REPUBLICA DE COLOMBIA



ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

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

AÑO XLIII TOMO CXV

NUMEROS 497 - 498

SEGUNDO SEMESTRE 1988

VOLUMEN II

RELATORAS:

Dra. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

Dra. MARGARITA HERNANDEZ DE ALBARRACIN

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

AÑO XLIII TOMO CXV

NUMEROS 497 - 498

SEGUNDO SEMESTRE DE 1988

VOLUMEN II

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

SEGUNDO SEMESTRE

1988

Presidente:
Doctor Carmelo Martínez Conn

Vicepresidente:
Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo

Secretaria General:
Doctora Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Dr. Samuel Buitrago Hurtado
Presidente

Dr. Guillermo Benavides Melo
Dr. Luis Antonio Alvarado Pantoja
Dr. Simón Rodríguez Rodríguez
Dr. Víctor M. Villaquirán M.
Secretario

SECCION SEGUNDA

Dra. Aydée Anzola Linares
Presidente

Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker
Dra. Clara Forero de Castro
Dr. Alvaro Lecompte Luna
Dr. Miguel A. Perilla Perilla
Secretario

SECCION TERCERA

Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo
Presidente

Dr. Carlos Betancur Jaramillo
Dr. Julio César Uribe Acosta
Dr. Carlos Ramírez Arcila
Dr. Félix Arturo Mora Villate
Secretario

SECCION CUARTA

Dra. Consuelo Sarria Olcos
Presidente

Dr. Jaime Abella Zárate
Dr. José Ignacio Narváez García
Dr. Carmelo Martínez Conn
Dr. Jorge A. Torrado Torrado
Secretario

SECCION QUINTA

Dr. Miguel González Rodríguez
Presidente

Dr. Jorge Penen Deltieure
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez
Dr. Euclides Londoño Cardona
Dr. Octavio Galindo Carrillo
Secretario

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. Humberto Mora Osejo, Presidente

Dr. Jaime Betancur Cuartas
Dr. Javier Henao Hidrón
Dr. Jaime Paredes Tamayo
Dra. Elizabeth Castro Reyes, Secretaria

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*

RELATORES:

Dra. María Helena Giraldo Gómez
Se retiró el 31 de julio de 1988. Reemplazada por el *doctor Danilo Rojas Betancourth* a partir de 17 de agosto de 1988.

Dra. Margarita Hernández de Albarracín

VOLUMEN II

TITULO V

CAPITULO I

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

DOMINIO.— PROPIEDAD AUTOMOTOR. Prueba.

La prueba del dominio de automotores, para fines de legitimación puede ser: La certificación de la oficina de tránsito en la que esté inscrito el automotor, o también la copia autenticada de la matrícula o tarjeta de propiedad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., treinta de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 5198. Indemnizaciones. Actor: Delio López Giraldo.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 24 de julio de 1987, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda instaurada por el señor Delio López Giraldo y otros contra la Nación y el Municipio de Medellín.

Dichas súplicas aparecen a folio 98 del expediente y son del siguiente tenor:

"*Primero:* La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional y el Municipio de Medellín, son responsables administrativamente y en forma solidaria, de todos los daños y perjuicios ocasionados a los señores Delio López Giraldo, Guillermo de J. López, Jesús E. López Ramírez, Hilda María Londoño de Pérez, José Raúl Pérez Ortega, María Amparo Mesa de Pérez y Raúl Calderón Devia, en su condición de propietarios de los buses de servicio urbano en Medellín, distinguidos con las placas números TI-4508, TI-5386, TI-3802, TA-5486, TI-2142, TI-2920 y TA-9024, con motivo del incendio y daños que fueron provocados en el parqueadero San Cayetano, el 29 de abril de 1984.

"*Segundo:* Como consecuencia de la anterior declaración la Nación —Ministerio de Defensa— Policía Nacional y Municipio de Medellín, pagarán en forma solidaria a los demandantes, las siguientes sumas, que serán reajustadas al momento del pago, o las más que se prueben a través del proceso, por los siguientes conceptos:

"1º A Delio López Giraldo, como propietario del bus TI-4508, la suma de $ 2.000.000.00 como *daño emergente.* Como *lucro cesante* la suma de $ 348.000.00 es decir un total indemnizatorio de $ 2.348.000.00.

"2º Al mismo Delio López Giraldo, como propietario del bus TI-5386, la suma de $ 1.500.000.00 como *daño emergente.* Por *lucro cesante* la suma de $ 360.000.00. Es decir un total indemnizatorio de $ 1.860.000.00.

"3º A Delio López Giraldo y a Jesús E. López Ramírez, en su condición de propietarios del bus TA-5486, dividido en partes iguales para cada uno, las siguientes cantidades: Por *daño emergente* $ 2.000.000.00. Por *lucro cesante* la suma de $ 420.000.00. Es decir un total de $ 2.420.000.00.

"4º Al mismo Delio López Giraldo y a Guillermo de J. López M., en su condición de propietarios del bus TI-3802, dividido en partes iguales para cada uno, las siguientes sumas: *Daño emergente* $ 2.000.000.00. Por *lucro cesante* la suma de $ 330.000.00. Para un total indemnizatorio de $ 2.330.000.00.

"5º Hilda María Londoño Pérez, en su condición de propietaria del bus de placas TI-2142, por *daño emergente* se le reconocerán $ 1.600.000.00. Por *lucro cesante,* se le reconocerán $ 200.000.00. Es decir un total de $ 1.700.000.00.

"6º A Raúl Pérez Ortega y María Amparo Mesa de Ramírez, se les reconocerá, como propietarios del bus TI-2929, la suma de $ 1.500.000.00 como indemnización del *daño emergente* y la suma de $ 300.000.00 como indemnización del *lucro cesante.* En total se le deben reconocer $ 1.800.000.00.

"7º A Raúl Calderón V., en su condición de propietario del bus de placas TA-9024, se le reconocerá la suma de $ 1.330.000.00 como *daño emergente* y la suma de $ 150.000.00 como *lucro cesante* es decir un total de $ 1.480.000.00.

"Tercero: La Nación —Ministerio de Defensa— Policía Nacional y el Municipio de Medellín, pagarán en forma solidaria, el valor del reajuste de las anteriores condenas, hasta el día del pago, teniendo en cuenta la variación de precios del 'índice al consumidor'.

"Cuarto: Pagarán los demandados, en forma solidaria y en favor de los demandantes, los intereses de las sumas a que fueren condenados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

"Quinto: Los gastos del proceso, peritos y demás actividades, correrán de cuenta de las entidades demandadas pues han sido gastos necesarios para que los derechos de los demandantes sean reconocidos".

En el libelo inicial se narraron, además, como hechos los que pueden sintetizarse así:

1. Que los demandantes, señores Delio López G., Guillermo López, Hilda María Londoño, José Raúl Pérez Ortega, María Amparo Mesa de P. y Raúl Calderón D., son propietarios de los buses de transporte urbano que se identifican a folios 84 y 85 (hechos 1 a 6 de la demanda).

2. Que el Gobierno nacional para aligerar el pago del subsidio a los buses de servicio urbano, puso en funcionamiento el sistema

T.S.S. (transporte sin subsidio), mediante el cual el servicio permitía tarifas más altas y debía prestarse con vehículo de condiciones especiales.

3. Que este sistema causó la reacción violenta de algunos extremistas que se dedicaron a amenazar a los transportadores y a quemar los buses.

4. Que esta situación impuso, ante el temor fundado de perder su patrimonio, que se guardaran los buses en garages y parqueaderos.

5. Que las autoridades nacionales y municipales prometieron la protección adecuada para que el servicio se pudiera prestar.

6. Que el 29 de abril de 1984, luego de la jornada de trabajo, fueron guardados en el parqueadero San Cayetano los buses que se detallan en el hecho número 11.

7. Que el parqueadero, conocido de las autoridades, quedó bajo la vigilancia de los celadores León Jairo Rojas R. y Ramón Rojas Z.

8. Que a eso de las 11 de la noche se hizo presente un grupo de personas armadas que luego de encañonar a los vigilantes y a sus familiares, colocaron cargas de dinamita en los vehículos y las activaron, produciéndose la destrucción e incendio de los mismos.

9. Que tan pronto se retiraron los sediciosos se llamó a la policía y al cuerpo de bomberos, los que llegaron cuando ya poco se podía hacer, máxime cuando existía el peligro de que estallaran otras bombas.

10. Que cuando los bomberos se decidieron a intervenir, el carrotanque estaba sin agua y tuvieron que regresar para su aprovisionamiento. Esta demora hizo que los buses quedaran seriamente averiados.

11. Que esos mismos vehículos estaban en perfectas condiciones antes de los hechos aquí narrados.

12. Que en los hechos 19 a 26 se presenta el detalle de los buses averiados, su valor aproximado y el costo de la reparación.

El Tribunal, para tomar la decisión denegatoria de julio 24 de 1987, estimó que no se había configurado la falla del servicio, que ni la Nación ni el Municipio de Medellín resultaron comprometidos en su responsabilidad y que se puso de presente la culpa de las víctimas. De este fallo se destacan los siguientes apartes:

Frente a la Nación:

"3.5. Los documentos anteriores, que el Gobernador del Departamento acepta haber recibido, demuestran los siguientes hechos: a) Que los transportadores agrupados en Cotransa pidieron a las autoridades una protección más eficaz para el servicio de transporte y denunciaron repetidamente los casos de incendios de vehículos acaecidos en diversos lugares de la ciudad; b) Que advirtieron que abandonarían la prestación del servicio si no se tomaban prontas y eficaces medidas que permitieran proteger sus vidas y sus bienes.

"En el acta de la reunión de 21 de diciembre, que no ostenta la firma de la persona que la elaboró o de otro funcionario autorizado para el efecto, como ya se dijo, pero de cuya existencia dan indicios el Presidente de Cotransa Gilberto Cardona y el representante legal de transportes Aranjuez, José Tobías Zapata, se describen varias de las recomendaciones hechas por los asistentes para evitar los desmanes, a saber: a) Colocación de tómbolas de extinción, patrullaje permanente en la calle Colombia y en el parque de Berrío, etc.; b) Establecimiento de una vigilancia especial a los terminales de buses, las estaciones de servicio y los parqueaderos principales de cada ruta en el centro de Medellín 'y algunas direcciones específicas para cada barrio de lo cual tomó atenta nota el Capitán Barón...'

