"c) Finalmente el artículo 195 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con el 186 *ibídem*, privó del voto a los Magistrados que intervinieron en la expedición de la sentencia impugnada mediante el recurso extraordinario de anulación, cuando ésta hubiera sido dictada por una de las Secciones del Consejo de Estado, pero en estas disposiciones ni en ninguna otra se ordenó la separación del agente del Ministerio Público que hubiere intervenido en el proceso".

Procede la Sala a resolver mediante las siguientes

Consideraciones:

La causal de impedimento invocada dice así:

"Artículo 142 del Código de Procedimiento Civil.

"2. Haber conocido del proceso en instancia anterior, el Juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente".

Evidentemente esta causal está dirigida al Juez que conoció del proceso en instancia anterior, o al que es pariente o cónyuge de quien conoció de él anteriormente.

Para negar la solicitud del recusante bastaría decir que la doctora Dolly Pedraza de Arenas, ni es Juez ahora ni actuó como tal en la instancia anterior.

Como ella misma manifiesta, son muy diferentes las funciones del Juez y las encomendadas al Agente del Ministerio Público. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 127 del Código Contencioso Administrativo, ante la jurisdicción contencioso administrativa los agentes del Ministerio Público actúan en interés del orden jurídico, defienden la legalidad y por ello pueden actuar como parte, *no conocen* del asunto.

Es tal vez la razón por la cual el artículo 195 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el 186, no mencionó a los Fiscales que hubieren intervenido antes, para impedir su intervención durante el trámite de los recursos extraordinarios de revisión y anulación, como sí lo hace respecto a los Consejeros que intervinieron en la providencia recurrida, para privarlos del voto; precisamente porque el Fiscal no decide; y si los Consejeros que participaron en la adopción de la sentencia recurrida tienen voz en la decisión del recurso de anulación, no se ve la razón por la cual el Fiscal no pueda tenerla.

Si la intervención del Fiscal es en interés del orden jurídico, de la legalidad, resulta legítima en cualquier etapa del proceso o de los recursos subsiguientes.

En mérito de lo expuesto la Sala,

Resuelve:

Niégase la recusación propuesta por el señor apoderado del recurrente.

En consecuencia, la doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexto del Consejo de Estado podrá seguir interviniendo en el trámite del presente recurso extraordinario de anulación.

Una vez ejecutoriada esta providencia vuelva el expediente al Despacho para resolver acerca del recurso de reposición interpuesto contra el auto de 26 de enero de 1987.

Notifíquese y cúmplase.

La presente providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión verificada el día diecisiete (17) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Antonio José de Irisarri Restrepo, Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Guillermo Benavides Melo, Carlos Betancur Jaramillo,* Salvamento de voto; *Samuel Buitrago Hurtado,* Ausente; *Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure, Simón Rodríguez Rodríguez,* Ausente; *Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango,* Ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria.

SENTENCIAS.— NOTIFICACION.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., treinta de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Magistrado auxiliar: *Doctor Humberto Beltrán Achury.*

Referencia: Radicación 1993. Recurso de queja contra el auto de septiembre 3 de 1987, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Actor: Productos Quaker S. A.

Se procede a resolver el recurso de queja propuesto, mediante apoderado, por la sociedad Productos Quaker S. A., la actora, contra el auto de 3 de septiembre de 1987, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, denegatorio del recurso de apelación intentado por aquélla contra la sentencia de primer grado.

Motivo de la inadmisión del recurso de apelación, fue la inoportunidad de éste ,pues, según se puntualizó en la providencia materia de la queja, el mismo fue presentado el día siguiente de la ejecutoria de la sentencia.

Tanto en el recurso de reposición intentado contra dicha providencia desestimatoria, como en el de queja de que ahora se conoce, afirma la actora "defectuoso" el medio de notificación de la sentencia, por haberse utilizado exclusivamente la forma edictal, sin que se hubiera intentado, siquiera, la práctica de la notificación personal prevista en el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo que, en su sentir, constituye la máxima garantía procesal del derecho de defensa así ignorado.

Luego del análisis y confrontación de los artículos 103 del mismo Código y 313, 314, 315, 322 y 323 del Código de Procedimiento Civil, halla pretermitidas las formas y ritualidades contempladas en estos preceptos y "de alguna manera" desvirtuados los fundamentos del artículo 26 de la Constitución, de donde, a su ver, era por la conducta concluyente, de que trata el artículo 330 *ibídem,* como ha debido entenderse surtida la notificación de la sentencia, en cuyo caso, el escrito de apelación presentado el 26 de agosto de 1987 se hallaba en término y se ha debido conceder el recurso.

Se considera:

Contrario a lo que supone la recurrente, en el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo, que refiere específicamente la no-

tificación de la sentencia contenciosa administrativa, no se consagra ningún medio prevalente, a que prefiere a otro, para dar a conocer a las partes la resolución recaída en el proceso.

En otros términos, el efecto y fines perseguidos por la notificación, así personal como edictal, son allí equivalentes, sin que sea lícito inferir un mayor grado de eficacia de una forma de notificación sobre la otra, donde el precepto a que remite la práctica de estas no ha hecho tal distinción, ya que utiliza el término "o".

Además, de que ninguna norma establece imperativa y exclusivamente que las sentencias deben notificarse personalmente, como si la hay con relación a la primera providencia que se dicte en todo proceso (art. 314, numeral 1º del C. de P. C.).

Es cierto, que tanto el artículo 173 del Decreto 01 de 1984, aplicable al caso, como las normas respectivas del Código de Procedimiento Civil prevén que las sentencias se notifiquen personalmente, pero para que ello sea posible es necesario que la actuación de las partes esté de acuerdo con el cuidado y diligencia en la atención de sus respectivos deberes y cargas procesales de tal manera que sea posible poner en conocimiento del real interesado la decisión que resuelve su demanda.

Pero si ello no fuere posible, no puede aceptarse el bloqueo o parálisis para la administración de justicia y es así como en aras de su celeridad y eficacia se prevé como forma alternativa de notificación de las sentencias, la prevista en el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil aplicable en el presente caso por expresa remisión del artículo 173 del Decreto 01 de 1984, por medio de edicto.

Hizo bien, pues, el *a quo*, en denegar por extemporáneo el recurso de apelación impetrado, toda vez que fue interpuesto al día siguiente de la ejecutoria de la providencia recurrida, la cual fue debidamente notificada por edicto.

Por lo expuesto, la Sala no concede el recurso de apelación.

Devuélvanse estas diligencias al Tribunal de origen, para que se agreguen al expediente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Carmelo Martínez Conn, Ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

RECURSO DE APELACION CONTRA PROVEIDO DENEGATORIO DE SUSPENSION PROVISIONAL. Decisión de plano.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., veintitrés de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente número 166. Actor: José Eduardo Mestre Sarmiento. Recurso de apelación.

Dentro de la oportunidad prevista por la ley para ello, el señor apoderado del actor dentro del proceso de la referencia, interpuso recurso de *apelación* para ante esta Corporación contra la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, fechada el día veintiocho (28) de abril del corriente año, por medio de la cual, al admitirse la demanda, se denegó la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo acusado que declaró elegido como Alcalde de Bucaramanga al señor Alberto Mendoza Puyana.

El recurso impetrado por el actor fue concedido, en el efecto diferido, por el Tribunal indicado mediante proveído del veinte (20) de mayo de 1988, y corresponde ahora decidirlo de plano a esta Corporación, como lo presribe la ley, previas las siguientes consideraciones:

I. Constituye norma de principio aquella que señala que los recursos ordinarios o extraordinarios, sean ellos gubernativos (reposición, apelación, queja) o jurisdiccionales (reposición, apelación, súplica, queja, de revisión, etc.), deben ser sustentados por quien los utiliza, dentro de la oportunidad procesal señalada para ello por la norma positiva de derecho, pues es la forma o manera de saber el funcionario que dictó la providencia administrativa o judicial, o su superior, cuáles son las razones de disconformidad del recurrente y eventualmente en qué pudo consistir la aplicación indebida, la interpretación errónea o la falta de aplicación de las disposiciones del ordenamiento jurídico que gobiernan la situación fáctica planteada, o en que consistió la mala apreciación probatoria.

Esa sustentación exigida en varias disposiciones de nuestros Códigos de Procedimiento Civil y Contencioso Administrativo, así como en la Ley 2ª de 1984, no es otra cosa que la expresión de las razones de hecho y de derecho que llevan al recurrente a no compartir la decisión que se está impugnando, y a ellas debe limitar su estudio el funcionario o Juez encargado de resolver dentro de una jurisdicción

estrictamente rogada, como lo es la contencioso-administrativa, sin que sea pertinente por otra parte, exigir determinada extensión en la argumentación.

II. Dos disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984), son claras y terminantes en preceptuar que el recurso de apelación que se ejercita contra el auto por medio del cual un Tribunal administrativo decide, en primera instancia, la petición de suspensión provisional que formule el actor en el libelo, o en escrito separado de él, debe ser decidido por el superior, o sea, la respectiva Sección de la Sala Contenciosa de esta Corporación, *de plano*, es decir, sin trámite previo alguno. Ellas son, en su orden y en lo pertinente, las siguientes:

a) El artículo 155 del Código Contencioso Administrativo, que hace parte del Título XVII sobre *"la suspensión provisional"* que reza:

"...La decisión sobre suspensión es apelable para ante el Consejo de Estado...Esta entidad resolverá de *plano* las apelaciones de que trata el presente artículo" (subrayado fuera del texto);

b) El artículo 213 del Código Contencioso Administrativo, que hace parte del Título XXV sobre *"segunda instancia ante el Consejo de Estado"*, aplicable al proceso electoral por no existir disposición especial sobre el particular en el Capítulo IV del Título XXVI, que expresa:

"Apelación de autos. Salvo el auto de suspensión provisional, cuya apelación se resolverá *de plano*, el trámite de la segunda instancia de los autos susceptibles de este recurso, será el siguiente:..." (se subraya).

De lo anterior resulta indubitablemente que el recurso de apelación que se ejercite contra el auto por medio del cual un Tribunal administrativo decide en proceso de primera instancia la petición de suspensión provisional, decretándola o concediéndola, debe ser sustentado por el recurrente previamente para que pueda concederse, y posteriormente analizarse por el superior, pues debiendo resolverse de plano por éste, es incuestionable que no existe la oportunidad procesal en la segunda instancia de hacerlo, en virtud de providencia que se dicte por el conductor del proceso señalando el respectivo término de ley para ello.

III. En el presente caso, el señor apoderado de la parte recurrente no sustentó el recurso de apelación que interpuso, ni dentro del término que tenía para recurrir, ni dentro del término que tenía el Juez para resolver la petición de apelación, como claramente se deduce de un exhaustivo examen de la actuación.

IV. En consecuencia, es del caso dar aplicación a lo dispuesto en la parte *in fine* del artículo 213 del Código Contencioso Administrativo, que ordena en tal evento declarar desierto el recurso de apelación y ejecutoriada la providencia objeto de la apelación.

Por lo brevemente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

Resuelve:

Primero. Declárase *desierto* el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado del actor, contra la providencia de veintiocho (28) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988), dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, en cuanto por ella se denegó la petición de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Segundo. Declárase ejecutoriada la providencia indicada en el numeral anterior.