"4. La prueba documental referida, que —con las salvedades anotadas— ofrece una amplia credibilidad porque contiene un relato fehaciente y objetivo de los acontecimientos en la medida en que se desarrollaban, indica, ciertamente, que los transportadores reclamaron repetidamente una mayor protección para sus vehículos. Tal cosa es indiscutible. Pero se trataba de la vigilancia normal que debe darse a los terminales, los 'paraderos' principales de las rutas en la ciudad capital del Departamento y 'algunas direcciones específicas de cada barrio'. En ninguna parte de esos documentos se hace mención de los parqueaderos de los buses, el de San Cayetano concretamente.

"Obsérvese que los hechos no se presentaron en una terminal, en un 'paradero', o a lo largo de las rutas asignadas a los buses de servicio público, sino en un *parqueadero* situado en un sector alejado del centro de la ciudad y cuando los citados vehículos no prestaban el servicio. Era previsible para las autoridades la vigilancia extraordinaria, especial que debían dar a ese parqueadero? La respuesta debe ser negativa: Los funcionarios de policía no fueron informados sobre el lugar en el que eran guardados los buses T.S.S. (o, al menos, no se demostró tal cosa en el proceso). Y es claro que las autoridades nuestras no están en capacidad —y es bien difícil que algún día puedan estarlo— de saber dónde se albergan los bienes de todos los habitantes de la ciudad de Medellín".

"

"5.5. Por su parte, los declarantes Juan Felipe Gaviria y Nicanor Restrepo Santamaría, Alcalde de Medellín y Gobernador de Antioquia a la sazón, son enfáticos al expresar que, en efecto, las autoridades sostuvieron varias reuniones con los representantes de los transportadores, con el objeto de establecer sistemas de vigilancia y control para la operación del servicio urbano en la ciudad de Medellín. El primero de ellos precisa que las disposiciones tomadas buscaban 'una mayor densidad de vigilancia y una concentración de la misma a lo largo de las rutas de buses y una petición a los señores transportadores para que ejercieran ellos también una vigilancia especial en los puntos más neurál-

gicos conocidos por todos como los parqueaderos, los terminales de buses, las bombas de gasolina...' (Declaración del doctor Juan Felipe Gaviria, fls. 147 y ss.).

"Y más adelante explica que las diferentes autoridades no se comprometieron a ejercitar una vigilancia permanente en los terminales de buses, los parqueaderos, etc., por una muy sencilla razón: 'La imposibilidad de cubrir la totalidad de los frentes que estaban sujetos a posibles ataques. Por eso mismo, sí se aumentó la densidad de vigilancia, pero a la vez se les solicitó a los señores transportadores refuerzos adicionales en el cuidado de sus negocios...'

"Las declaraciones de los doctores Restrepo y Gaviaria coinciden con los demás elementos de convicción allegados al proceso y encuentran su confirmación en la razón misma de las cosas: Que no es posible a las autoridades de cualquier país asegurar la integridad absoluta de todos los bienes de los habitantes del territorio. Ratifican también lo dicho antes sobre el notorio descuido en que incurrieron los demandantes al guardar sus vehículos en un parqueadero que no disponía de recursos tan elementales como el teléfono y un número adecuado de extinguidores.

"6. Debe concluirse entonces que el execrable hecho no se debió a falta, omisión o retardo en la prestación de los servicios de prevención y vigilancia a cargo de la Nación".
Frente al Municipio de Medellín (cuerpo de bomberos).

"

"7.4. Ramón Eduardo Rojas, el propietario del parqueadero, manifiesta en un principio que el primer carro de bomberos 'llegaría' a los 10 minutos, pero luego precisa que 'uno del susto no puede decir si fueron cinco, diez o quince minutos, ahí si no estoy yo...', lo que merece credibilidad, porque una persona común y corriente —como él— no está en capacidad de hacer una medición acertada del tiempo en tales circunstancias de pánico y terror.

"Un comentario igual cabe sobre los 10 minutos que León Jairo Rojas dice haber tardado en ir a Campo Valdés y regresar del mismo barrio.

"7.5. Obsérvese que el citado León Darío sostiene no haber 'visto' el momento en que llegaron los bomberos y agrega que 'después *comentaron* que había llegado hasta la puerta y se habían regresado porque no tenían agua, y después aparecieron al rato por el muro del parqueadero...' Y su padre Ramón Eduardo, expresa después de haber afirmado tajantemente que el 'otro carro —se refiere a los bomberos— vino como a los veinte o veinticinco minutos, cuando ya se habían quemado 9 buses' que escuchó *comentar* que el vehículo oficial 'entró sin agua, se equivocó, se fue a tanquearlo de agua, eso fue lo que *oí decir*, y el otro volvió de veinte a veinticinco minutos, *según mi imaginación* porque yo donde estaba, *estaba muy mal*...' Así, pues, no se trata de la exposición seria y segura de la persona que apreció hechos

cuando se hallaba en condiciones normales de mente y espíritu, sino de *comentarios* esto es, deponentes 'de oídas' escuchados por dos sujetos que no se encontraban en capacidad de ordenar sus ideas.

"8. Persiste entonces incólume lo que la amplia prueba documental y testimonial incorporada a los autos pregona sobre la acción adecuada y oportuna del cuerpo de bomberos en la emergencia de que se trata. Es también necesario destacar que la diligencia de inspección judicial permitió apreciar la buena organización de la institución bomberil, que permite a los vehículos que la conforman atender de inmediato y en aceptables condiciones de agua y máquinas los requerimientos que le sean hechos por los ciudadanos.

"9. El apoderado de los actores plantea en su alegato de conclusiones la responsabilidad por *riesgo excepcional*, en defecto de la falla del servicio, porque estima que sus poderdantes fueron objeto de unas cargas superiores a las que les correspondían 'como contraprestación por el servicio que debían prestar'. A pesar de que se trata, como lo indica el colaborador Fiscal, de un planteamiento no incluido en la demanda, la Sala se permite anotar que el citado riesgo no se daría en este caso, porque los hechos no acaecieron cuando los buses se destinaban a la *prestación del servicio público* de transporte, sino, precisamente, cuando se hallaban fuera del mismo.

"En otros términos, la acción criminal no afectó a los vehículos en el momento en que transportaban pasajeros de un sitio a otro de la ciudad, sin después de haber concluido dicho cometido: Los buses habrían sufrido la misma destrucción aunque sus propietarios hubiesen manifestado desde tiempo atrás al Gobierno que no querían —o no podían— continuar atendiendo las necesidades del servicio.

"9.1. Y algo más: No sería compatible la formulación de las dos pretensiones, así fuese la una sucesiva o condicional de la otra, porque la *causa para pedir* en la *falta o falla del servicio* es la *ilegalidad* en que incurrió la Administración por acción, omisión o retardo en el ejercicio de su función administrativa —que es lo que se predica en este proceso— y la *causa petendi* en el riesgo especial o excepcional es la *legalidad* de actuar de la Administración, la cual debe responder únicamente por haber inferido al administrado un daño superior al que normalmente debe padecer".

Apelada la decisión por la parte actora y cumplido el trámite de rigor, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal, la sentencia merece ser confirmada, aunque por razones un tanto diferentes. De esa vista de junio 20 de 1988, que obra a folios 459 y siguientes, se destaca:

"Revisado el expediente este despacho encuentra que los demandantes se presentan en calidad de dueños legítimos de los buses destruidos en la noche de autos y por los cuales solicitan la presente indemnización.

"Para acreditar la propiedad de los vehículos fueron traídos al expediente los siguientes documentos que obra a los folios 1, 2, 7, 8, 13, 14, 24, 25, 30, 31, 37, 38 y 45.

"Los documentos encontrados corresponden a unas copias mecánicas de las tarjetas de operación y de propiedad, algunas autenticadas y otras sin cumplir con este requisito, como es el caso de la del bus de placas TA-9026 supuestamente de propiedad del señor Raúl Calderón y quien solamente aportó la llamada tarjeta de operación.

"Estos documentos, a criterio de la Fiscalía no son idóneos para acreditar la propiedad de los automotores, toda vez que este derecho se demuestra es con la certificación expedida por la autoridad competente en la que conste el registro de matrícula del título de adquisición según se desprende de lo ordenado por el parágrafo del artículo 922 del Código de Comercio que dice:

" '. . .De la misma manera se realizará tradición del dominio de los vehículos automotores, pero la inscripción del título se efectuará ante el funcionario y en la forma que determinen las disposiciones legales pertinentes. La tradición así efectuada será reconocida y bastará ante cualesquiera autoridades'.

"Como bien lo cita el *a quo* en el fallo de instancia, la honorable Corte Suprema de Justicia también se ha pronunciado al respecto diciendo: 'En la actualidad y en relación con la enajenación comercial de automotores, mientras no se demuestre que el respectivo título de adquisición fue inscrito ante el competente funcionario de las oficinas de tránsito, la simple entrega del objeto enajenado no equivale a la tradición del mismo. Por expreso mandato de la ley se exige, a más de la entrega, la inscripción del título, pues de otro modo la tradición no se opera totalmente' (sentencia de noviembre 10 de 1976, Sala de Casación Civil).

"Queda claro entonces que la sola tarjeta de propiedad no demuestra la propiedad de los vehículos automotores, pues ella no constituye la certificación expedida por las autoridades sobre registro del título de adquisición.

"Establecido lo anterior es forzoso concluir que si los demandantes actúan en calidad de propietarios y no acreditaron esta calidad, se presenta entonces una falta de legitimación por activa que conlleva a negar las súplicas de la demanda, de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado que en sentencia de marzo 26 de 1982, Sección Tercera, Expediente número 3454 dijo: 'Para la Sala el Tribunal está desenfocado y confunde dos fenómenos procesales que nada tienen en común. Uno es *legitimatio ad causam* y otra la *legitimatio ad processum*. La primera es un presupuesto material de la sentencia favorable vinculado a la personería sustantiva y la segunda es un presupuesto de capacidad para comparecer al proceso' ".

En sendos escritos, las partes sostuvieron los mismos puntos de vista allegados a través del proceso. Así, la parte actora (a fls. 442 y ss.) cuestiona los argumentos del Tribunal, en especial su

apreciación probatoria, y afirma la compatibilidad que puede existir en los asuntos de responsabilidad entre la falla del servicio y el riesgo excepcional. La Nación, por conducto de su apoderada, insiste en la confirmación del fallo apelado y trae como apoyo apartes de sentencias dictadas por esta misma Sala (noviembre 17 de 1987 y febrero 18 de 1983) en las que se precisa el alcance de la responsabilidad por falla del servicio, en el caso de omisión de las autoridades. También el Municipio de Medellín (a fls. 454 y ss.) cuestiona los argumentos de la parte actora y pide la confirmación del fallo apelado, por estimarlo no sólo ajustado a la ley sino a la realidad de los hechos.