Tercero. Reconócese al doctor Libardo Rodríguez Rodríguez como apoderado judicial de Alberto Montoya Puyana, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 18.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada, discutida y aprobada en Sala en sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

INDICES

INDICE DE ACTORES

PRIMER SEMESTRE 1988

A

Págs.

Acerías Paz del Río S. A. ... 1239
Acerías Paz del Río S. A. ... 502
Aerovías Nacionales de Colombia. ... 1386
Almacenes Generales de Depósito. ... 583
Angulo Bosa Jaime. ... 1247
Ante Ospina Carlos Alberto y otro. ... 202
Arboleda Muñoz Rafael y Víctor Zambrano Pantoja. ... 502
Arboleda P. Juan Manuel. ... 300
Arboleda Perdomo Juan Manuel. ... 267
Aseguradora Colseguros S. A. ... 1113
Asociación Bancaria. ... 770
Asociación Pro-Bienestar de la Familia Colombiana —PROFAMILIA—. ... 169
Arrieta Carlos Gustavo. ... 473

B

Baicue de Rivera Catalina y otros. ... 1321
Banco del Comercio. ... 457
Bavaria S. A. ... 1177
Bejarano Guzmán Ramiro. ... 591
Beltrán Pinzón Alvaro. ... 676
Bernal Arévalo José Joaquín. ... 292
Bertel Jaime Arturo y otros. ... 926
Burroughs de Colombia S. A. ... 1193

C

Págs.

C. I. Tradecol S. A. y otros. ... 628
Castillo Zárate Agustín. ... 263
Ceballos Chacón Simbad. ... 1440
Cerquera Rivera Sixto Francisco. ... 682
CADENALCO, Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A. ... 1120
Cervecería Aguila S. A. ... 1375
Chica Santa Carlos Hernando. ... 1417
Combariza Huertas Jorge y otro. ... 1438
Congregación de Hermanas Misioneras de María Inmaculada de Santa Catalina de Sena (Madre Laura). ... 1442
Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica "CORELCA". ... 1053
Coy Cruz Hernando. ... 753

D

Díaz García Milán. ... 281
Distribuidora Colombiana Ltda. ... 1226
Duarte Fletcher Humberto. ... 765
Duque Luis Mario. ... 796

E

Editora de la Costa Ltda. ... 348
Eduardo Mejía José Oscar. ... 1261
Empresa de Telecomunicaciones de Armenia "TELEARMENIA". ... 1080
Escalante de E. Alicia. ... 1408
Escobar Gaviria Pablo. ... 329
Escobar Enríquez Alvaro. ... 559
Escobar Gaviria Pablo. ... 393
Exxon de Colombia S. A. ... 312
Echeverri Grisales Roberto. ... 1457

F

Págs.

Federación Colombiana de Industrias Metalúrgicas. ... 643
Figueroa Benjamín. ... 305
Flórez Lemons Jorge Edinson. ... 1348
Forero Corredor Antonio. ... 1426
Forero Mendoza Guillermo. ... 252
Fundición y Repuestos S. A. FURESA. ... 710
Flota Mercante Grancolombiana S. A. ... 1210

G

Galindo Pinilla Carlos. ... 731
Gallego Aranzazu Carlos Hernando. ... 370
García García Alvaro. ... 712
García Moscote Alvaro. ... 1343
Gaseosas Hipinto. ... 1199
Gobernación del Tolima. ... 783
Godoy Suárez Ricardo Aníbal. ... 787
Gómez Garzón Germán. ... 718
Gómez Zuluaga Alberto León. ... 240
Gómez Téllez Guillermo. ... 188
Gómez García Iván. ... 278
Guevara Herrera Edmundo. ... 1384
Garzón Serrano Alvaro. ... 707
Gómez García Diana Maritza. ... 1001

H

Hernández Vega Félix. ... 640

I

Ibarra Ortiz Oscar. ... 723
Impoger. ... 1014

L

Págs.

La Nación. ... 1233

Lafaurie M. Miguel Antonio. ... 441

Laverde Ospina José Jesús. ... 671

Laverde Ospina José Jesús. ... 689

Laverde Ospina José Jesús. ... 1170

Laverde Toscano Eduardo. ... 466

López Plutarco Elías. ... 903

López Jaramillo Olga. ... 811

López Octavio. ... 574

M

Martínez Bustamante Eduardo. ... 1167

Martínez Sendoya Luis Angel. ... 778

Meneses Lopera Eliécer. ... 1151

Mestre Sarmiento José Eduardo. ... 1463

Minas Maturín Ltda. ... 447

Molano Ortiz Jorge. ... 444

Montoya Libia Mercedes y otras. ... 1265

Montoya Montoya Alberto. ... 179

Múnera Cabas Alberto. ... 593

Mercados La Candelaria. ... 1189

N

Navia Raffo Carlos Alberto. ... 246

O

Ocampo Jaramillo Julio César. ... 954

P

Págs.

Páez Castellanos Luis Alejandro. ... 563
Páez Rivera Mario Enrique. ... 572
Páez Mario Enrique. ... 664
Pardo Santamaría Silvestre. ... 532
Piedrahíta Gutiérrez Lubin. ... 726
Pineda Valderrama Leonardo Antonio. ... 624
Pineda Zuluaga Pedro Luis. ... 552
Pinzón de Polifroni María Josefa. ... 317
Plata Castillo Carlos. ... 1253
Productos Quaker S. A. ... 1461
Pulido Pinto Pedro Silvio. ... 255
Pulido Pinto Pedro. ... 274
Pumarejo Certaín Jaime. ... 1421

R

Raisbeck James W. ... 258
Ramírez G. Carlos Alfredo y otro. ... 223
Reales Ortiz Samuel. ... 1378
Rey Cantor Ernesto. ... 660
Rico de Prada Esperanza y otros. ... 1381
Rodríguez Betancur Pedro Enrique. ... 493
Rodríguez Acosta Leoncio. ... 363
Rodríguez Rojas Armando. ... 518
Rodríguez Sabogal Guillermo. ... 356
Rueda Guarín Tito Edmundo. ... 1165
Rodríguez Navas Jaime Enrique. ... 1388

S

Sanín Posada Guiomar. ... 237
Sarmiento Palacio Germán. ... 325

Págs.

Sarmiento Cifuentes Fernando. ... 653

Seguros del Estado. ... 1041

Serna Rivas Alba. ... 288

Silva Ana Esther y otros. ... 1404

Sociedad Internacional de Luminarias Ltda. ... 1136

Sociedad Constructora Brugués & Cía. ... 1410

Sociedad Empresa Constructora del Sur Limitada. ... 759

Sociedad Grancolombiana Administradora de Inversión "GRANINVERSION S. A.". ... 476

T

Torres de Zambrano Mariela. ... 879

Torres Velandia Justo Pastor. ... 801

Torres de Navarrete Ligia Mary y otros. ... 1360

U

Ultradifusión Ltda. ... 669

Urbanización Villa Alicia. ... 1069

Uribe Luis Bernardo. ... 1273

Uribe Luis Bernardo. ... 1389

V

Valderrama Javier y otra. ... 185

Vargas Sanz Darío. ... 1029

Velásquez Reyes Víctor. ... 541

Velásquez Reyes Víctor. ... 611

Ventez Playonero Néstor. ... 1251

Villa viuda de A. Inés. ... 745

INDICE ALFABETICO DE MATERIAS

PRIMER SEMESTRE 1988

A

Págs.

ACCION DE PLENA JURISDICCION. 1273

ACCION DE PLENA JURISDICCION. 1389

ACTO DE ADJUDICACION. 1053

ACTO DE ADJUDICACION. 1067

ACTO DE ADJUDICACION. Prueba de la integridad del acta. 1136

ACTO ADMINISTRATIVO. 466

ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACION. 1142

ACTO ADMINISTRATIVO. Carácter de las credenciales de miembro a Corporación administrativa. 1170

ACTO ADMINISTRATIVO. Promulgación. 278

ACTO ADMINISTRATIVO DE CUMPLIMIENTO O EJECUCION DE LA DECISION SANCIONATORIA DISCIPLINARIA. 574

ACTO ADMINISTRATIVO. Elementos necesarios para que lo sea. Vigencia. 325

ACTO ADMINISTRATIVO DE NOMBRAMIENTO YA COMUNICADO. ... 1167

ACTO CREADOR DE SITUACION JURIDICA DE CARACTER PARTICULAR. 447

ACTO ADMINISTRATIVO. Concepto. Acuerdo de la Casa de Nariño. ... 541

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO PARTICULAR. 502

ACTOS DE INSCRIPCION DE LAS CAMARAS DE COMERCIO. Naturaleza administrativa. 753

ACTOS CONFIRMATORIOS DE LIQUIDACION DE AFORO. 1233

ACTOS DE CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA. 718

ACTOS DE LOS ALCALDES. Revisión ante el Tribunal competente. 783

ACTUACION JUDICIAL. 1440

ACUERDO DE LA CASA DE NARIÑO. Naturaleza de este acto. 541

Págs.

ACUERDO DE CARTAGENA. REGIMEN ESPECIAL DE LOS PRODUCTOS INCLUIDOS EN LA LISTA DE RESERVA. ... 643

ACUERDOS MUNICIPALES. ACTOS DE LOS ALCALDES. ... 783

AGENCIAS EN DERECHO. ... 1343

AGUAS. CONCESION DE APROVECHAMIENTO DE ESTAS POR EL INDERENA. ... 745

ALCALDE MAYOR. Competencia. ... 787

ALMAGRARIO. Calidad de sus trabajadores. ... 77

APELACION ADHESIVA. ... 1321

ARBITROS. Competencia del Consejo de Estado en la designación. ... 1410

AUTO DE DETENCION CON FINES DE EXTRADICION. Naturaleza jurídica. ... 393

AUTO DE DETENCION CON FINES DE EXTRADICION. Naturaleza jurídica. ... 329

C

CADUCIDAD FRENTE A LOS ACTOS CONDICION. ... 1397

CADUCIDAD. Conteo, término. ... 1273

CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO. Naturaleza. ... 591

CAMARA DE REPRESENTANTES. COMISION DE LA MESA DIRECTIVA. 660

CANTERAS, ARENERAS, RECEBERAS, CHIRCALES Y LADRILLERAS. 473

CARRERA ADMINISTRATIVA. ... 1265

CARRERA ADMINISTRATIVA. Escalafonamiento. ... 444

CARRERA JUDICIAL. ... 151

CATASTRO. Formación y conservación. ... 712

CATASTRO. ... 188

CERTIFICADOS CATASTRALES Y PAZ Y SALVO MUNICIPAL. ... 759

CODIGO FISCAL DE SANTANDER. ... 676

COMISION NACIONAL DE VALORES. ... 476

COMISIONISTA. Obligaciones, responsabilidad. ... 518

COMPETENCIA FUNCIONAL. ... 1421

COMPETENCIA FUNCIONAL PRIVATIVA DE LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL. ... 801

COMPETENCIA VIRTUAL. Concepto y consecuencias. ... 1348

Págs.