Hecha la narración precedente, se anota:

Para la señora Fiscal el fallo deberá confirmarse por cuanto "se presenta una falta de legitimación por activa que colleva a negar las súplicas de la demanda". Aunque la posición de la Fiscalía coincida en parte con la decisión del Tribunal, aquélla considera ese defecto como comprensivo de todas las personas que conforman la parte actora y éste sólo de uno de los demandantes.

En vista de que la legitimación en la causa constituye un presupuesto material para la sentencia favorable, la Sala lo estudiará en primer término.

Tal como lo afirma la demanda, los actores formulan su pretensión indemnizatoria en su carácter de propietarios de los buses destruidos o averiados.

Aunque si bien es cierto no es este un proceso en el que se discuta el dominio de unos vehículos determinados, el alegado título de propiedad es el que justifica la pretensión formulada.

Para la Sala no asiste la razón al Ministerio Público y sí al *a quo* cuando considera que el presupuesto legitimación en causa resultó comprobado, salvo en cuanto al señor Raúl Calderón D. Efectivamente los demandantes Delio López G., Jesús E. López, Guillermo López, José Raúl Pérez O., Hilda María Londoño y María Amparo Mesa de P., acreditaron ser los propietarios de los buses destruidos y averiados durante los hechos narrados en la demanda, mediante las copias autenticadas de las matrículas correspondientes, acompañadas de las tarjetas de operación.

La aludida matrícula es prueba de ese dominio, pero no la única. Bien pudo traerse al proceso la certificación de la correspondiente oficina del tránsito en la que constara esa inscripción y el nombre de la persona que figurara como propietaria del vehículo.

El contrato de compraventa de un vehículo automotor es consensual en el derecho colombiano. Dicho contrato constituye así el título adquisitivo del dominio. Pero como éste, por sí solo, no transfiere la propiedad, se requiere la concurrencia de la tradición o modo de adquirir ese derecho, el que para tales muebles no es el ordinario propio de éstos (art. 754 del C. C.), sino el especial exigido por el artículo 922 del Código de Comercio.

Quiso el legislador rodear esa tradición de una mayor solemnidad hasta el punto de hacerla similar a la exigida para la transferencia de inmuebles. En esa forma la inscripción de los automotores cumple, fuera de la finalidad anotada, otros efectos de alcance administrativo, impositivo y de publicidad, dada la importancia que para la economía nacional tiene el parque automotor.

Contra lo que sucede en los contratos consensuales de muebles en general, la compraventa de un vehículo automotor impone al vendedor una obligación de hacer adicional, cual es la de traditar el objeto vendido mediante la inscripción en la oficina de tránsito correspondiente.

La prueba del dominio para fines de legitimación puede ser, entonces, la certificación de la oficina de tránsito en la que esté inscrito el automotor; o también la copia autenticada de la matrícula o tarjeta de propiedad; prueba ésta que proporciona una gran certeza porque su expedición está precedida, como lo dijo la Corte "de la previa comprobación de su derecho por parte del dueño del vehículo y el cumplimiento de los demás requisitos legales exigidos para expedir el permiso o licencia para que el aparato pueda transitar" (Sentencia de julio 21 de 1971). En otros términos, esa matrícula prueba que la inscripción del título de dominio se efectuó y que se hizo a nombre de la persona que figura en ella.

Corrobora lo expuesto la jurisprudencia de la Corte. Al efecto cabe destacar aparte del fallo de 10 de noviembre de 1976, del cual fue ponente el señor Magistrado Germán Giraldo Zuluaga.

Allí, se lee:

> "En la actualidad y en relación con la enajenación comercial de automotores, mientras no se demuestre que el respectivo título de adquisición fue inscrito ante el competente funcionario de las oficinas de tránsito, la simple entrega del objeto enajenado no equivale a tradición del mismo. Por expreso mandato de la ley se exige, a más de la entrega, la inscripción del título, pues de otro modo la tradición no se opera totalmente. Demostrando únicamente la celebración del contrato de compraventa, no queda demostrado el dominio, ya que en el derecho colombiano los contratos, por sí solos, no mutan el derecho real de propiedad de una cabeza a otra, porque ellos solamente son fuente de obligaciones. Y como a partir de la vigencia del Código de Comercio actual, ya la sola entrega material no es manera de hacer la tradición del dominio de los automotores, para lograrla o cumplirla se requiere ahora también la inscripción del título o documento en que consta el contrato de enajenación. Como Velásquez y Soto probaron el contrato y la entrega del camión únicamente, se quedaron en la mitad del camino, puesto que no acreditaron haber hecho la tradición, de éste, desde luego que para acreditarla no aportaron la probanza de que el contrato de compraventa hubiera sido inscrito como lo impera el parágrafo del artículo 922 del Código de Comercio".

Las matrículas o tarjetas de propiedad de los demandantes aparecen dentro del expediente en copias auténticas tomadas del original y

acreditan la legitimación de éstos, a excepción de la del señor Raúl Cárdenas D., el que sólo trae para el efecto la copia sin autenticar de la tarjeta de operación. Si esta tarjeta estuviera autenticada habría servido igualmente para acreditar dominio del señor Cárdenas, porque ésta no se otorga sino a la persona que figura inscrita como propietaria del vehículo en la oficina del Instituto Nacional del Transporte.

Despejadas las dudas sobre la falta de legitimación, pasa la Sala a estudiar el aspecto de fondo.

Para la parte actora, la responsabilidad de las entidades públicas demandadas resultó comprometida no sólo por falla del servicio de vigilancia y seguridad, sino por el riesgo excepcional.

Aunque como lo dice el Tribunal y lo venía pregonando la jurisprudencia de tiempo atrás, el planteamiento que se deja resumido en el párrafo precedente es incompatible, puesto que la falla del servicio como *causa petendi* parte del supuesto de un accionar irregular e ilegal de la Administración y el riesgo excepcional de una actuación ajustada a la ley pero violatoria del principio de igualdad, la Sala en providencia reciente (sentencia de 5 de agosto de 1988, proceso 4881. Augusto Eliseo Sampayo), con ponencia del señor Consejero De Irisarri Restrepo, cambió el enfoque en el sentido de que no sólo no se da esa incompatibilidad sino que la demanda no es inepta, porque en las acciones de reparación directa el Juez se mueve con gran amplitud en la aplicación del derecho, ya que rige en toda su extensión el principio *iura novit curia*. En tal sentido al demandante le tocará narrar los hechos y probarlos; y al Juez, aplicar el derecho que le permitan los mismos.

Muestran los hechos, debidamente acreditados:

1. Que en la noche de 29 de abril de 1984, luego de un día de intensa agitación contra el transporte por la creación de los T.S.S. a eso de las once de la noche un grupo de revoltosos en la ciudad de Medellín destruyó y averió gravemente los buses del servicio sin subsidio de placas TI-4508, TA-5486, TI-3802, TI-5386, TI-2929, TI-2142 y TI-9024, que estaban guardados en el parqueadero San Cayetano, situado en la carrera 52 número 90-124 (Aranjuez).

2. Que el parqueadero estaba únicamente al cuidado de dos celadores, los señores León Jairo Rojas R. y Ramón Rojas Z., quienes eran los únicos que prestaban ese servicio en un parqueadero carente de teléfono y que sólo poseía dos extinguidores en estado de funcionamiento de los seis que tenía.

3. Que los delincuentes se presentaron en motocicleta y automóviles, quienes luego de intimidar a los celadores procedieron a dinamitar los vehículos y a incendiarlos.

4. Que antes de huir les advirtieron que huyeran del lugar porque todos iban a explotar.

5. Que luego de asegurar a sus familias, los celadores informaron a la policía y al cuerpo de bomberos, los que demoraron algún tiempo para arribar al lugar de los acontecimientos.

6. Que esa noche estaban guardados en el parqueadero unos 110 vehículos, entre buses, camiones particulares y 35 T.S.S.

Para el actor los hechos así demostrados ponen de presente la falla del servicio y evidencian que los perjuicios se causaron por el incumplimiento de las autoridades, las que se habían comprometido a tomar medidas de excepción para garantizar la normal prestación del servicio T.S.S.

Para la Sala esos mismos hechos y otros que se enunciarán a lo largo de esta motivación no prueban la ocurrencia de esa falla. Si bien es cierto ese día se presentó una gran agitación acompañada de serios desórdenes, es cierto también que la demanda no alega que los buses de los demandantes hubieran sido averiados durante la jornada de trabajo. Por lo tanto, hay que partir del supuesto que esos daños sólo ocurrieron durante la noche y cuandos los buses permanecían estacionados, por fuera del servicio y bajo la responsabilidad de sus dueños.

Se da a entender con esto que la protección adecuada de las autoridades durante el día fue satisfactoria.

Si es lógico que las autoridades deban extremar sus medidas de seguridad en los días de anormalidad, lo es también que los particulares deban asumir similar conducta. Por eso es a todas luces reprobable o seriamente criticable, por la irresponsabilidad que ello implica, que los dueños de los buses, luego de semejante día, los hayan parqueado, sin avisar a las autoridades, en un local atestado, de difícil evacuación, carente de vigilancia especial (sólo dos celadores al parecer inermes) y prácticamente sin extinguidores.

No era posible en un día como ese —como lo afirma el *a quo*— no sólo prestar protección a lo largo de las rutas y de los terminales, sino ponerle a cada bus, en su parqueadero particular, una guardia especial. No habría alcanzado la policía de la ciudad para cumplir este solo cometido.

El análisis probatorio hecho por el Tribunal es bastante acertado, cuidadoso y ponderado. De esa evaluación se desprende que no se acreditó la falla del servicio; y que, antes, por el contrario, sí se demostró la adecuada vigilancia por parte de las autoridades durante la jornada y que los dueños de los buses actuaron en forma negligente al dejarlos en un parqueadero que no daba garantías de seguridad ni siquiera en épocas de normalidad.

De ese análisis del *a quo* cabe destacar:

Que la Nación no incumplió los compromisos adquiridos con los transportadores y que las pruebas que se adjuntaron para demostrar dicho extremo carecen de poder de convicción suficiente.