COMPETENCIA. 1384

CONCEJALES SUPLENTES. 1165

CONCEJOS MUNICIPALES. Atribuciones otorgadas al ejecutivo local. Artículo 197-7 de la Constitución Nacional. 778

CONCEJOS MUNICIPALES. 759

CONDENAS DINERARIAS. NO ES FACTIBLE ACCEDER A SUPLICAS SOBRE INTERESES. 1348

CONGRESISTAS EN JUNTAS DIRECTIVAS DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS NACIONALES. 138

CONGRESISTAS. INHABILIDADES. 88

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Control fiscal. 104

CONTRATO DE MANDATO. 518

CONTRATO DE OBRA PUBLICA. 1029

CONTRATO DE OBRA PUBLICA. PRECIOS UNITARIOS. 1080

CONTRATO DE SEGURO. SEGURO DE TRANSPORTE. 1113

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 162

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y OTROS DE LA ADMINISTRACION. 1069

CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION. Criterios diferenciadores entre "administrativos" y "privados". 1041

CONTRATOS DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS DE LA CORPORACION NACIONAL DE TURISMO QUE LABORAN EN LAS OFICINAS SECCIONALES DEL EXTERIOR. 125

CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE LA GUAJIRA "CORPOGUAJIRA". Funciones. 65

CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE LA GUAJIRA "CORPOGUAJIRA". Funciones. 130

CORPORACION AUTONOMA REGIONAL. 731

CORPORACION AUTONOMA REGIONAL. 1426

CREDITO DE FOMENTO. Concepto. 120

CREDITOS SUPLEMENTALES O EXTRAORDINARIOS. 9

D

DEBER DE DECLARAR. Excepciones. 1404

DEMANDA. Ineptitud. 753

DEMANDA. Interpretación. 563

Págs.

DEMANDA DE RECONVENCION. ... 1041

DEMANDA. ... 312

DENUNCIA DEL PLEITO. ... 1417

DERECHO DE PETICION. ... 325

DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO. Doble naturaleza. Origen. Conformación. Principios. ... 370

DESCUENTOS TRIBUTARIOS. ... 1199

DROGAS, INSUMOS DE LA INDUSTRIA FARMACEUTICA, MATERIAL QUIRURGICO Y PRODUCTOS RELACIONADOS CON EL SECTOR SALUD. ... 169

E

EJERCICIO DE LA LOCUCION. ... 300

EMPLEADO OFICIAL. Reintegro. ... 317

EMPLEADO PUBLICO. INSUBSISTENCIA. ... 493

EMPLEADOS OFICIALES. Intervención en política. Prohibición. ... 441

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL. ... 787

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN MUNICIPAL. ... 787

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS POR SERVICIOS. ... 689

ERROR EN LA DESIGNACION DE LA ENTIDAD DEMANDADA. ... 1199

EXCEPCION DE LEGITIMACION EN CAUSA PASIVA. ... 1348

F

FACULTAD CORRECTIVA. ... 179

FACULTAD CORRECTIVA IMPOSITIVA MUNICIPAL. ... 1177

FALLA DEL SERVICIO POR OMISION. ... 809

FALLA EN EL SERVICIO AERONAUTICO. ... 1001

FALLA DEL SERVICIO. ... 926

FALLA DEL SERVICIO. ... 879

FALLA DEL SERVICIO. Explosivos. Manejo y uso. ... 1348

FALLA DEL SERVICIO (Salvamento de voto). ... 811

FALLA DEL SERVICIO Y "RESPONSABILIDAD DEL JUEZ" (Aclaración de voto). ... 811

Págs.

FONDO DE DESARROLLO CINEMATOGRAFICO. 237

FORMULACION DE CONSULTAS. 325

G

GARANTIAS CONSTITUCIONALES. Artículo 26. Categorías o clases. ... 563

GRAVAMENES A IMPORTACIONES DE PAISES MIEMBROS DEL PACTO ANDINO. 628

H

HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA. Naturaleza jurídica. 92

I

IMPEDIMENTO. Agente del Ministerio Público. 1408

IMPEDIMENTOS. Razón intelectual. 1438

IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS. Certificación por el INCOMEX. 1226

IMPUESTO COMPLEMENTARIO DE REMESAS. Decreto reglamentario 2579 de 1983, artículo 2º, literal c. 258

IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS. Liquidación y cobro. 770

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Liquidación. 1189

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Aplicación a actividades de la Flota Mercante Grancolombiana. 1210

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. 1220

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO A EMPRESAS DE TRANSPORTE AUTOMOTOR. 796

IMPUESTO SOBRE LA RENTA. Contribuyentes. 252

IMPUESTO DE LA LEY 4ª DE 1976. 141

IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS. RETENCION EN LA FUENTE. 598

IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS. RETENCION EN LA FUENTE. 609

IMPUESTOS. Intereses sobre cesantías del trabajador. 255

IMPUESTOS. RENTA PRESUNTIVA. 312

Págs.

IMPUESTOS. INFORMACION TRIBUTARIA QUE POR "CONSIGNACIONES EN BANCOS Y OTRAS ENTIDADES, DEBEN SUMINISTRARSE A LA ADMINISTRACION DE IMPUESTOS NACIONALES". 274

INCORA. 100

INDUSTRIA CINEMATOGRAFICA COLOMBIANA. 237

INHABILIDADES. 88

INSFOPAL. NATURALEZA JURIDICA DE ALGUNOS APORTES EFECTUADOS POR ESTE A ENTIDADES DE LAS CUALES ES SOCIO. 154

INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTIN CODAZZI. Viáticos. 572

INSTRUCCION PUBLICA NACIONAL. Inspección y vigilancia por el Estado de los Institutos Docentes. Respaldo constitucional. Artículo 120-12 de la Constitución Nacional. 288

INSUBSISTENCIA. Artículo 26 del Decreto extraordinario 2400 de 1968. ... 563

INSUBSISTENCIA. 493

INTERESES MORATORIOS EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 653

INTERVENCIONISMO DEL ESTADO. 583

INVERSION EXTRANJERA. 559

INVERSION DEL MONTO DE SUSCRIPCIONES. 476

J

JUECES DE INSTRUCCION MILITAR. 723

JUEGOS Y APUESTAS. 202

JUSTICIA ORDINARIA. Competencia. 1247

L

LEY. Corrección. 179

LIQUIDACION DE CONDENA. 1360

LOTERIAS. Planes de premios. 111

LL

LLAMAMIENTO EN GARANTIA Y DENUNCIA DEL PLEITO. 1417

Págs.

M

MINAS. CAPITAL EXTRANJERO. INVERSION. 559

MONOPOLIO POSTAL Y SERVICIO DE CORREO SUPER-RAPIDO. ... 114

MUNICIPIOS. Creación. Condiciones. 671

N

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION. 263

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION. Prestaciones. 281

NOTIFICACION. 1461

NULIDAD PROCESAL. COMPETENCIA FUNCIONAL. 1421

P

PAPELES DEL ESTADO. Concepto. 63

PENSION DE JUBILACION. 552

PENSION DE JUBILACION. Cobro. 185

PENSION DE JUBILACION. JUSTICIA ORDINARIA. Comptencia. 1247

PENSION GRACIA. 624

PENSIONADOS. CUOTAS DE AFILIACION. ORGANIZACIONES DE TIPO NACIONAL DE TERCER GRADO. 84

PERENCION DEL PROCESO. 1381

PERJUICIOS MATERIALES. Prueba. 1348

PERSONAL DOCENTE. Retiro forzoso. Ejercicio de la docencia compatible con el goce de pensión de jubilación. 363

PERSONERO MUNICIPAL. 133

PODER DE POLICIA. Reglamentos locales autónomos. 801

POLICIA LOCAL. 699

POTESTAD REGLAMENTARIA. 240

POTESTAD REGLAMENTARIA EN MATERIA TRIBUTARIA. 223

POTESTAD REGLAMENTARIA (art. 120, numeral 3º). 267

POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO. 202

PRESTACIONES SOCIALES. ECOMINAS. 146

Págs.

PRESTACIONES SOCIALES A CARGO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES CUMPLIDO EL PROCESO DE NACIONALIZACION DEL PERSONAL DOCENTE. ... 281

PRESUPUESTO MUNICIPAL. ... 765

PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA*. ... 811

PROFESION U OFICIO. Títulos de idoneidad. ... 267

PRUEBA. Apreciación por el Juez. ... 1348

PRUEBA PERICIAL. PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS. ... 1426

PRUEBAS. Normas del Código de Procedimiento Civil aplicables en el proceso contencioso-administrativo. ... 1404

PRUEBAS. Petición. ... 1386

R

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE VACACIONES Y PRIMA DE VACACIONES DE CONGRESISTAS. ... 157

RECURSO DE APELACION CONTRA AUTOS. ... 1378

RECURSO DE APELACION. SUSPENSION PROVISIONAL. ... 1388

RECURSO DE APELACION. SUSPENSION PROVISIONAL. ... 1463

RECURSO DE APELACION Y/O RECURSO DE SUPLICA CONTRA EL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA Y EL QUE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL. ... 1375

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. CAUSAL UNICA: "VIOLACION DIRECTA" (Aclaración de voto). ... 850

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. INAPLICABILIDAD DE LA INSTITUCION PROCESAL CIVIL, "AGENCIA OFICIOSA" EN LA FORMULACION DE ESTE RECURSO. ... 1261

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. CAUSAL UNICA. ... 858

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. CAUSAL UNICA. ... 860

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. CAUSAL UNICA. ... 870

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. CAUSAL UNICA. ... 872

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA FRENTE A LA SENTENCIA QUE DESATA EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. Improcedencia. ... 1251

RECURSOS EXTRAORDINARIOS. Improcedencia frente a sentencias de la Sala Electoral. ... 1253

REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS. ... 457

Págs.

REGLAMENTACION A TRAVES DE MEDIOS DE RADIODIFUSION. ... 300

REGLAMENTO CONSTITUCIONAL. 246

RENTA BRUTA. Deducciones. 1199

RENTA BRUTA. Deducciones. Intereses al exterior. 1193

RESGUARDOS INDIGENAS. 107

RESIDENCIAS FEMENINAS DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL. Naturaleza jurídica. Organización descentralizada sin fines de lucro. 70

RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES PUBLICAS POR GUARDA DE MERCANCIAS. 1014

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. FALLA EN EL SERVICIO AERONAUTICO. 1001

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. FALLA DEL SERVICIO. 926

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. FALLA DEL SERVICIO. 954

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. 809

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. 879

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO, SOLIDARIA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL CON LA EMPRESA AEROPESCA LTDA. 920

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO, SOLIDARIA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL CON LA EMPRESA AEROPESCA LTDA. 903

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO. 811

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO Y RESPONSABILIDAD DEL JUEZ. 853

REVOCACION DIRECTA. 502

REVOCACION DIRECTA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS. 447

REVOCACION DIRECTA DE ACTOS DE ELECCION. 1151

REVOCACION DIRECTA DE ACTOS DE ELECCION. 1162

S

SALA ELECTORAL. COMPETENCIA. 1384

SEGURO SOCIAL. Obligatoriedad. 532

Págs.