En este orden de ideas se estableció que ese día el servicio de patrullaje se cumplió adecuadamente y que la vigilancia se cumplió con un mayor rigor atendiendo las llamadas de los líderes de los transportadores. Se puso en evidencia que se pidió protección para ciertas zonas consideradas neurálgicas, pero que en éstas nadie habló del parqueadero de San Cayetano. Que el atentado se cumplió no a lo largo de la ruta o en el terminal, sino en un local alejado del centro

y en horas de la noche cuando los buses no prestaban servicio. Que ese parqueadero no tenía vigilancia suficiente, ni puertas de seguridad que impidieran el libre acceso a su interior, ni equipo para la extinción de incendios, y que, además, carecía hasta de teléfono para pedir ayuda en caso de emergencia.

Frente al Municipio de Medellín, concretamente frente a su cuerpo de bomberos, tampoco se probó la falla. Se afirma que su respuesta no fue inmediata y que cuando llegaron ya era tarde.

Las pruebas contradicen este aserto. En primer lugar, porque el aviso del asalto no se dio inmediatamente huyeron los delincuentes, por falta precisamente de teléfono. En segundo término, porque según lo afirma uno de los celadores él se preocupó primero por salvar a su familia. En esto hizo bien, pero perdió minutos preciosos. En tercer lugar, porque predicar falta de eficiencia en el servicio de los bomberos cuando éstos tenían que enfrentarse a un gran incendio, provocado por dinamita, mucha de la cual no había estallado aún, en un local atestado de vehículos, sin salidas rápidas de evacuación, es exagerado por no decir injusto. En quinto lugar, tampoco se probó que uno de los vehículos de los bomberos llegó sin agua y se tuvo que devolver. La explicación dada por el oficial de servicio es atendible cuando afirma que no fue falta de agua sino que sólo se dañó el pitón, pero que esto no impidió su colaboración eficaz en la extinción del incendio.

Finalmente para la Sala tampoco se probó el supuesto que permitiría aplicar la tesis del riesgo excepcional para comprometer la responsabilidad de las entidades demandadas. Si bien es cierto el servicio T.S.S. implicaba mayores riesgos, no lo es menos que precisamente por esos mayores riesgos se redobló la vigilancia, hasta el punto que ninguno de los buses afectados por los desmanes de ese día sufrió averías mientras prestaba el servicio. Por lo demás no era posible pensar que a cada bus de esas condiciones había que ponerle vigilancia día y noche. No existe ni existía disponibilidad para el efecto, máxime cuando ni siquiera la Administración da abasto para proteger la vida de las personas.

Por lo expuesto, y en desacuerdo con la colaboradora 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:

Confírmase en todas sus partes la sentencia de 24 de julio de 1987, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 25 de agosto de 1988.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Carlos Ramírez Arcila.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ACCION DE PLENA JURISDICCION.— ACCION INDEMNIZATORIA. Diferencias. VIA DE HECHO.

La diferencia fundamental entre la acción de plena jurisdicción y la indemnizatoria radica en el diverso origen o causa de la respectiva acción.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., treinta y uno de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número R-030. Reconstrucción. Recurso de súplica. Actor: Alberto Bahamón Soto.

Se procede a decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por la Sección Primera de esta Corporación en febrero 14 de 1985 dentro del proceso que, en ejercicio de la acción indemnizatoria, había promovido el señor Alberto Bahamón Soto para impetrar el reconocimiento de perjuicios materiales y morales a consecuencia del cierre de los establecimientos Centro Médico San Francisco y la Clínica de Urgencias, dispuesto por Resolución número 0259 de marzo 12 de 1979 del Secretario de Salud Departamental y Jefe del Servicio Seccional de Salud de Santander.

I. Antecedentes:

1. La Sección Primera del Consejo de Estado, surtida la tramitación correspondiente, profirió el fallo de febrero 14 de 1985 en el cual declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda en razón de que "en el libelo correspondiente se pidió indemnización por un hecho u operación administrativa, cuando el desconocimiento del derecho, si se hubiese configurado, se debió a un acto administrativo ejecutoriado que no fue demandado... de suerte, pues, qüe no obstante existir un acto administrativo expreso que tuvo cumplimiento en la práctica, cuya nulidad ha debido pedirse siendo ello necesario ya que el restablecimiento del derecho es accesorio o consecuencial, se optó por la acción indemnizatoria..." (fls. 15 y 17).

2. Contra esta sentencia interpuso el apoderado del actor el recurso extraordinario de súplica en escrito presentado el 7 de marzo de 1985 (fls. 21-31).

3. Como hubiese desaparecido el expediente con la destrucción del Palacio de Justicia, se tramitó su reconstrucción y ha llegado el momento de proveer sobre el recurso, previamente a la decisión sobre reconstrucción del expediente, según dispone el Decreto 3825 de 1985, artículos 4º y 6º.

II. La sentencia suplicada:

Fue proferida, como se anotó, por la Sección Primera de esta Corporación en febrero 14 de 1985 y en ella se declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda (fls. 10-20).

Pretendía el accionante, propietario del Centro Médico San Francisco y de la Clínica de Urgencias de la ciudad de Bucaramanga, que se condenara a la Nación a pagarle "la totalidad de los daños y perjuicios materiales" ocasionados por el cierre de tales establecimientos, "incluyendo el daño emergente y el lucro cesante más los frutos corrientes de lo que sumen —intereses compensatorios— desde la fecha de producción del perjuicio hasta aquella en que, de acuerdo con lo que se establezca en el juicio mediante el correspondiente peritazgo, los establecimientos clausurados habrían podido comenzar a funcionar en las condiciones de aceptación y respeto de que gozaban entre las gentes y del producido económico para su propietario, que tenía antes de producirse el cirre, en la cuantía que se demuestre en el proceso o, subsidiariamente, que resulte de la liquidación hecha en abstracto", así como "los perjuicios morales ocasionados con la misma medida administrativa, que resulten probados en el proceso, teniendo en cuenta las condiciones personales y morales del ofendido y particularmente su prestigio y trayectoria en el campo de la medicina; subsidiariamente, la suma equivalente a mil gramos de oro puro", teniendo en cuenta, además, "los intereses y la devaluación monetaria" (Ver sentencia, fls. 11-12).

Fundamento de estas pretensiones, son los hechos que, en lo pertinente, se sintetizan a continuación:

a) El actor fundó en la ciudad de Bucaramanga el Centro Médico de San Francisco y la Clínica de Urgencias, el primero en 1978 y la segunda en 1977, con las dotaciones correspondientes;

b) "Estando en funcionamiento normal, el Servicio Seccional de Salud de Santander inició investigación por incumplimiento de requisitos para el funcionamiento de los mismos, investigación que culminó con la expedición de la Resolución número 259 de 12 de marzo de 1979 por la cual se suspendió el funcionamiento del Centro Médico y de la Clínica de Urgencias y comisionó a las fuerzas de Policía para el cumplimiento de dicha resolución y la aposición de los sellos necesarios...";

c) "Interpuesto el recurso de reposición, le fue negado el 31 de marzo del mismo año y el Ministerio de Salud Pública al decidir el recurso subsidiario de apelación, mediante Resolución número 05277 de 27 de junio de 1979 revocó en todas sus partes la providencia recurrida";

d) La decisión oficial afectó seriamente el prestigio del actor y se produjo un "receso en sus entradas económicas y gran incertidumbre por su futuro y el de su familia...", aparte de que dio lugar a gastos imprevistos (fls. 12-14).

Se dijo en la sentencia:

"La Sala ha estudiado con todo detenimiento el presente asunto específicamente en cuanto a la modalidad de la acción propuesta, llegando a la conclusión de que ella no puede prosperar, puesto que se ha configurado la excepción de inepta demanda ya que en el libelo correspondiente se pidió indemnización por un hecho u operación administrativa, cuando el desconocimiento del derecho sí se hubiese configurado, se debió a un acto administrativo ejecutoriado que no fue demandado, por lo cual mal puede haber pronunciamiento de fondo.

"En efecto, el 12 de marzo de 1979, el Secretario de Salud Departamental de Santander, Jefe del Servicio Seccional de Salud, expidió la Resolución número 0259 'por la cual se suspende el funcionamiento de algunas instituciones del Sector Salud'. Resolución que está concebida así:

"...

"RESUELVE:

"Artículo 1º Suspender el funcionamiento de los siguientes establecimientos dedicados a actividades de Salud en esta ciudad:

"Clínica de 'Urgencias' ubicada en la carrera 27 número 20-33.

"Centro 'Médico de Especialistas' ubicado en la calle 37 número 16-60.

"Centro 'Médico San Francisco' ubicado en la calle 13 número 22-02.

"Artículo 2º 'Comisionar a las fuerzas de Policía el cumplimiento de la presente Resolución y en consecuencia para la aposición de los sellos necesarios...'

"La Resolución transcrita fue revocada por el señor Ministro de Salud por providencia número 5277 de 27 de junio de 1979.

"De suerte pues, que no obstante existir un acto administrativo expreso que tuvo cumplimiento en la práctica, cuya nulidad ha debido pedirse siendo ello necesario ya que el restablecimiento del derecho es accesorio o consecuencia, se optó por la acción indemnizatoria de acuerdo con el artículo 68 de la Ley 167 de 1941. La real naturaleza de la acción a intentar frente a un acto administrativo escrito, era la de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 de la misma ley.

"Es cierto que la providencia número 0259 fue revocada por el señor Ministro de Salud, en virtud de la Resolución 5277 de junio 27 de 1979; pero esa Resolución como consta en autos, surtió todos sus efectos al acatar las fuerzas de Policía la orden impartida en ella, con la aposición de sellos cinco días después

de su expedición en los establecimientos cuyo funcionamiento se suspendía. Por manera que el hecho de que tal acto haya sido expedido o no conforme a derecho, es materia, se repite, de una demanda presentada en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, y como quien recurre a esta jurisdicción no le es dable escoger a su arbitrio la acción, en este caso, existiendo un acto administrativo que afectó al actor, debió ejercitarse la acción del artículo 67; pero como así no se hizo, la demanda resulta inepta.

"Conforme el artículo 68 de la antigua Ley 167 de 1941:

" 'También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes'.

"Sobre el particular el distinguido Exconsejero de Estado doctor Gabriel Rojas Arbeláez en su obra 'El Espíritu del Derecho Administrativo', dice lo siguiente:

" 'Cuando un acto viola una disposición, afectando derechos, se puede pedir su anulación y el consiguiente restablecimiento del derecho, o sea la indemnización de los perjuicios que haya recibido la persona afectada. Pero, como los hechos no se anulan, cuando se trata de un mero hecho no cabe aquí la primera solicitud que puede hacerse respecto a los actos violadores de leyes y que vulneran derechos individuales. No se puede pedir la anulación; pero sí se puede pedir directamente la reparación de los daños. Esta acción, es decir, la encaminada a la reparación de los perjuicios recibidos con ocasión de un hecho administrativo, está consagrada en el artículo 68 del Código de lo Contencioso Administrativo y de ella se hace uso en abundancia, porque es muy frecuente el quebrantamiento del derecho, ocasionado por hechos de la Administración. Con fundamento en la citada disposición, en cuanto a la acción y al procedimiento se refiere, se demanda al Estado para deducir responsabilidad'.

"De modo pues, que es en la Resolución número 0259 de 12 de marzo de 1979 donde se halla la causalidad directa del daño que se dice sufrió el actor doctor Alberto Bahamón Soto y en ninguna forma en hechos u operaciones administrativas del Servicio Seccional de Salud de Santander.

"No era pues la acción consagrada en el artículo 68 de la Ley 167 de 1941 la adecuada en el presente caso, sino que era otro el remedio que al efecto brindaba la ley.

"En las condiciones anotadas, configurada la excepción de inepta demanda, por errónea escogencia de la acción, en acatamiento a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, así se declara en esta providencia" (fls. 17 a 19).

III. El recurso:

Afirma el suplicante:

"Las contradicciones evidentes:

"De las pocas sentencias antes referenciadas y providencia señalada, de las muchísimas que contienen la doctrina tradicional del honorable Consejo de Estado, frente al fallo materia de este recurso, surgen evidentemente las siguientes contradicciones, las cuales pueden agruparse, por el punto de derecho pertinente, en tres puntos, a saber:

"1. La posibilidad de demandar con fundamento en el artículo 68 de la Ley 167 de 1941, cuando no existe acto administrativo formal ni material, al tiempo de la presentación de la demanda.

"Sobre este aspecto, la doctrina tradicional del honorable Consejo de Estado evidenciada en la sentencia de julio 29 de 1947, en el auto de abril 8 de 1948 y en el auto de 14 de noviembre de 1978, éste último, curiosamente, con Ponencia del mismo honorable Consejero que dictó el fallo materia del recurso, doctor Samuel Buitrago Hurtado se sostiene que esta es la acción propia, ya que al no existir, al tiempo de la presentación de la demanda, acto administrativo sobre el cual pueda recaer el juicio de nulidad, para luego considerar lo relativo al restablecimiento del derecho, el asunto es plenamente indemnizatorio y se considera como una vía de hecho.

"Sobre este mismo punto de derecho, la sentencia suplicada sostiene lo contrario, es decir, que aún en el evento de que no exista acto administrativo material o formal, al momento de la demanda, debe accionarse por la vía de la plena jurisdicción para discutir la nulidad del acto inexistente, que ya fue revocado por vía gubernativa, y luego de ese juicio obtener el restablecimiento del derecho con apoyo en el artículo 67 de la antigua Ley 167 de 1941.

"2. También hay evidente contradicción, entre lo que se entiende por *'vía de hecho'* en la jurisprudencia tradicional del honorable Consejo de Estado, y el concepto que sobre este aspecto recoge el fallo recurrido. En la sentencia de julio 29 de 1947 se dice que se está ante una vía de hecho cuando la Administración no observa los procedimientos que le han sido impuestos y que son protectores de los intereses de terceros.

"En igual sentido la sentencia de 28 de octubre de 1976 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo con Ponencia del doctor Jorge Valencia Arango. En el fallo materia de este recurso, se sostiene que aun cuando la Administración no cumpla con las normas procedimentales y ejecute un acto administrativo que está recurrido por vía gubernativa, recurso gubernativo que prospera y pone fin a dicho acto, que por no ser ejecutorio no podía cumplirse, no hay vía de hecho sino una consecuencia derivada del acto administrativo inicial.

"3. Finalmente, existe contradicción evidente entre la sentencia materia del recurso y la proferida el 8 de agosto de 1979, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del honorable Consejo de Estado, en el expediente número 2980 con ponencia del doctor Mario Enrique Pérez, puesto que en el fallo antes mencionado, se indica que al no existir un acto ejecutorio, porque contra el mismo se interpusieron los recursos procedentes en la vía gubernativa, y que al resolverse dicho recurso se revocó, resolución que fue un poco tardía, por lo cual, con fundamento en la figura del silencio administrativo, se pudo instaurar la acción contenciosa de plena jurisdicción pero que una vez acreditada la inexistencia del acto demandado, antes de la sentencia respectiva, el fallo debe ser inhibitorio; en la sentencia dictada por la misma Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 14 de febrero de 1985 y que es materia del presente recurso se sostiene lo contrario, ya que se indica que aun cuando no exista acto administrativo, al momento de la presentación de la demanda, debe accionarse por la vía propia de la plena jurisdicción establecida en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941 y no por el artículo 68 de la misma ley, que era la vigente al momento en que ocurrieron los hechos y de instaurarase la acción" (fls. 29-30).

Del informe rendido por la Relatoría del Consejo de Estado en cumplimiento de lo dispuesto en providencia de octubre 8 de 1986, se destaca, respecto de la jurisprudencia invocada por el recurrente, lo siguiente:

"*Jurisprudencias que se citan como contrariadas.*

"A. *Sentencia* de julio 29 de 1947. Consejero ponente doctor Gustavo A. Valbuena. Actor: El Siglo (*Anales* de enero a julio de 1947. Tomo LVI. Números 357 a 361. Págs. 458 y 465), citada en el memorial de súplica, foliada a la página 26 del expediente;

"B. *Auto* de abril 8 de 1948. Consejero ponente doctor Jesús Estrada Molsalve (*Anales* de 1947-1948. Tomo LVII. Números 362 a 366, pág. 215);

"C. Sentencia de octubre 28 de 1976 *Sección Tercera.* Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango (citado como de Jaime Valencia Arango). Expediente 1482. Actor: Banco Bananero (*Anales* de 1976, segundo semestre, pág. 615);

"D. Sentencia de 23 de julio de 1970 *Sección Tercera.* Consejero ponente doctor Gabriel Rojas A. Expediente 1123. Actor: Carlos y Alvaro Hormaza Ltda. Ferretería Argentina (*Anales* de 1970, segundo semestre, pág. 295);

"E. *Auto* de mayo 13 de 1982 *Sección Tercera.* Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 3180;

"F. *Auto* de noviembre 14 de 1978. *Sección Segunda.* Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 2735. Actor: Emma Bejarano de Salamanca;

"G. Sentencia de agosto 8 de 1979. *Sección Primera.* Consejero ponente doctor Mario Enrique Pérez Velasco. Expediente 2980.

"De las anteriores providencias sólo una se hace meritoria para la confrontación jurisprudencial por las siguientes razones:

"*Primera:* 'El auto no puede oponerse a la sentencia' (sentencia de abril 26 de 1983. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 10948. Actor: Inversiones Margoth Moanack Cía. S. (*Anales* de 1983. Primer semestre. Pág. 982).

"*Segunda:* La jurisprudencia que puede dar origen al recurso extraordinario de súplica es la consagrada por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado y/o de la antigua Sala de Negocios Generales (sentencia de marzo 25 de 1981. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente 10392. Actor: Dionisio Ariza. Véase *anales* de 1981. Primer semestre. Pág. 526)" (fls. 73-74).

Consideraciones de la Sala:

A. *Estado de la cuestión.*

De la jurisprudencia invocada por el suplicante como contrariada, solamente puede tenerse en cuenta la contenida en la sentencia de julio 29 de 1947, como se hace notar en el informe de la Relatoría.

Como se ha visto de las transcripciones anteriores, la tesis central de la sentencia suplicada se contrae a que "en el libelo correspondiente se pidió indemnización por un hecho u operación administrativa, cuando el desconocimiento del derecho, si se hubiese configurado, se debió a un acto administrativo ejecutoriado que no fue demandado... de suerte, pues, que no obstante existir un acto administrativo expreso que tuvo cumplimiento en la práctica, cuya nulidad ha debido pedirse siendo ello necesario ya que el restablecimiento del derecho es accesorio o consecuencial, se optó por la acción indemnizatoria de acuerdo con el artículo 68 de la Ley 167 de 1941".

Insiste la sentencia en que "la real naturaleza de la acción a intentar frente a un acto administrativo escrito era la de plena jurisdicción" y que, si bien el acto fue revocado, surtió todos sus efectos, "por manera que el hecho de que tal acto haya sido expedido o no conforme a derecho es materia, se repite, de una demanda presentada en ejercicio de la acción de plena jurisdicción..." "de modo, pues, que es la Resolución número 0259 de 22 de marzo de 1979 donde se halla la causalidad directa del daño que se dice sufrió el actor doctor Alberto Bahamón Soto y en ninguna forma en hechos u operaciones administrativas del Servicio Seccional de Salud de Santander" (fls. 15-19 passim).

Sostiene, por su parte, el suplicante que, conforme a las jurisprudencias por él referenciadas, la acción que procede es la del artículo 68 de la Ley 167 de 1941, "cuando no existe acto administrativo formal ni material al tiempo de la presentación de la demanda... ya que, al no existir, al tiempo de la presentación de la demanda, acto adminis-

trativo sobre el cual pueda recaer el juicio de nulidad, para luego considerar lo relativo al restablecimiento del derecho, el asunto es plenamente indemnizatorio y se considera como una vía de hecho". La doctrina tradicional del Consejo de Estado (continúa el recurrente) sostiene que ésta es la acción apropiada, al paso que en la sentencia suplicada se afirma lo contrario, "es decir, que aún en el evento de que no exista acto administrativo material o formal, al momento de la demanda, debe accionarse por la vía de la plena jurisdicción..." (fls. 29-30).

Y agrega:

"También hay evidente contradicción entre lo que se entiende por *vía de hecho* en la jurisprudencia tradicional del honorable Consejo de Estado y el concepto que sobre este aspecto recoge el fallo recurrido".

"En la sentencia de julio 29 de 1947 se dice que se está ante una vía de hecho cuando la Administración no observa los procedimientos que le han sido impuestos y que son protectores de los intereses de terceros.