SEGURO DE TRANSPORTE. 1113

SENTENCIAS. Corrección por error aritmético. 1442

SENTENCIAS. Contenido y forma. 811

SENTENCIAS. Notificación. 1461

CORPORACIONES PUBLICAS. Sesiones extraordinarias. 682

SINDICATOS. Suspensión en el ejercicio de los cargos directivos. 710

SINDICATOS. La expulsión de miembros sólo corresponde a la Asamblea General. 356

SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE INVERSION. Definición. 476

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Clasificación. 77

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Exclusión como contribuyentes del impuesto de renta y complementarios. Entidades sujetas a él. 59

SORTEO. Concepto. 707

SUPERINTENDENCIA BANCARIA. 583

SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO. Nombramiento y remoción del personal de las oficinas de registro. 640

SUSPENSION PROVISIONAL EN PREVENCION DE ACTOS DE TRAMITE Y ACTOS PREPARATORIOS. 611

T

TITULOS DE IDONEIDAD. Reglamentación del ejercicio de las profesiones. 726

TITULOS DE IDONEIDAD. Reglamentación del ejercicio de las profesiones. 292

TORTURAS. 809

TORTURAS. 811

TRASLADO DE TRABAJADORES AL EXTERIOR O AL INTERIOR. Pasos que debe respetar la Corporación. 125

U

UNIDAD DE EMPRESA. 348

V

VIA DE HECHO. Definición. 811

Págs.

VIATICOS PARA COMISIONES DE SERVICIO EN EL INTERIOR DEL PAIS. 664

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION NACIONAL. 1321

Y

YACIMIENTOS DE CARBON, HIERRO Y CALIZAS. Reserva especial. ... 1239

YACIMIENTOS DE ORO. 305

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO I

CAPITULO I

CREDITOS ADICIONALES

Págs.

1. Ministerio de Gobierno y Crédito Público. Consulta relacionada con el proyecto de Decreto "por el cual se adiciona el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación de la vigencia fiscal de 1988", por valor de $ 14.545.279.689.10. Concepto de 26 de febrero de 1988. Consejero ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número C-057. 9

Salvamento de voto del doctor Jaime Betancur Cuartas. 43

Salvamento de voto del doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. ... 45

Salvamento de voto del doctor Julio César Uribe Acosta. 45

CAPITULO II

CONSULTAS DEL GOBIERNO

1. Ministerio de Minas y Energía. Consulta sobre qué sociedades son o no contribuyentes del impuesto a la renta y complementarios. Ley 75 de 1986 y Decreto 187 de 1975. Concepto de 17 de noviembre de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 166. Publicación autorizada mediante Oficio número 23086 de 22 de diciembre de 1987. 59

Págs.

2. Ministerio de Agricultura. Consulta relacionada con el artículo 4º de la Ley 18 de enero 8 de 1985. Papeles del Estado. Especificación. Concepto de 24 de noviembre de 1987. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 162. Publicación autorizada mediante Oficio 118 de 22 de diciembre de 1987. 63

3. Ministerio de Agricultura. Consulta relacionada con la competencia de la Corporación Autónoma Regional de la Guajira y el alcance que tienen las facultades de esta entidad, en relación con las funciones que corresponden al INDERENA. Concepto de 21 de agosto de 1987. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 126. Publicación autorizada mediante Oficio 315 de 15 de enero de 1988. 65

4. Ministerio de Educación Nacional. Consulta relacionada con la naturaleza jurídica de las Residencias Femeninas del Ministerio de Educación Nacional. Concepto de 10 de noviembre de 1987. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 165. Publicación autorizada mediante Oficio 1624 de 5 de enero de 1988. ... 70

5. Ministerio de Agricultura. Consulta relacionada con la calidad de los trabajadores al servicio de las sociedades de economía mixta. ALMAGRARIO S. A. Concepto de 24 de noviembre de 1987. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 149. Publicación autorizada mediante Oficio 009 de 12 de enero de 1988. 77

6. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Consulta relacionada con el artículo 10 de la Ley 4ª de 1976. Pensionados. Cuotas de afiliación. Organizaciones de tipo nacional de tercer grado. Concepto de 11 de diciembre de 1987. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 170. Publicación autorizada mediante Oficio 00343 de 4 de enero de 1988. 84

7. Ministerio de Gobierno. Consulta relacionada con la interpretación y aplicación del artículo 3º del Acto legislativo número 1 de 1986 y artículo 5º de la Ley 78 del mismo año, referentes a las inhabilidades de los Congresistas para ser elegidos Alcaldes. Concepto de 18 de diciembre de 1987. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 171. Publicación autorizada mediante Oficio 005 de 12 de enero de 1988. 88

8. Ministerio de Gobierno. Consulta relacionada con la naturaleza jurídica y el régimen legal aplicable al Hospital Universitario San Jorge de Pereira. Concepto de 18 de diciembre de 1987. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 157. Publicación autorizada mediante Oficio 006 de 12 de enero de 1988. 92

Págs.

9. Ministerio de Agricultura. Consulta relacionada con la interpretación del artículo 4º del Decreto 508 de 1974 en concordancia con el Decreto 196 de 1971. Representación jurídica de los abogados del INCORA. Concepto de 29 de enero de 1988. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 177. Publicación autorizada mediante Oficio 08 de 5 de febrero de 1988. 100

10. Ministerio de Defensa Nacional. Consulta relacionada con el control fiscal de la Contraloría General de la República. Concepto de 11 de febrero de 1988. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 182. Publicación autorizada mediante Oficio 950 de 6 de febrero de 1988. 104

11. Ministerio de Gobierno. Consulta relacionada con normas sobre descentralización administrativa, concretamente los artículos 311 y siguientes del Código de Régimen Municipal, relativos a Juntas Administradoras Locales y a la División de los territorios de los Municipios en Comunas y Corregimientos frente a los Resguardos Indígenas que se rigen por la Ley 89 de 1890 y demás disposiciones vigentes contenidas en la legislación indígena nacional. Concepto de 15 de febrero de 1988. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 175. Publicación autorizada mediante Oficio 0045 de 17 de febrero de 1988. 107

12. Ministerio de Salud. Consulta relacionada con la vigencia de los planes de premios de las loterías, adoptado bajo vigencia de la Ley 12 de 1932, artículo 7º. Concepto de 22 de febrero de 1969. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 186. Publicación autorizada mediante Oficio 23 de febrero de 1988. 111

13. Ministerio de Comunicaciones. Consulta relacionada con el campo de aplicación del Monopolio Postal y el servicio de correo super-rápido. Concepto de 18 de febrero de 1988. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 174. Publicación autorizada mediante Oficio 565 de 29 de febrero de 1988. 114

14. Ministerio de Agricultura. Consulta relacionada con el crédito de fomento para el sector agropecuario. Concepto de 4 de marzo de 1988. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 189. Publicación autorizada mediante Oficio 233 de 29 de marzo de 1988. 120

15. Ministerio de Desarrollo Económico. Consulta relacionada con los contratos de trabajo de los empleados de la Corporación Nacional de Turismo que laboran en las oficinas secionales del exterior. Concepto

Págs.

de 17 de marzo de 1988. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 193. Publicación autorizada mediante Oficio 146 de 24 de marzo de 1988. 125

16. Departamento Nacional de Planeación. Consulta relacionada con la competencia de la Corporación Autónoma Regional de la Guajira —CORPOGUAJIRA—. Concepto de 5 de abril de 1988. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 179. Publicación autorizada mediante Oficio de 25 de abril de 1988. 130

17. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Consulta relacionada con la competencia del Personero de Medellín con respecto a los empleados y trabajadores de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada y los miembros de su Junta Directiva. Concepto de 15 de abril de 1988. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 197. Publicación autorizada mediante Oficio de 19 de abril de 1988. 133

18. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Consulta relacionada con los miembros del Congreso de la República sobre incompatibilidades existentes para integrar la Junta Directiva de un establecimiento público del orden nacional. Ley 33 de 1985. Concepto de 15 de abril de 1988. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 200. Publicación autorizada mediante Oficio de 19 de abril de 1988. 138

19. Ministerio de Agricultura. Consulta relacionada con la aplicación del impuesto contemplado en la Ley 4ª de 1966 a las entidades oficiales del sector agropecuario. Concepto de 18 de noviembre de 1986. Consejero ponente: Doctor Gonzalo Suárez Castañeda. Radicación número 074. Publicación autorizada mediante Oficio 379 de 26 de abril de 1988. 141

20. Ministerio de Minas y Energía. Consulta relacionada con las prestaciones sociales de los funcionarios de ECOMINAS. Ley 33 de 1985 y Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969. Concepto de 15 de abril de 1988. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 196. Publicación autorizada mediante Oficio 7764 de 6 de mayo de 1988. 146

21. Ministerio de Justicia. Consulta relacionada con la aplicación del Estatuto de la Carrera Judicial (Decreto-ley 052 de 1987), en el caso de que sea declarado desierto un segundo concurso. Concepto de 21 de abril de 1988. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 201. Publicación autorizada mediante Oficio 220 de 27 de abril de 1988. 151

Págs.

22. Departamento Nacional de Planeación y Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Consulta relacionada con la naturaleza jurídica de algunos aportes efectuados por el INSFOPAL a entidades de las cuales es socio. Concepto de 12 de mayo de 1988. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 202. Publicación autorizada mediante Oficio de mayo de 1988. 154

23. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Consulta relacionada con el reconocimiento y pago de las vacaciones y prima de vacaciones a los Representantes a la Cámara. Concepto de 2 de junio de 1988. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 208. Publicación autorizada mediante Oficio 363 de 10 de junio de 1988. 157

24. Ministerio de Defensa Nacional. Consulta relacionada con los requisitos para la validez y perfeccionamiento de contratos. Concepto de 7 de junio de 1988. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 203. Publicación autorizada mediante Oficio de 17 de junio de 1988. 162

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO I

DECRETOS DEL GOBIERNO

1. Decreto número 1604 de 11 de junio de 1985. Artículo 6º, parágrafo 1º de 11 de junio de 1985. Sentencia de 19 de enero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 311. Actor: Asociación Pro-Bienestar de la Familia Colombiana —PROFAMILIA—. 169

2. Decreto 1736 de 29 de mayo de 1986. Artículos 1º, 2º y 3º. Sentencia de 12 de febrero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 431. Actor: Alberto Montoya Montoya. ... 179

3. Decreto 1848 de 1969. Numeral 2º del artículo 76. Sentencia de 22 de febrero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Se-

Págs.

gunda. Consejero ponente: Doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente número 1345. Actor: Javier Valderrama y otra. 185

4. Decreto 3496 de 1983. Artículos 8º, 10, 12 y 29. Sentencia de 26 de febrero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 24. Actor: Guillermo Gómez Téllez. 188

5. Decreto reglamentario número 33 de 12 de enero de 1984. Sentencia de 7 de marzo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 15. Actor: Carlos Alberto Ante Ospina y otro. ... 202

6. Decreto número 0080 de 1984. Numerales 15, 25, 32 y 40 del artículo 16. Sentencia de 11 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente número 1450. Actor: Carlos Alfredo Ramírez G. y otro. 223

7. Decreto 0131 de 23 de enero de 1987. Artículo 2º del Ministerio de Comunicaciones. Auto de 13 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 746. Actor: Guiomar Sanín Posada. 237

8. Decreto reglamentario 1376 de 1966. Inciso 2º del artículo 5º. Sentencia de 13 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1656. Actor: Alberto León Gómez Zuluaga. 240

9. Decreto 1941 de 19 de junio de 1986. Sentencia de 22 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 396-420. Actor: Carlos Alberto Navia Raffo. 246

10. Decreto reglamentario número 1354 de 17 de julio de 1987. Inciso 2º del artículo 6º. Auto de abril 25 de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1960. Actor: Guillermo Forero Mendoza. 252

11. Decreto reglamentario número 0535 de 1987. Artículos 2º y 6º. Auto de abril 29 de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 1913. Actor: Pedro Pulido Pinto. 255

Págs.