"En el fallo materia de este recurso se sostiene que, aun cuando la Administración no cumpla con las normas procedimentales y ejecute un acto administrativo que está recurrido por vía gubernativa, recurso gubernativo que prospera y pone fin a dicho acto, que por no ser ejecutorio no podía cumplirse, no hay vía de hecho sino una consecuencia derivada del acto administrativo inicial" (fl. 30).

B. *Planteamientos preliminares.*

Estima la Sala que, previamente al análisis de la sentencia invocada de julio 29 de 1947, es necesario formular las siguientes precisiones:

a) Lo que realmente sostiene la sentencia suplicada es que, frente a un acto administrativo que fue la verdadera causa del perjuicio, no podía invocarse el artículo 68 de la Ley 167 de 1941, que presupone, como causa de la violación, un hecho u operación administrativa ("...es la Resolución número 0259...donde se halla la causalidad directa del daño... y en ninguna forma en hechos u operaciones administrativas", fl. 19);

b) No es cierto, como afirma el recurrente, que en la sentencia suplicada se sostenga que, "aún en el evento de que no exista acto administrativo material o formal al momento de la demanda, debe accionarse por la vía de la plena jurisdicción" (fl. 30).

Se asevera en la sentencia lo contrario; habiendo existido un acto administrativo que surtió sus efectos, que tuvo cumplimiento en la práctica, no es procedente impetrar indemnización con base en un hecho u operación administrativa, ya que, supuesto ese *acto administrativo expreso,* debió ser objeto de la acción de plena jurisdicción "el hecho de que tal acto haya sido expedido o no conforme a derecho" (fls. 15, 17, 18);

c) Respecto de la jurisprudencia que se dice contrariada, sostiene el recurrente que dos serían los puntos definidos por ella y que aparecerían contradichos en la sentencia que se impugna, a saber:

1. Lo relativo a que, si al momento de demandar no existe acto administrativo cuya nulidad hubiera de solicitarse para el consiguiente restablecimiento del derecho, "el asunto es plenamente indemnizatorio y se considera como una vía de hecho".

2. Lo que ha de entenderse por *vía de hecho* según la jurisprudencia tradicional y según la sentencia recurrida (fls. 29-30).

Con referencia al primer punto, la jurisprudencia invocada dice:

"...Hay casos en que por no existir al tiempo de la demanda acto alguno formal ni material sobre el cual recaiga la acusación de nulidad, la acción no puede tener como objeto sino las indemnizaciones o prestaciones correlativas a hechos u operaciones ejecutados, que dejaron huellas o rastros lesivos de los intereses del actor" (Pág. 458 de la fotocopia).

Si se analizara este planteamiento en sentido objetivo y lógico, se podría concretar su alcance partiendo de dos premisas, como antecedente de la conclusión que allí se formula:

1ª No existe al tiempo de la demanda acto administrativo alguno ni existió nunca antes.

2ª No existe al tiempo de la demanda acto administrativo alguno pero existió antes y fue causa de los perjuicios alegados.

3ª La consecuencia que en el citado razonamiento se deduce tiene relación de antecedentes sólo con la primera de las premisas anotadas: "La acción no puede tener como objeto sino las indemnizaciones o prestaciones correlativas a *hechos u operaciones* ejecutados, que dejaron huellas o rastros lesivos". Vale decir, la indemnización no puede tener antecedente distinto de un hecho u operación administrativa (Ley 167 de 1941, art. 68).

De suerte, pues, que diferente es la situación si en la raíz del daño o lesión ha habido un hecho u operación administrativa o si, por el contrario, ha existido un acto administrativo que fue causa del perjuicio.

Pasando al segundo de los puntos en que concreta el recurrente la contradicción jurisprudencial, *la vía de hecho*, fácil es ver que nada se dice en la sentencia censurada que pudiera confrontarse con la jurisprudencia invocada.

Corresponde ahora, para el esclarecimiento definitivo de la cuestión, examinar el texto de la sentencia contentiva de la jurisprudencia que el suplicante declara contrariada.

C. *La sentencia de julio 29 de 1947* (Págs. 448 a 492 de la fotocopia).

Se decidió en tal sentencia la acción indemnizatoria promovida por la sociedad anónima El Siglo "como consecuencia de la clausura y suspensión del periódico...que por una vía de hecho de la Administración, dejó de imprimirse y salir al consumo del público desde el día 11 de julio...hasta el 6 de agosto" de 1944 (pág. 448).

Queriendo definir previamente la naturaleza y viabilidad de la acción promovida, puntualiza la sentencia:

"Se trata de saber ahora, primero en abstracto, si es o no procedente una demanda sobre indemnización u otras prestaciones, fundada en hechos o actos de carácter administrativo, que no estén representados materialmente ni por razones formales en decretos y resoluciones, por falta de la determinación externa de esta clase de providencias, o, por mejor decir, si hay actos no configurados en la forma dicha, pero que, sin embargo, son susceptibles de acción por las consecuencias que de ellos se derivan, sin que sea preciso, por una u otra causa, demandar y obtener previamente su anulación" (pág. 454).

Claramente se ve en este párrafo cómo la sentencia deslinda con precisión los casos que corresponden a las figuras contempladas en los artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941, exigiendo para el primero la existencia de un acto formal representado en un decreto o resolución, y para el segundo, la ausencia o falta de determinación externa de esta clase de providencias, deslinde que también aparece, con precisión semejante, en la sentencia acusada.

Analizando luego las varias disposiciones que en el anterior Código definían las acciones de que conoce esta jurisdicción y refiriéndose a las causales de anulación, transcribe parcialmente la exposición de motivos que precedió a la expedición del citado Código, donde se explica por qué razón un acto es susceptible de anulación, a saber, porque con él se cause una transgresión de normas jurídicas de jerarquía superior, a las cuales debe estar sometido; porque se expida en forma irregular, esto es, sin el lleno de los requisitos necesarios; porque falte competencia en el funcionario o corporación que lo profiere o porque, existiendo la competencia, haya desviación en su ejercicio o en el fin jurídico del acto. Y agrega, en el mismo contexto, que la tutela jurisdiccional de esta acción puede enderezarse contra los actos de la Administración nacional, departamental o municipal o de una Intendencia o Comisaría, cualquiera que sea el funcionario o corporación administrativa que los pronuncie, a fin de restituir el imperio de la juridicidad objetivamente considerado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 63, 64, 65 y 66 de dicho estatuto, el último de los cuales complementa las causales con las de expedición del acto en forma irregular o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación.

Y precisa a renglón seguido:

"Los preceptos que se dejan estudiados, si bien el último le otorga la acción de nulidad a toda persona, no contemplan sino los intereses públicos o generales, a menos que el acto de que se trate haya creado situaciones individuales, concretas o subjetivas, caso en el cual la acción correspondería a quien se creyera herido en sus intereses particulares, en armonía con el principio que le fija en cabeza de quien tenga el interés jurídico correlativo. Pero el legislador dio otro paso adelante, al proveer en el artículo 67 *ibidem* que la persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo, podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho" (pág. 455).

Respecto de la acción de plena jurisdicción, transcribe luego los siguientes apartes de la citada exposición de motivos:

> "Si el contencioso de anulación es un eficaz instrumento jurídico, que responde a la necesidad de mantener incólume el dominio de la ley, impidiendo el ejercicio desorbitado de los poderes que ella ha conferido a los administradores de los servicios públicos, en el desenvolvimiento de la actividad funcional del Estado, no basta a veces que el control de legalidad restablezca objetivamente, por medio de la anulación del acto perturbador, el orden jurídico, sino que es necesario, además, que el administrado, a quien esas actuaciones puedan lastimar, encuentre en los organismos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo la manera de ser protegido o restablecido en sus situaciones subjetivas de derecho. Aparece así el contencioso de plena jurisdicción o contencioso subjetivo, que el proyecto tiende a estructurar, separándose de los rasgos generales de la llamada acción privada por la ley y la doctrina colombiana. La Ley 130 de 1913 modeló esta acción haciéndola apta para invocar y obtener la invalidación de un acto administrativo por lesión de un derecho civil; pero como es obvio, tal acción así limitada en su alcance y sus efectos, estaba aún muy lejos del contencioso de plena jurisdicción porque en éste, sobre todo, más que la finalidad de hacer desaparecer de la escena jurídica el acto irregular, se busca el efecto de tutelar subjetivamente un derecho desconocido o vulnerado por un acto jurídico de la Administración o por la ejecución de un derecho material, y declarar el que exista en favor del agraviado" (pág. 456).

También aquí es clara la sentencia al expresar que con el contencioso de plena jurisdicción, "más que la finalidad de hacer desaparecer de la escena jurídica el acto irregular, se busca el efecto de tutelar subjetivamente un derecho desconocido o vulnerado por un acto jurídico de la Administración o por la ejecución de un hecho material, y declarar el que exista a favor del agraviado".

Más importancia tiene, según este criterio, la tutela del derecho vulnerado que la "desaparición" del acto irregular.

Este criterio del fallador de 1944 no es contrario, como fácilmente se advierte, al sostenido en la sentencia impugnada, la que confiere al contencioso denominado de plena jurisdicción el alcance que legal y doctrinalmente le ha sido asignado.

Refiriéndose más adelante a la acción contemplada en el artículo 68 del Código vigente a la sazón, expresa la sentencia:

> "Pero, a la inversa, podrá el particular agraviado —y éste es el fundamento principal del presente capítulo—, ejercitar la acción encaminada únicamente al restablecimiento de un derecho que se estima violado por acto originario de la Administración, sin que sea preciso demandar y obtener previa declaración de nulidad? A esto responde clara y distintamente el Código de la materia al decir en su artículo 68:

" 'También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes'.

"Bien se ve que el legislador quiso en este precepto extender, ante todo, hasta el máximo de la amplitud, los casos de procedencia de las acciones contencioso administrativas, pues al paso que en los anteriormente analizados se contraen a decretos, resoluciones y otros actos, expresiones con las cuales se denota al menos cierta solemnidad pública, en el que ahora se estudia no se advierte elemento alguno limitativo, pues *hecho* en su forma positiva es todo lo que sucede o se hace, y *operación*, la ejecución de una cosa, como acción y efecto de operar. Lo que quiere decir que estos dos últimos vocablos son más genéricos en el plano jurídico que el primero, o lo que es lo mismo, que todo acto en derecho puede considerarse como hecho u operación, pero no al contrario, sobre todo en la Rama Administrativa. No de otra manera se explica la distinción que hace la ley, con visible ánimo de ampliar la órbita de acceso a los particulares relativamente a las gestiones de la Administración. De otro lado, queda nítidamente establecido que en los eventos del artículo que se examina, la acción sobre restablecimiento del derecho procede, en forma de indemnización, según las palabras de la ley, sin necesidad de ejercitar la de anulación" (pág. 457).

" . . .

"La disposición que se comenta tiene, además, otros alcances que la justifican, como señalado progreso de las instituciones jurídicas. Porque, evidentemente, hay casos en que por no existir al tiempo de la demanda acto alguno formal ni material sobre el cual recaiga la acusación de nulidad, la acción no puede tener como objeto sino las indemnizaciones o prestaciones correlativas a hechos u operaciones ejecutados, que dejaron huellas o rastros lesivos de los intereses del actor. Así, por ejemplo, sin que preceda decreto, resolución u orden escrita emanada de autoridad competente que provea a una expropiación por causa de utilidad pública o interés social, como para la apertura de una nueva vía de comunicación, si de hecho se utiliza en desarrollo del plan la propiedad particular, su dueño dispondría de las acciones conducentes a quedar completamente indemne; así, cuando se ejecutan órdenes verbales, aún por los motivos más plausibles, pero que dejaron aquellos rastros o huellas, el particular agraviado, ante hechos cumplidos que no admitan reversión, se determinará por las prestaciones conmutativas; así, aunque haya existido acto formal, pero que fue revocado después de su ejecución por autoridad competente, si con él se produjo alguna lesión patrimonial, el sujeto respectivo no podrá implorar la nulidad por sustracción de materia, pero sí la indemnización a que haya lugar. Y dando un paso adelante, quizás no estaría fuera de razón que un empleado, v.gr., en goce de inamovilidad, no obstante fuera destituido por medio de decreto, en el cual se le nombrara reemplazo, y que,

en tales circunstancias, aquél optara, dentro del derecho otorgado en el artículo 68 del Código, por limitar su restablecimiento a la indemnización, mediante el pago de los sueldos respectivos, porque no quisiera seguir trabajando en la institución que lo destituyó, dejando vigente el hecho del nombramiento en su reemplazo" (pág. 458).

Vale la pena destacar, una vez más, cómo en esta sentencia se hace expresa distinción entre las acciones de nulidad y de plena jurisdicción, por una parte, y la indemnizatoria, por la otra, pues, como allí se subraya, mientras en el primer caso las acciones "se contraen a decretos, resoluciones y otros actos, expresiones con las cuales se denota al menos cierta solemnidad pública, en el que ahora se estudia no se advierte elemento alguno limitativo, pues *hecho* en su forma positiva es todo lo que sucede o se hace, y *operación*, la ejecución de una cosa, como acción y efecto de *operar*".

Se mantiene así el criterio diferencial que deslinda las acciones de los artículos 67 y 68 al afirmar que "hay casos en que por no existir al tiempo de la demanda acto alguno formal ni material sobre el cual recaiga la acusación de nulidad, la acción no puede tener como objeto sino las indemnizaciones o prestaciones correlativas a *hechos* u *operaciones* ejecutados que dejaron huellas o rastros lesivos de los intereses del actor".

Sin embargo, el fallador contradice las reglas que acaba de formular con el tercero de los ejemplos que cita y con el caso hipotético (presentado en forma dubitativa) del empleado en goce de inamovilidad que fuera destituido y podría eventualmente optar por la acción del artículo 68, contentándose con la sola indemnización.

Cabe suponer que un ejemplo no puede tener otro propósito que el de ilustrar una regla previamente formulada y que, si en lugar de ilustrarla la contradice, lo que falla es el ejemplo y no la regla. Porque, así como se dice que las excepciones confirman la regla, también es válido afirmar que un ejemplo inadecuado no puede desvirtuarla.

Ha dedicado el fallador de 1944, con notorio despliegue de erudición, gran parte de la sentencia a puntualizar las radicales diferencias existentes entre las figuras creadas por el anterior Código en sus artículos 67 y 68, haciendo hincapié en que la primera tiene su causa, raíz y origen en un acto administrativo, al paso que la segunda arranca de un hecho u operación administrativa, como claramente lo hacen ver, por otra parte, las correspondientes disposiciones legales.

Esta confusión que pueden producir en el lector los dos últimos ejemplos en referencia, tendrá acaso poder suficiente para conducir a que también se confunda un acto administrativo con un hecho u operación administrativa? Podría por ventura suceder también que un acto administrativo, por la simple circunstancia de haber sido revocado administrativamente, se convirtiera en hecho u operación administrativa?

No parece que técnicamente tal metamorfosis pudiera ocurrir. La esencia de un ser es lo que hace que sea lo que es. Al convertirse el ser en otro diferente, no es que transmute su esencia anterior sino

que simplemente desaparece, deja de existir. El acto administrativo tiene notas determinantes que lo distinguen del hecho u operación, las cuales son tan radicales y profundas que, ni por vía de evolución, pueden las unas convertirse en las otras.

Esas notas esenciales y determinantes de la respectiva naturaleza hacen que las dos figuras sean también radicalmente diferentes. Así lo entiende el fallo invocado, el que dedica gran parte de su extensión justamente a puntualizar aquellas diferencias.

Viendo ahora al concepto de la *vía de hecho* que también señala el recurrente como contrariado por la sentencia recurrida frente a la jurisprudencia invocada, se señala en ésta, con invocación del criterio de Hauriou, que comete la Administración vía de hecho o usurpación de poder si usa un derecho que no ha sido previa y formalmente reglamentado o si usa un derecho que posee realmente pero sin observar los procedimientos que le han sido impuestos para protección de los intereses de terceros.

Según atrás se anotó, no aporta el fallo impugnado criterio alguno definitorio sobre esta materia que pudiera permitir una comparación para determinar la posible contradicción alegada por el suplicante.

D. *Conclusiones.*

1. En la sentencia impugnada se sostiene que, así como la acción de plena jurisdicción tiene su origen en un acto administrativo, la indemnizatoria parte de la existencia de un hecho u operación administrativa.

No existe planteamiento diferente en la jurisprudencia invocada. Ni podría existir a decir verdad, pues la diferencia de las dos figuras radica fundamentalmente en el diverso origen o causa de la respectiva acción.

2. La sentencia que se impugna declaró probada la excepción de inepta demanda por haberse accionado a través de la hipótesis del artículo 68 que presupone la existencia de un hecho u operación administrativa, al paso que la situación planteada en el *sub lite* es la de un acto administrativo que produjo eventuales perjuicios.

No trae la jurisprudencia invocada doctrina de la cual pudiera inferirse que la ausencia de acto administrativo al tiempo de la demanda signifique *per se* que un acto administrativo revocado administrativamente se convierte *ipso facto* en hecho u operación administrativa, transmutando su naturaleza y dando lugar a una acción diferente.

3. Son radicalmente diversos los presupuestos de hecho de la demanda que culminó en la sentencia recurrida y de aquella que dio lugar al fallo que se dice contrariado.

En el caso de la primera hubo un acto administrativo; en el de la segunda hubo, en cambio, hechos u operaciones administrativas y aún vías de hecho, según se cuenta en los libelos correspondientes.

Parangonar las situaciones a fin de pretender fallos equipolentes, aparte de ser antitécnico, llevaría a pretender una conclusión idéntica a partir de premisas diversas y aún contrarias.

Estima, en consecuencia, la Sala que no se da la contradicción jurisprudencial que se postula.

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

Falla:

No prospera el recurso de súplica.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sesión celebrada el día 30 de agosto de 1988.

Carmelo Martínez Conn, Presidente; *Jaime Abella Zárate,* Salva voto; *Luis Antonio Alvarado Pantoja, Aydée Anzola Linares,* Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Simón Rodríguez Rodríguez,* Ausente; *Guillermo Benavides Melo, Carlos Betancur Jaramillo, Antonio José de Irisarri Restrepo,* Ausente; *Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez,* Con aclaración de voto; *Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona,* Con aclaración de voto; *Luis Ignacio Narváez García, Jorge Penen Deltieure, Carlos Ramírez Arcila, Consuelo Sarria Olcos,* Con salvamento de voto; *Julio César Uribe Acosta, Samuel Buitrago Hurtado.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

ACCION INDEMNIZATORIA.— Procedencia.

Recurso extraordinario de súplica. Prosperidad.

El fallo de junio 29 de 1947 aunque recayó sobre un evento en que la Administración no produjo actos sino simples hechos, origen de la indemnización, también contempló la posibilidad de ejercer la acción indemnizatoria del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo (vigente entonces) cuando se tratara de una "operación administrativa".

Cuando el caso planteado era de esta índole era válida la cita de jurisprudencia violada la que se hizo de aquella sentencia.

Salvamento de voto del *doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número R-030. Actor: Alberto Bahamón Soto. Recurso de súplica.

Con el debido respeto sintetizo a continuación los motivos que tengo para apartarme de la solución adoptada por la Sala.

La llamada acción indemnizatoria que autorizaba el artículo 68 del anterior Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), era procedente cuando la causa de la violación era "un hecho o una operación administrativa".

Dentro del concepto de operación administrativa cabía el caso planteado, pues se trató de los efectos producidos por un acto que luego fue revocado por el superior. De tal suerte que al no existir jurídicamente acto, mal podía intentarse acción de nulidad contra algo que no existía. Lo que sobrevinieron fueron los efectos materiales del primer acto y por eso, el conjunto de todo ello configuraba una típica "operación administrativa".

Confrontada esta situación con el recurso extraordinario de súplica, para el cual se debe establecer la contradicción con jurisprudencia de la Sala, se observa que aunque ciertamente el famoso fallo de 29 de junio de 1947 (caso de El Siglo) recayó en un evento en que la Administración no produjo "actos" sino simples "hechos", también lo es que en una de sus consideraciones contempló la posibilidad de ejercer la misma acción de reparación según el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, cuando se tratara de una "operación administrativa".

A esto se refiere el párrafo transcrito en la página 17, tomado de la página 458 de los *Anales del Consejo de Estado,* Tomo LVI, que dice:

> "Hay casos en que por no existir al tiempo de la demanda acto alguno formal ni material sobre el cual recaiga la acusación de nulidad, la acción no puede tener como objeto sino las indemnizaciones o prestaciones correlativas a hechos u operaciones ejecutados, que dejaron huellas o rastros lesivos de los intereses del actor".