12. Decreto reglamentario 2579 de 1983. Artículo 2º, literal c), inciso 1º. Sentencia de 29 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1126. Actor: James W. Raisbeck. 258

13. Decreto ejecutivo número 898 de 3 de abril de 1981. Sentencia de 18 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 2176. Actor: Agustín Castillo Zárate. 263

14. Decreto 1131 de 20 de abril de 1983. Artículos 1º a 16. Sentencia de 20 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 624. Actor: Juan Manuel Arboleda Perdomo. ... 267

15. Decreto reglamentario número 634 de 8 de abril de 1988. Artículo 1º. Auto de 28 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2144. Actor: Pedro Silvio Pulido Pinto. 274

16. Decreto reglamentario número 1813 de 23 de junio de 1984. Artículo 36. Sentencia de 30 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente número 1125. Actor: Iván Gómez García. 278

17. Decreto 898 de 1981. Artículo 1º y su parágrafo, Decreto 2848 de 1985. Artículos 1º y 2º y Decreto 221 de 1986, en su totalidad. Auto de junio 17 de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 3207. Actor: Milán Díaz García. 281

18. Decreto 3200 de 21 de diciembre de 1979. Artículo 20, ordinal 2º. Sentencia de 18 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 651. Actor: Alba Serna Rivas. 288

19. Decreto reglamentario número 1776 de 5 de septiembre de 1977. Artículo 3º. Auto de junio 24 de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 597. Actor: José Joaquín Bernal Arévalo. 292

20. Decreto reglamentario 2670 de 29 de octubre de 1984. Auto de 24 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 848. Actor: Juan Manuel Arboleda P. 300

CAPITULO II

RESOLUCIONES Y ACTOS MINISTERIALES

Págs.

1. Ministerio de Minas y Energía. Resolución número 001462 de 6 de octubre de 1986. Artículo 2º. YACIMIENTOS DE ORO. APORTES O CONCESIONES. Auto de 21 de enero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 5082. Actor: Benjamín Figueroa. 305

2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Resolución número 03583 de 21 de septiembre de 1987. DEMANDA. IMPUESTOS. RENTA PRESUNTIVA. Auto de 23 de febrero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2037. Actor: Exxon de Colombia S. A. ... 312

3. Ministerio de Comunicaciones. Oficio número 701 de 7 de febrero de 1983. EMPLEADO OFICIAL. Reintegro. Sentencia de 29 de febrero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente número 1784. Actor: María Josefa Pinzón de Polifroni. 317

4. Ministerio de Relaciones Exteriores. Comunicación 04880 de 15 de septiembre de 1985. División de Asuntos Jurídicos. ACTO ADMINISTRATIVO. Elementos. DERECHO DE PETICION DE FORMULACION DE CONSULTAS. Auto de 11 de marzo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 41. Actor: Germán Sarmiento Palacio. 325

5. Ministerio de Justicia. Acto de 5 de enero de 1988. AUTO DE DETENCION CON FINES DE EXTRADICION. Naturaleza jurídica. Auto de 23 de marzo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 830. Actor: Pablo Escobar Gaviria. 329

6. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Resolución 04217 de 1982 y 00781 de 1983. UNIDAD DE EMPRESA. Sentencia de 15 de marzo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1655 (9707). Actor: Editora de la Costa Ltda. 348

7. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Resolución 04571 de 31 de diciembre de 1985. SINDICATOS. Expulsión de miembros corresponde a la Asamblea General. Auto de abril 7 de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sala de Decisión. Expendiente número 2372. Actor: Guillermo Rodríguez Sabogal. 356

Págs.

8. Ministerio de Educación Nacional. Resolución 06220 de 22 de abril de 1980. PERSONAL DOCENTE. Retiro forzoso. Sentencia de 13 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 1025. Actor: Leoncio Rodríguez Acosta. 363

9. Ministerio de Justicia. Resoluciones 672 de 1980 y 3272 de 1980. DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO. Doble naturaleza. Origen. Conformación. Principios. Sentencia de abril 13 de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 276 (12360). Actor: Carlos Hernando Gallego Aranzazu. 370

10. Ministerio de Justicia. Acto de 5 de enero de 1988. AUTO DE DETENCION CON FINES DE EXTRADICION. Naturaleza jurídica. Auto de 10 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 830. Actor: Pablo Escobar Gaviria. 393

11. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Resolución por medio de la cual se destituyó a un empleado oficial. EMPLEADOS OFICIALES. Intervención en política. Prohibición. Sentencia de 25 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 611. Actor: Miguel Antonio Lafaurie Maldonado. 441

12. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Resolución 8474 de 2 de noviembre de 1979 y Comunicaciones 056057 de 7 de junio de 1983 y 10185 de septiembre 28 de 1983. CARRERA ADMINISTRATIVA. Escalafonamiento. Auto de 25 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 468. Actor: Jorge Molano Ortiz. 444

13. Ministerio de Minas y Energía. Resolución 1203 de 5 de diciembre de 1985. REVOCACION DIRECTA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS. ACTO CREADOR DE SITUACION JURIDICA DE CARACTER PARTICULAR. Sentencia de 7 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 4978. Actor: Minas Maturín Ltda. 447

CAPITULO IV

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES DEL ORDEN NACIONAL

1. Superintendencia de Notariado y Registro. Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de San Andrés y Providencia. Reso-

Págs.

luciones números 014 de 26 de julio de 1983 y 0042 de 16 de enero de 1984 de la Superintendencia. REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS. Sentencia de 23 de enero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 218. Actor: Banco del Comercio. 457

2. Dirección General de Impuestos Nacionales. Conceptos números 23192 de septiembre 13 de 1985 y 0505 de marzo 25 de 1986. ACTO ADMINISTRATIVO. Sentencia de 22 de enero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente número 0549. Actor: Eduardo Laverde Toscano. 466

3. Corporación Atónoma Regional. Nulidad. Artículos 2º y 3º del Acuerdo número 05 de 1984. CANTERAS, ARENERAS, RECEBERAS, CHIRCALES Y LADRILLERAS (SUSPENSION PROVISIONAL). Auto de 12 de febrero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 555. Actor: Carlos Gustavo Arrieta. 473

4. Comisión Nacional de Valores. Resoluciones números 099 de 23 de mayo de 1983 y 131 de 14 de julio de 1983. SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE INVERSION. Definición. Sentencia de 25 de febrero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 262. Actor: Sociedad Grancolombiana Administradora de Inversión "GRANINVERSION" S. A. 476

5. Instituto Nacional del Transporte. Resolución número 1477 de 21 de noviembre de 1984. EMPLEADO PUBLICO. INSUBSISTENCIA. Sentencia de 29 de febrero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 2421. Actor: Pedro Enrique Rodríguez Betancur. 493

6. Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA". Resolución número 03160 de 23 de agosto de 1982. ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO PARTICULAR. REVOCACION DIRECTA. Sentencia de 18 de febrero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente número 3888. Actor: Rafael Arboleda Muñoz. 502

7. Bolsa Nacional Agropecuaria S. A. Se declara la nulidad del acta 16 del Comité de Vigilancia punto 5, y Acta 47 punto 5 de la Junta Directiva de 1981. COMISIONISTA. Obligaciones, responsabilidad. CONTRATO DE MANDATO. Sentencia de 11 de marzo de 1988. Sala

Págs.

de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 277. Actor: Armando Rodríguez Rojas. 518

8. Instituto de Seguros Sociales. Resolución número 5042 de 15 de noviembre de 1982. SEGURO SOCIAL. Obligatoriedad. Sentencia de 24 de marzo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente número 1783. Actor: Silvestre Pardo Santamaría. 532

9. Casa de Nariño. ACTO ADMINISTRATIVO. Concepto. ACUERDO DE LA CASA DE NARIÑO. Naturaleza de este acto. Auto de 4 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 862. Actor: Víctor Velásquez Reyes. 541

10. Caja Nacional de Previsión Social. Resoluciones números 8968 de 12 de noviembre de 1980, 02631 de 3 de abril de 1981 y 2609 de 9 de septiembre de 1982. PENSION DE JUBILACION. Sentencia de 4 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 289. Actor: Pedro Luis Pineda Zuluaga. 552

11. Departamento Administrativo Nacional de Planeación. Comunicación 10014 de 6 de agosto de 1986. MINAS. CAPITAL EXTRANJERO. Inversión. Auto de 11 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 808. Actor: Alvaro Escobar Rodríguez. 559

12. Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente "INDERENA". Resolución número 0371 de 12 de marzo de 1980. DEMANDA. Interpretación. INSUBSISTENCIA. Artículo 26 del Decreto extraordinario 2400 de 1968. GARANTIAS CONSTITUCIONALES. Artículo 26. Categorías o clases. Sentencia de 12 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 764 (9384). Actor: Luis Alejandro Páez Castellanos. 563

13. Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Acuerdo número 12 de 2 de febrero de 1987. Viáticos. Auto de 13 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente número 2812. Actor: Mario Enrique Páez Rivera. 572

Págs.

14. Policía Nacional. Resolución número 0748 de 4 de febrero de 1981. ACTO ADMINISTRATIVO DE CUMPLIMIENTO O EJECUCION DE LA DECISION SANCIONATORIA DISCIPLINARIA. Sentencia de 25 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 306 (10860). Actor: Octavio López. 574

15. Superintendencia Bancaria. Resolución 0409 de 7 de febrero de 1985. INTERVENCIONISMO DEL ESTADO. Atribuciones sobre las entidades. Sentencia de 29 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 0533. Actor: Almacenes Generales de Depósito Grancolombia S. A. "ALMAGRAN". 583

16. Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Naturaleza. Nulidad del artículo 1º del Acuerdo número 119 de 1980, y del artículo 32 del Acuerdo número 545 de 1985. Sentencia de 29 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 326. Actor: Ramiro Bejarano Guzmán. 591

17. Dirección Nacional de Impuestos Nacionales. Concepto número 1090 de 27 de mayo de 1986. IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS. RETENCION EN LA FUENTE DE PORCENTAJES POR PAGOS O ABONOS EN CUENTA, EN DINERO O EN ESPECIE, POR CONCEPTO DE SALARIOS O DIVIDENDOS DE LAS PERSONAS NATURALES O JURIDICAS; SOCIEDADES DE HECHO; COMUNIDADES ORGANIZADAS Y SUCESIONES ILIQUIDAS EFECTUAREN. Sentencia de 6 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente número 1343. Actor: Alberto Múnera Cabas. 598

Salvamento de voto del doctor Jaime Abella Zárate. 609

18. Casa de Nariño. SUSPENSION PROVISIONAL EN PREVENCION DE ACTOS DE TRAMITE Y ACTOS PREPARATORIOS. ACUERDO DE LA CASA DE NARIÑO. Auto de 12 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 862. Actor: Víctor Velásquez Reyes. 611

19. Caja Nacional de Previsión Social. Resoluciones números 10057 de 20 de octubre de 1984 y 0575 de 12 de febrero de 1985. PENSION GRACIA.

Págs.

Sentencia de mayo 12 de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 3016. Actor: Leonardo Antonio Pineda Valderrama. 624

20. Consejo Nacional de Política Aduanera. GRAVAMENES A IMPORTACIONES DE PAISES MIEMBROS DEL PACTO ANDINO. Sentencia de 13 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente número 1066. Actor: C. I. TRADECOL S. A. y otros. 628

21. Superintendencia de Notariado y Registro. Resolución número 5297. de 3 de noviembre de 1982. SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO. Nombramiento y remoción del personal de las oficinas de registro. Sentencia de 17 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 322. Actor: Félix Hernández Vega. 640

22. Dirección General de Aduanas. Circular número 984 de 30 de diciembre de 1986. ACUERDO DE CARTAGENA. REGIMEN ESPECIAL DE LOS PRODUCTOS INCLUIDOS EN LA LISTA DE RESERVA. Auto de mayo 20 de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1693. Actor: Federación Colombiana de Industrias Metalúrgicas "FEDEMETAL". 643

23. Interconexión Eléctrica S. A. "ISA". Resoluciones números 0245 y 0246 de diciembre 17 y 23 de 1987. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Intereses moratorios. Auto de 24 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 844. Actor: Fernando Sarmiento Cifuentes. 653

24. Mesa Directiva de la Cámara de Representantes. Resolución número CM-112 de 12 de agosto de 1987. CAMARA DE REPRESENTANTES. COMISION DE LA MESA DIRECTIVA. Auto de junio 14 de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 3256. Actor: Ernesto Rey Cantor. 660

25. Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Acuerdo número 12 de 24 de febrero de 1987. VIATICOS PARA COMISIONES DE SERVICIO EN EL INTERIOR DEL PAIS. Fijación por las entidades. Auto de 15 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente 2812. Actor: Mario Enrique Páez. 664

Págs.

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO I

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES

1. Asamblea Departamental del Quindío. Ordenanza de 30 de noviembre de 1984. Auto de 29 de enero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 813. Actor: José Jesús Laverde Ospina. 671

2. Asamblea Departamental de Santander. Código Fiscal de Santander. Auto de 4 de marzo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 799. Actor: Alvaro Beltrán Pinzón. 676

3. Asamblea Departamental del Huila. Ordenanzas números 24, 26, 27, 28, 31 y 35 de 1985. Sentencia de 11 de marzo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 531. Actor: Sixto Francisco Cerquera Rivera. 682

CAPITULO II

ACTOS DEL GOBERNADOR

1. Gobernación del Departamento del Quindío. Decreto número 0665 de 22 de diciembre de 1980. Sentencia de 20 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 534. Actor: José Jesús Laverde Ospina. 689

2. Gobernación del Departamento de Antioquia. Numeral 3º del artículo 419 del Decreto 1637 de 26 de agosto de 1983. Sentencia de 25 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 732. Actor: Ultradifusión Ltda. 699

Págs.

CAPITULO III

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

1. Beneficencia Departamental de Norte de Santander. Acta número 2113 de 31 de julio de 1985. SORTEO. Concepto. Auto de febrero 18 de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 504. Actor: Alvaro Garzón Serrano. 707

2. División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia. Resoluciones números 0429 de 3 de diciembre de 1986, Resolución número 005 de 6 de enero de 1987 expedidas por la Inspección Primera de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental y la Resolución número 0039 de 5 de febrero, expedida por la Jefatura de dicha Sección. SINDICATOS. Suspensión en el ejercicio de los cargos directivos. Auto de febrero 24 de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente número 2748. Actor: Fundición y Repuestos S. A. FURESA. 710

3. Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca. Resolución número 25-000-0044 de 28 de diciembre de 1984. CATASTRO. Formación y Conservación. Auto de 6 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 739. Actor: Alvaro García García. 712

4. Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá. Resolución número 2275 de 30 de abril de 1986, expedida por la Revisora Fiscal de la Empresa de Energía. ACTOS DE CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA. Auto de 12 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 2623. Actor: Germán Gómez Garzón. 718

5. Dirección Seccional de Instrucción Criminal de los Distritos Judiciales de Valledupar y Riohacha. Nulidad de los artículos 4º y 9º, apartes 1º y 3º de la Resolución número 329 de 31 de agosto de 1985, expedida por la Directora Seccional de Instrucción Criminal. JUECES DE INSTRUCCION MILITAR. Sentencia de 25 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 240. Actor: Oscar Ibarra Ortiz. 723

Págs.

6. Corporación Autónoma Regional del Tolima "CORTOLIMA". Nulidad de los artículos 6º y 8º del Acuerdo número 014 de 11 de marzo de 1983, proferido por la Junta Directiva de la Corporación. TITULOS DE IDONEIDAD. Reglamentación del ejercicio de las profesiones. Sentencia de 25 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 368. Actor: Lubin Piedrahita Gutiérrez. 726

7. Corporación Autónoma Regional del Cauca. Acción de nulidad. Artículo 1º del Acuerdo número 29 de 19 de diciembre de 1979. Sentencia de 21 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expendiente número 82. Actor: Carlos Galindo Pinilla. 731

8. Instituto Nacional de Desarrollo de los Recursos Renovables y del Ambiente, INDERENA. Resoluciones números 0515 de 19 de julio de 1977, 0591 de 9 de agosto de 1978 y 0328 de 25 de julio de 1983 y 0153 de 11 de abril de 1980, emanadas de la Gerencia Regional Occidental de Medellín. Antioquia, del Instituto. AGUAS. CONCESION DE APROVECHAMIENTO DE ESTAS POR EL INDERENA. Sentencia de 23 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 458. Actor: Inés Villa viuda de A. 745

9. Cámara de Comercio de Villavicencio. Resolución número 001 de 6 de mayo de 1987. DEMANDA. Ineptitud. Auto de 24 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 798. Actor: Hernando Coy Cruz. 753

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO I

CONCEJOS MUNICIPALES

1. Concejo Municipal de Neiva. Artículo 7º, parágrafo 2º, del Acuerdo número 10 de 14 de noviembre de 1977. Sentencia de 19 de enero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 408. Actor: Sociedad Empresa Constructora del Sur Limitada. 759

2. Concejo Municipal de Floridablanca. Acuerdo número 026 de 7 de diciembre de 1986. Auto de 15 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso

Págs.

Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 656. Actor: Humberto Duarte. Fletcher. 765

3. Concejo del Distrito Especial de Bogotá. Artículo 106 del Acuerdo número 21 de 1983. Sentencia de 22 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 1244. Actor: Asociación Bancaria. 770

4. Concejo Municipal de Ibagué. Acuerdo número 046 de 8 de septiembre de 1983. Sentencia de 20 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 866. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya. 778

CAPITULO II

ACTOS DEL ALCALDE

1. Alcalde Municipal del Espinal. Decreto 203 de 30 de diciembre de 1986. Auto de 4 de marzo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 719. Actor: Gobernación del Tolima. 783

2. Alcalde del Distrito Especial de Bogotá. Acción de nulidad contra el Decreto 1393 de 30 de diciembre de 1971. Sentencia de 18 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 688. Actor: Ricardo Aníbal Godoy Suárez. 787

3. Alcaldía Municipal de Santiago de Cali. Acción de nulidad contra los artículos 1º, 2º y 26 del Decreto extraordinario municipal número 1912 de 15 de diciembre de 1978 y el artículo 6º, Código 306 del Decreto reglamentario municipal número 0234 de 21 de febrero de 1979, expedidos por el Alcalde Municipal de Santiago de Cali, por medio de los cuales se estableció de manera genérica el impuesto de industria y comercio para las empresas de transporte. Sentencia de 24 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 0111. Actor: Luis Mario Duque. 796

4. Alcalde Municipal de Cúcuta. Acción de nulidad contra los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 9º, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 del Decreto número 128 de 18 de julio de 1986, por el cual se reglamenta el funcionamiento de los establecimientos abiertos al público y la expe-

Págs.

dición de sus licencias. Sentencia de 25 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 702. Actor: Justo Pastor Torres Velandia. 801

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

1. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO: FALLA DEL SERVICIO Y "RESPONSABILIDAD DEL JUEZ". Artículo 40 del Código de Procedimiento Civil. Sentencia de 16 de diciembre de 1987. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente número R-012. Actor: Olga López Jaramillo. 809

Aclaración de voto del doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. ... 850

Aclaración de voto de la doctora Consuelo Sarria Olcos. 853

Aclaración de voto de la doctora Aydée Anzola Linares. 858

Aclaración de voto del doctor Jaime Avella Zárate. 860

Aclaración de voto del doctor Samuel Buitrago Hurtado. 867

Aclaración de voto del doctor Simón Rodríguez Rodríguez. 870

Aclaración de voto del doctor Carmelo Martínez Conn. 872

2. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO. Sentencia de 5 de febrero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 3009. Actor: Mariela Torres de Zambrano. 879

3. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. SOLIDARIDAD. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL CON LA EMPRESA AEROPESCA LTDA. Sentencia de 22 de marzo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 3360. Actor: Plutarco Elías López. 903

Págs.

Salvamento de voto del doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. ... 920

4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. FALLA DEL SERVICIO. Sententencia de 25 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 3882. Actor: Jaime Arturo Bertel y otros. 926

5. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. FALLA DEL SERVICIO POR OMISION. Sentencia de 6 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 4314. Actor: Julio César Ocampo Jaramillo. 954

6. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. FALLA DEL SERVICIO AERONAUTICO. Sentencia de 31 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5098. Actor: Diana Maritza Gómez García. 1001

Aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta. 1007

7. RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES PUBLICAS POR GUARDA DE MERCANCIAS. Sentencia de 14 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 4159. Actor: IMPOGER LTDA. 1014

TITULO V

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PUBLICA. Sentencia de 29 de enero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expendiente número 3615. Actor: Darío Vargas Sanz. 1029

2. CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION. Criterios diferenciadores entre "administrativos" y "privados". DEMANDA DE RECONVENCION EN PROCESOS ORDINARIOS QUE SE ADELANTAN ANTE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia de 9 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 4913 (180). Actor: Seguros del Estado. 1041

Págs.

3. ACTO DE ADJUDICACION. Auto de 22 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente número 5262. Actor: Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica "CORELCA". 1053

Salvamento de voto del doctor Carlos Betancur Jaramillo. 1067

4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y OTROS DE LA ADMINISTRACION. Sentencia de 13 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 4303. Actor: Urbanización Villa Alicia. 1069

5. CONTRATO DE OBRA PUBLICA CON ESTIPULACION A PRECIOS UNITARIOS. Sentencia de 3 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 4993. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Armenia "TELEARMENIA". 1080

6. CONTRATO DE SEGURO. SEGURO DE TRANSPORTE. Sentencia de 17 de junio de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número R-056. Actor: Aseguradora Colseguros S. A. 1113

7. ACTO DE ADJUDICACION. Auto de 23 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Ramírez Arcila. Expediente número 5306. Actor: Sociedad Internacional de Luminarias Ltda. 1136

Salvamento de voto del doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. ... 1142

TITULO VI

JUICIOS ELECTORALES

1. Nulidad del acto que declara la elección de Contralor General del Departamento del Cesar y Auditor General Interno de la misma Contraloría. Sentencia de 22 de enero de 1988. Sala de lo Contencioso Electoral. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número E-111. Actor: Eliécer Meneses Lopera. 1151

Salvamento de voto del doctor Carmelo Martínez Conn. 1162

2. Suspensión provisional del acto que declara la elección de Tesorero Municipal de Barbosa. Auto de 7 de abril de 1988. Sala Contenciosa

Págs.

Electoral. Consejero ponente: Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente número E-141. Actor: Tito Edmundo Rueda Guarín. ... 1165

3. Nulidad del acto que declara la elección del Tesorero Municipal de Santa Marta. Sentencia de 8 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 727. Actor: Eduardo Martínez Bustamante. 1167

4. Nulidad del acto que declara la elección de dos concejales del Municipio de Armenia. Auto de 23 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0165. Actor: José Jesús Laverde Ospina. 1170

TITULO VII

REVISION DE IMPUESTOS

1. Impuesto de Industria y Comercio. Sentencia de 4 de marzo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Hernán Guillermo Aldana. Expediente número 1505. Actor: BAVARIA S. A. 1177

2. Impuesto de Industria y Comercio por el año gravable de 1979. Sentencia de 4 de marzo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Hernán Guillermo Aldana. Expediente número 0249. Actor: Mercados La Candelaria S. A. 1189

3. Impuesto sobre la renta por el año gravable de 1975. Sentencia de 25 de marzo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1316. Actor: Burroughs de Colombia S. A. 1193

4. Impuesto sobre la renta por el año gravable de 1980. Sentencia de 25 de marzo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1547. Actor: Gaseosas Hipinto. 1199

5. Impuesto de Industria y Comercio por año gravable de 1980. Sentencia de 15 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 0506. Actor: Flota Mercante Grancolombiana. 1210

Págs.

6. Impuesto de Industria y Comercio por el año gravable de 1977. Sentencia de 20 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 0308. Actor: Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A. "CADENALCO". 1220

7. Impuesto al consumo de cigarrillo, correspondiente a los meses de abril y marzo de 1980. Sentencia de 10 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 6514. Actor: Distribuidora Colombiana Ltda. 1226

TITULO VIII

JURISDICCION COACTIVA

1. ACTOS CONFIRMATORIOS DE LIQUIDACION DE AFORO. Recurso de apelación contra el mandamiento de pago librado el 1º de abril de 1987. Auto de 30 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente número 1766. Actor: La Nación. ... 1233

TITULO IX

CAPITULO I

RECURSOS DE SUPLICA

1. Recurso de súplica contra el auto de 14 de diciembre de 1987. Auto de 18 de febrero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 3057. Actor: Acerías Paz del Río S. A. 1239

2. Recurso de súplica contra el auto de 10 de mayo de 1984. Auto de 29 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 1724. Actor: Jaime Angulo Bosa. 1247

CAPITULO II

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA
(Ley 11 de 1975, art. 2º)

1. RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA FRENTE A LA SENTENCIA QUE DESATA EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANU-

Págs.

LACION. Improcedencia. Recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de 22 de octubre de 1986, de la Sección Segunda. Auto de marzo 23 de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número S-004. Actor: Néstor Ventez Playonero. 1251

2. RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA FRENTE AL AUTO INADMISORIO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. Procedencia. RECURSOS EXTRAORDINARIOS. IMPROCEDENCIA FRENTE A SENTENCIAS DE LA SALA ELECTORAL. Recurso extraordinario de súplica contra el auto de 25 de septiembre de 1987. Sala Unitaria. Auto de 15 de marzo de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número Rev. 013. Actor: Carlos Plata Castillo. 1253

TITULO X

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION

1. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. INAPLICABILIDAD DE LA INSTITUCION PROCESAL CIVIL, "AGENCIA OFICIOSA" EN LA FORMULACION DE ESTE RECURSO. Recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de 13 de marzo de 1987. Auto de 27 de enero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 2920. Actor: José Oscar Eduardo Mejía. 1261

2. CARRERA ADMINISTRATIVA. Recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de 4 de octubre de 1985. Sentencia de 20 de febrero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente número 1199. Actor: Libia Mercedes Montoya y otras. 1265

3. ACCION DE PLENA JURISDICCION. CADUCIDAD. Término. Sententencia de 7 de marzo de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número R-018 (201). Actor: Luis Bernardo Uribe. 1273

Salvamento de voto del doctor Jaime Abella Zárate. 1279

Salvamento de voto del doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. ... 1281

Salvamento de voto del doctor Consuelo Sarria Olcos. 1283

Salvamento de voto del doctor Julio César Uribe Acosta. 1287

Págs.

4. APELACION ADHESIVA. Recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de segunda instancia de 20 de marzo de 1985, proferida por la Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número R-014. Actor: Catalina Baicue de Rivera y otros. 1321

Aclaración de voto del doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. ... 1332

Salvamento de voto del doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. ... 1333

Salvamento de voto del doctor Alvaro Lecompte Luna. 1336

Salvamento de voto del doctor Simón Rodríguez Rodríguez. 1339

TITULO XI

CUESTIONES PROCESALES

1. AGENCIAS EN DERECHO. Auto de 15 de enero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 1939. Actor: Alvaro García Moscote. 1343

2. TRIBUNAL ACTIVO. COMPETENCIA. ACCION DE REPARACION DIRECTA. Auto de 28 de enero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 5157 (255). Actor: Franz Sierra Martínez. 1345

3. COMPETENCIA VIRTUAL. Concepto y consecuencias. Sentencia de 5 de febrero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 5039 (217). Actor: Jorge Edinson Flórez Lemons y otros. 1348

4. LIQUIDACION DE CONDENA. Auto de 5 de febrero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expedientes acumulados números 1650, 1655, 1799 y 2234. Actor: Ligia Torres de Navarrete y otros. 1360

5. RECURSO DE APELACION. RECURSO DE SUPLICA CONTRA EL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA Y EL QUE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL. Auto de 19 de febrero de 1988. Sala

Págs.

de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2014. Actor: Cervecería Aguila S. A. 1375

6. RECURSO DE APELACION CONTRA AUTOS. Auto de 29 de febrero de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 5220. Actor: Samuel Reales Ortiz. 1378

7. PERENCION DEL PROCESO. Auto de 3 de marzo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 4855 (161). Actor: Esperanza Rico de Prada y otros. 1381

8. SALA ELECTORAL. COMPETENCIA. Auto de 3 de marzo de 1988. Sala Electoral. Consejero ponente: Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente número E-064. Actor: Edmundo Guevara Herrera. 1384

9. PRUEBAS. Petición. Auto de 4 de marzo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 132. Actor: Aerovías Nacionales de Colombia. 1386

10. RECURSO DE APELACION. SUSPENSION PROVISIONAL. Auto de 4 de marzo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente número 2046. Actor: Jaime Enrique Rodríguez Navas. ... 1388

11. ACCION DE PLENA JURISDICCION. CADUCIDAD. Conteo. Término. Sentencia de 7 de marzo de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número R-018 (201). Actor: Luis Bernardo Uribe. 1389

Salvamento de voto del doctor Jaime Abella Zárate. 1395

Salvamento de voto de la doctora Consuelo Sarria Olcos. 1397

Salvamento de voto del doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. ... 1402

12. PRUEBAS. Normas del Código de Procedimiento Civil, aplicables en el proceso contencioso administrativo. Auto de 22 de marzo de 1988.

Págs.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 5203 (265). Actor: Ana Esther Silva y otros. 1404

13. IMPEDIMENTO. AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO. Auto de 25 de marzo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sala de Decisión. Expediente número 605-118811. Actor: Alicia Escalante de E. 1408

14. ARBITROS. Competencia del Consejo de Estado en la designación. Auto de 5 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 5272. Actor: Sociedad Constructora Brugués & Cía. 1410

15. LLAMAMIENTO EN GARANTIA. DENUNCIA DEL PLEITO. Auto de 14 de abril de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 4724 (68). Actor: Carlos Hernando Chica Santa. 1417

16. NULIDAD PROCESAL. COMPETENCIA FUNCIONAL. Auto de 2 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 4524 (383). Actor: Jaime Pumarejo Certain. ... 1421

17. PRUEBA PERICIAL. PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS. Auto de 5 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente número 5083. Actor: Pedro Antonio Forero Corredor. 1426

Salvamento de voto del doctor Carlos Betancur Jaramillo. 1436

18. IMPEDIMENTO. Razón intelectual. Auto de 5 de mayo de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número R-025. Actor: Jorge Combariza Huertas y otro. 1438

19. ACTUACION JUDICIAL. Auto de 12 de mayo de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número R-014. Actor: Simbad Ceballos Chacón. 1440

Págs.

20. SENTENCIAS. Corrección por error aritmético. Auto de 14 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 2002. Actor: Congregación de Hermanas Misioneras de María Inmaculada de Santa Catalina de Sena (Madre Laura). 1442

21. IMPEDIMENTOS. Auto de 24 de mayo de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número R-043. Actor: Roberto Echeverri Grisales. 1457

22. SENTENCIAS. NOTIFICACION. Auto de 30 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1993. Actor: Productos Quaker S. A. 1461

23. RECURSO DE APELACION CONTRA PROVEIDO DENEGATORIO DE SUSPENSION PROVISIONAL. Auto de 23 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 166. Actor: José Eduardo Mestre Sarmiento. 1463

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 1992.
Penicentral de Colombia

SANTA FE DE BOGOTA, D. C. - COLOMBIA

Págs.

20. SENTENCIAS. Corrección por error aritmético. Auto de 14 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 2002. Actor: Congregación de Hermanas Misioneras de María Inmaculada de Santa Catalina de Sena (Madre Laura). 1442

21. IMPEDIMENTOS. Auto de 24 de mayo de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número R-043. Actor: Roberto Echeverri Grisales. 1457

22. SENTENCIAS. NOTIFICACION. Auto de 30 de mayo de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1993. Actor: Productos Quaker S. A. 1461

23. RECURSO DE APELACION CONTRA PROVEIDO DENEGATORIO DE SUSPENSION PROVISIONAL. Auto de 23 de junio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 166. Actor: José Eduardo Mestre Sarmiento. 1463

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 1992.

Penicentral de Colombia

SANTA FE DE BOGOTA, D. C. - COLOMBIA

suspender de modo provisional un acto administrativo con fundamento en el estudio de pruebas aportadas, pero, como ya se ha clarificado jurisprudencialmente, sobre la base de que esas pruebas tengan un carácter documental y estén relacionadas de modo estrecho con el mismo proceso de expedición del acto acusado.

Planteada por el actor la petición de suspensión provisional sobre las bases anotadas, al afirmar la pretermisión de requisitos legales en la expedición de la ordenanza acusada conforme documentos obrantes en el expediente, procede la Sala al examen de las violaciones que se le atribuyen.

El artículo 187 de la Constitución Nacional dice que corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas:

"4º Crear y suprimir municipios, segregar o agregar términos municipales y fijar límites entre los distritos, llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley".

En desarrollo de la norma constitucional antes transcrita, la Ley 14 de 1969 en su artículo 1º dispuso lo siguiente:

"Para que una porción de territorio de un departamento pueda ser erigida en municipio, se necesita que concurran las siguientes condiciones:

"1º Que tenga por lo menos 20.000 habitantes y que el municipio o municipios de los cuales se segrega quede cada uno con una población no inferior a 25.000 habitantes, según certificación detallada del Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

"2º Que en los tres últimos años fiscales haya aportado en rentas y contribuciones al municipio o municipios de los cuales se segrega una suma no inferior a ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00) anuales y que, además, estos distritos queden cada uno con un presupuesto no inferior a doscientos mil pesos ($ 200.000.00) anuales, sin computar en dichas sumas las transferencias que reciban de la Nación y del Departamento, todo de conformidad con las certificaciones motivadas que expida la respectiva contraloría departamental.

"3º Que a juicio de los organismos departamentales de planeación, tenga capacidad para organizar un presupuesto anual no inferior a doscientos mil pesos ($ 200.000.00), sin computar las transferencias que recibe de la Nación y del Departamento.

"4º Que en el poblado destinado a cabecera residan no menos de 3.000 personas, según certificado del Departamento Administrativo Nacional de Estadística; que existan allí mismo locales adecuados para el funcionamiento de oficinas públicas, casa municipal, cárcel, centro de salud y escuela, como mínimo, o que cuente con recursos suficientes para construirlos o que su establecimiento esté previsto en los programas nacionales, regionales o departamentales.

"5º Que la creación sea solicitada por no menos de cuatro mil ciudadanos domiciliados dentro de los límites que se piden para el

nuevo municipio, y que las firmas de los solicitantes estén autenticadas por el Juez del municipio o municipios de los cuales se segrega el que se pretende crear.

"6º Que los organismos departamentales de planeación conceptúen sobre la conveniencia económica y social de la nueva entidad, teniendo en cuenta su capacidad fiscal, sus posibilidades económicas y su identificación como área territorial de desarrollo".

Pues bien, basta leer la constancia del folio 19 del informativo, expedida por el señor Jefe Regional del Banco de Datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (Regional Centrooccidente), para evidenciar que el primero de los requisitos exigidos por el artículo primero de la Ley 14 de 1969 no se cumplió, pues, se repite, dice la norma en mención que para que una porción de territorio de un Departamento pueda ser erigida en Municipio, "se necesita *que concurran* las siguientes condiciones: "1º Que tenga por lo menos 20.000 habitantes y que el municipio o municipios de los cuales se segrega quede cada uno con una población no inferior a 25.000 habitantes, según certificación detallada del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (se subraya).

Dice la constancia referida, lo siguiente:

"El suscrito Jefe del Banco de Datos de la Regional Centrooccidental del Dane, hace constar:

"Que de acuerdo a los resultados definitivos del XV Censo Nacional de Población y IV de Vivienda realizado en 1985, el número de habitantes empadronados en el corregimiento de Barcelona del municipio de Calarcá (Quindío) fue:

"En el centro poblado	5.098
"En el resto del corregimiento incluyendo población dispersa	1.688
Total de habitantes	6.786

"Fuente: DANE, tabulado Base geográfica Censo 85 Cartografía centro poblado de Barcelona y Mapa rural de Calarcá sector I, secciones 3, 4 y 5.

"Dado en Armenia a los 28 días del mes de octubre de 1987. a solicitud de la doctora Olma Inés Beltrán Ospina, Alcaldesa de Calarcá".

Por manera que es clara y ostensible la violación por parte del acto acusado de la norma citada de la Ley 14 de 1969, pues la población mínima exigida por la disposición en modo alguno se atempera a ella, siendo así que no tenía esa cifra la porción territorial que pretendía fuera erigida en municipio, circunstancia que se patentiza a través de la prueba documental citada y transcrita antes, que se relaciona íntima y directamente con el proceso de expedición de la Ordenanza impugnada a términos del artículo 187 de la Carta (numeral 4º). Esta disposición faculta a las Asambleas para crear municipios, pero eso sí, "llenando estrictamente los requisitos que establezca la

ley", que en la actualidad es la Ley 14 de 1969. Además, la posibilidad de suspender provisionalmente la ordenanza sobre la base del análisis probatorio documental, es viable aquí como atrás se explicó según el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, medida que se justifica, puesto que de no obrarse así, se haría en cierta forma engañosa la institución de la medida excepcional de la suspensión, a pesar de aparecer demostrado de modo fehaciente, como en el caso de autos, los hechos que sirvieron de fundamento al demandante para impetrarla.

Y lo hasta aquí dicho es suficiente y releva a la Sala del análisis de las demás normas citadas como violadas, puesto que la Ley 14 de 1969 en su artículo 1º exige que los requisitos allí consignados para la creación del municipio sean concurrentes, esto es, que se junten para los fines previstos en la norma.

No sobra anotar como circunstancia relevante en el expediente, la objeción que por motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad formuló el señor Gobernador del Departamento al acto enjuiciado, así como el posterior cuestionamiento del mismo que hizo ante el Tribunal Administrativo del Quindío.

Las razones anteriores indican que la providencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, en cuanto negó la suspensión provisional de la Ordenanza por la cual se creó el Municipio de Barcelona, debe ser revocada para en su lugar disponerse esa medida cautelar.

Y en tal virtud el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

Revócase la providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío el 18 de noviembre de 1987 en cuanto negó la suspensión provisional del acto acusado y, en su lugar, *suspéndese provisionalmente* la Ordenanza expedida por la Asamblea Departamental del Departamento del Quindío el 30 de noviembre de 1984, "por la cual se crea el Municipio de Barcelona y se dictan disposiciones para su organización".

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 29 de enero de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CODIGO FISCAL DE SANTANDER.—

CONFIRMA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 54, ordinal 6º; artículo 62, ordinales 5º y 6º parcialmente; artículo 78 parcialmente; artículo 450, inciso 2º; artículo 461, literales A y B.

Por cuanto que tales normas a) dan facultad a la Contraloría de intervención directa en los asuntos puramente administrativos lo cual repugna según el artículo 17 de la Ley 3ª de 1986. b) Señalan el 2% como porcentaje mínimo que la Contraloría debe recibir de todas las entidades sometidas a su auditaje, desconociendo el artículo 6º de la Ley 6ª de 1958.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 799. Demandante: Alvaro Beltrán Pinzón, Gobernador de Santander.

No entra la Sala a considerar el recurso de alzada interpuesto por el señor Contralor General de Santander, por medio de apoderado, porque dicho funcionario carece de aptitud procesal para representar a la Contraloría General de ese Departamento, que es una dependencia de este último ente territorial. Al respecto la Sala se ha pronunciado así en providencia de 12 de septiembre de 1987, proceso número 611:

"I. Cuando el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo establece que tanto las entidades públicas como privadas que cumplen funciones públicas pueden comparecer como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso-administrativos, no está admitiendo, como lo pretende el recurrente que tal comparecencia sea independiente del carácter de personas jurídicas que ellas posean o no, es decir, no está la norma previendo que cualquier organismo aunque carezca de personería jurídica o legitimación adjetiva tiene entidad para comparecer en el proceso en cualquiera de las situaciones antes enunciadas. Por el contrario, la norma reitera la preceptiva del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil que exige para ser parte en un proceso, el carácter de persona natural o jurídica, cuando dispone que tales entidades actuarán en el proceso por medio de sus representantes. La representación de un ente pre-

En cuanto a los Concejos también existe la norma. El artículo 80 del actual Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986) prevé las reuniones extras del Cabildo, así: "También se reunirán extraordinariamente los Concejos por convocatoria del Alcalde respectivo. En estos casos se ocuparán exclusivamente de los asuntos que someta a su consideración la *autoridad que los convoque*" (Se subraya).

De la atenta lectura de estos preceptos de la Carta se puede deducir con toda claridad las siguientes consecuencias no susceptibles de erradas interpretaciones como la que se desprende de la demanda que se estudia:

a) El Congreso y las Asambleas no pueden ocuparse sino en relación con los proyectos que se les someta al estudio por el Gobierno, siendo descartable toda iniciativa parlamentaria o de los diputados; precisamente porque de conformidad a las normas transcritas tendrán que ocuparse *exclusivamente* de los asuntos que el Gobierno proponga o presente.

De manera excluyente el Gobierno maneja los temas y las materias de las sesiones extraordinarias hasta el punto de transgredir dichas normas la aprobación de una ley u ordenanza que no sea de su procedencia a diferencia de lo que ocurre en las ordinarias en las cuales la ley o la Ordenanza, en términos generales, pueden provenir del Gobierno, de las Cámaras o de las Asambleas, indistintamente, según el caso.

b) Es preciso afirmar, que al decir la norma que el Congreso, o en el caso *sub exámine*, la Asamblea, no puede ocuparse de asuntos distintos a los que el Gobierno presente a su consideración, impone una limitación constitucional en cuanto hace a la iniciativa del respectivo proyecto o asunto; pero en ningún caso está indicando que sea indispensable determinar en el decreto de convocatoria las materias o proyectos sobre los cuales deberá ocuparse la Corporación durante las sesiones extraordinarias.

Puede precisar y agotar todo el temario en el decreto de convocación, o puede, perfectamente, como lo hizo en el decreto demandado, hacer una relación de los principales y expresar en su articulado que además se estudiarán los proyectos que durante dicho período extraordinario presente, o también en el curso de las sesiones someter nuevos proyectos ya sea prorrogando o no el término según la urgencia o necesidad del Gobierno.

Es entendido que las posibilidades de iniciativa del Gobernador sólo se agotan cuando terminan las respectivas sesiones. Interpretar lo contrario conduciría al quebrantamiento de la norma supralegal que está por encima de la contenida en el decreto reglamentario citado como objeto de violación o quebranto en la demanda, concretamente el artículo 2º del Decreto 1442 de 19 de junio de 1979, el cual fue dictado por el Ministro delegatario en ejercicio de las facultades que le fueron concedidas por el Decreto 1243 de 1979, entre las cuales estaba la potestad reglamentaria del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional.

c) El artículo 2º del Decreto 1442 supracitado, dice:

"En las sesiones extraordinarias las Asambleas Departamentales se ocuparán exclusivamente de los asuntos que los Gobernadores sometan a su consideración en el Decreto de convocatoria.

"En consecuencia los diputados no podrán someter a la consideración de la Asamblea ningún proyecto de ordenanza o de acto administrativo durante tales sesiones, ni considerar proyectos pendientes o en tránsito que el Gobernador no haya incluido en el Decreto de convocatoria".

Observando en su conjunto este contexto, se puede ver que su finalidad no fue otra que la de hacer énfasis en la limitación de iniciativa impuesta en el artículo 185 de la Carta a los diputados, pero no podía rebasar el alcance mismo de esta preceptiva de superior jerarquía limitando, a su vez, la facultad del Gobernador de proponer y adelantar "exclusivamente" durante el período de sesiones extraordinarias las iniciativas legislativas u ordenanzales que considere oportuno hacer a partir de la convocatoria respectiva, so pena de incurrir en el quebrantamiento de la norma superior de la Constitución que prima sobre dicho decreto reglamentario, como se dijo anteriormente. En este sentido, la Sala deja de aplicarlo en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 215 de la Constitución Nacional.

Apartándose, pues, del concepto del distinguido colaborador Fiscal, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase en todas sus partes la sentencia de 6 de noviembre de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, dentro del proceso de nulidad del Decreto departamental número 770 de 2 de diciembre de 1985, y de las Ordenanzas números 24, 26, 27, 28, 31 y 35 de 1985, expedidas por la Asamblea Departamental del Huila.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez, No asistió.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO II

ACTOS DEL GOBERNADOR