En consecuencia se dieron los supuestos para prosperar el recurso, pues la jurisprudencia invocada por el actor contenía un aparte aplicable exactamente a su caso, pero que la Sección Primera resolvió en la sentencia acusada, en sentido contrario.

Bogotá, septiembre seis (6) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Jaime Abella Zárate.

ACCION INDEMNIZATORIA.— Procedencia.

El fallo recurrido violó la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual si al momento de la demanda no existe acto, se pueden reclamar directamente las indemnizaciones causadas por las operaciones administrativas.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Referencia: Radicación número R-030. Actor: Alberto Bahamón Soto.

Salvamento de voto de la *doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Con el debido respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, me aparto de la sentencia que antecede por las siguientes razones:

Se resuelve el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, el 14 de febrero de 1985, mediante la cual se declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por cuanto se ejerció la acción indemnizatoria para reclamar una indemnización por los perjuicios causados con la Resolución 259 de 12 de marzo de 1979, mediante la cual se ordenó el cierre de unos establecimientos asistenciales, resolución que posteriormente fue revocada por el Ministerio de Salud Pública mediante Resolución número 5277 de 27 de junio de 1979.

A juicio de la Sala de Decisión, se ha debido ejercer la entonces vigente acción de plena jurisdicción para atacar el acto citado que originó los perjuicios y como no lo hizo y solamente reclamó la indemnización, la demanda fue inepta.

La decisión mayoritaria de la cual me aparto afirma que con dicha providencia no se viola la jurisprudencia que el recurrente cita como violada y por ello no prospera el recurso de súplica interpuesto.

Sin embargo, según el expediente reconstruido, el recurrente citó como jurisprudencia violada la sentencia de 29 de julio de 1947, Consejero ponente: Gustavo A. Valbuena, Actor: El Siglo (*Anales del Consejo de Estado,* enero a julio de 1947. Tomo LVI. Números 357 a 361, págs. 458 y 475), y allí se lee:

"La disposición que se comenta tiene, además, otros alcances que la justifican, como señalado progreso de las instituciones jurídicas. Porque, evidentemente, hay casos en que por no existir al tiempo de

la demanda acto alguno formal ni material sobre el cual recaiga la acusación de nulidad, la acción no puede tener como objeto sino las indemnizaciones o prestaciones correlativas a hechos u operaciones ejecutados, que dejaron huellas o rastros lesivos de los intereses del actor".

A mi juicio, la jurisprudencia transcrita y citada por el recurrente, sí resulta violada por el fallo recurrido, ya que éste consideró que aunque al momento de la demanda no existía ya el acto administrativo porque había sido revocado por la autoridad competente, de todas maneras se debía haber demandado a través de la acción de plena jurisdicción, es decir, una tesis absolutamente contraria a la jurisprudencia del Consejo de Estado citada según la cual si *al momento de la demanda* no existe acto, se pueden reclamar directamente las indemnizaciones causadas por las operaciones administrativas.

Y esa era justamente la situación que se presentaba en el caso de autos, ya que si bien hubo una decisión administrativa, contenida en una resolución, la cual dio origen a unas actuaciones materiales como fue el cierre de las entidades asistenciales, es decir a la operación administrativa que materializó el acto, al momento de la demanda, el acto ya no existía y lo único que podía ser objeto de la acción era justamente la indemnización de los perjuicios causados por la operación administrativa.

Dicha acción estaba expresamente consagrada en la norma vigente en esa oportunidad, que lo era el artículo 68 de la Ley 167 de 1941 el cual decía textualmente:

"Artículo 68. También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o *una operación administrativa*. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes" (se subraya).

Consuelo Sarria Olcos.

ACCION INDEMNIZATORIA.— Procedencia.

La acción escogida (indemnizatoria) era la indicada, por cuanto no se puede demandar la nulidad en lo que no existe, y de otro lado, la Administración al ejecutar un acto administrativo principal, que es ejecutable no obstante no ser el acto definitivo, al hacerlo corre el riesgo de comprometer su responsabilidad en el evento de ser revocado por el superior.

Aclaración de voto del *doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente número R-030. Actor: Alberto Bahamón Soto. Recurso de súplica extraordinaria.

Para el suscrito Consejero es indubitable que en el caso *sub júdice* el recurso extraordinario de súplica no estaba llamado a prosperar, en razón de no existir evidente contradicción entre la sentencia suplicada de la Sección Primera de la Corporación y el fallo de junio 29 de 1947, caso del periódico El Siglo.

En efecto, mientras que en este último la sentencia recayó en un evento en que la Administración no produjo *acto o actos administrativos,* sino que, por el contrario, realizó una *"vía de hecho"* al hacer uso de una competencia, sin la observancia de los procedimientos que le eran impuestos, protectores de los derechos de terceros, y como consecuencia de ello el Estado comprometió su responsabilidad extracontractual, deducible a través de la acción de plena jurisdicción en la modalidad prevista en el artículo 68 de la Ley 167 de 1941 (C. C. A. vigente en ese entonces), en el presente caso existió un acto administrativo —que pudiéramos denominar principal para distinguirlo del denominado por los tratadistas acto administrativo definitivo, o sea, aquél que surge de la no utilización de los recursos gubernativos o de la utilización y decisión expresa o ficta de ellos— que surtió sus efectos y consecuencias —nocivas indubitablemente—, en razón de poder ser ejecutables, no obstante los recursos gubernativos ordinarios que contra él procedían, por haber sido estos consagrados por la ley en el efecto devolutivo, al parecer.

En consecuencia, consideré válidas las conclusiones a que se llegó en la ponencia adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso, a saber:

a) Que en el caso presente hubo acto administrativo ejecutado, que, por lo mismo surtió sus efectos, mientras que en la sentencia de junio 29 de 1947 no existió dicho acto, por lo cual son radicalmente

diversos los presupuestos de hecho de la demanda que culminó en la sentencia recurrida y de aquella que dio lugar al fallo que se dice contrariado;

b) Que no trae la jurisprudencia de 1947 invocada doctrina de la cual pudiera inferirse que la ausencia de acto administrativo al tiempo de la demanda significa *per se* que un acto administrativo revocado administrativamente se convierte, *ipso facto*, en hecho u operación administrativa, trasmutando su naturaleza y dando lugar a una acción diferente, aun cuando, no debe dejarse de observar, que es válida la aseveración que se ha hecho por algunos de los señores consejeros que salvaron su voto en el sentido de que en la sentencia de 1947, se hizo mención a los casos en que "por no existir al tiempo de la demanda acto alguno formal ni material sobre el cual recaiga la acusación de nulidad, la acción no puede tener como objeto sino las indemnizaciones o prestaciones correlativas a *hechos u operaciones ejecutadas*, que dejaron huellas o rastros lesivos de los intereses del actor" (subrayo); sólo que, como es evidente, la jurisprudencia en cita no se refiere, como se ha dicho, a actos administrativos *principales* que se ejecutaron antes de que surgiera el acto administrativo *definitivo* que pusiera término a la vía gubernativa, y que podían ser ejecutados por tratarse precisamente de medidas de policía sanitaria, en donde, por estar de por medio el denominado "orden público", la ley no sólo ha establecido que los recursos que se ejerciten deben ser concedidos en el efecto devolutivo, sino que, igualmente, en alguna ocasión se llegó, hasta el absurdo, de establecer que eran decisiones que carecían de la posibilidad de control por el Juez administrativo a través de la acción contenciosa pertinente (ver Ley 46 de 1945, por ejemplo). La jurisprudencia se refirió a la acción contenciosa prevista en el artículo 68 de la Ley 167 de 1941, que se consagró precisamente para, a través de ella, buscar la indemnización de perjuicios ocasionados por un hecho o una operación administrativa, noción esta última limitada a los casos en que no existió acto administrativo o es difícil demostrar su existencia y la autoridad que lo produjo, pero sí es posible acreditar en proceso su eventual existencia por la ejecución de la medida u orden, como acontecía, y sigue aconteciendo en los casos de ocupación o daños de propiedad inmueble a consecuencia de trabajos públicos, único proceso de responsabilidad extracontractual de que conoció la jurisdicción contencioso administrativa hasta el 31 de julio de 1964, fecha en que entra a regir el Decreto-ley 528 de 1964 que trasladó a esta jurisdicción todas las controversias relativas a responsabilidad extracontractual del Estado, que hasta ese entonces eran de la competencia de la jurisdicción ordinaria, salvo la relativa, como se ha dicho, a la originada en trabajos públicos.

En síntesis, en el caso presente *no hubo hecho*, tampoco *vía de hecho*, y mucho menos *operación administrativa*. Existió un acto administrativo principal ejecutado antes de que se produjera el acto administrativo definitivo, y que podía ser ejecutado, precisamente por estar consagrados los recursos contra él, en el efecto devolutivo.

Empero, al dar mi voto favorable a la ponencia, no podía dejar de expresar, con el debido respeto, mi discrepancia en torno a la excep-

ción de inepta demanda que se declaró probada en la sentencia de 14 de febrero de 1985 de la Sección Primera de la Corporación, recurrida en súplica.

En efecto, para el suscrito Consejero la acción escogida por la parte actora era la indicada, y no podía ser —como se dijo y llegó a esa conclusión en la sentencia recurrida— la denominada acción de plena jurisdicción en la modalidad prevista en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo vigente en ese entonces —Ley 167 de 1941—, por cuanto, de un lado, no se puede demandar en nulidad lo que no existe, lo que desapareció en el proceso de formación del acto administrativo definitivo, ya que la nulidad del acto administrativo es el medio para obtener la finalidad última de la acción de plena jurisdicción, que es el restablecimiento del derecho, y por cuanto, de otro lado, es claro que la Administración al ejecutar un acto administrativo principal, que es ejecutable no obstante no ser el acto definitivo por razón del efecto en que se concede o conceden el recurso o recursos previstos en la ley, al hacerlo corre el riesgo de comprometer su responsabilidad en el evento de ser revocado por el superior que conoce del recurso de apelación.

Ello, fue lo que aconteció en el caso presente: La Administración, a sabiendas de que eventualmente su acto de cierre o clausura podía ser revocado por el superior, ejecutó el acto principal y asumió el riesgo de ver comprometida la responsabilidad estatal y resarcir los perjuicios que se ocasionaran a la persona por la ejecución de ese acto, en el evento, que efectivamente se dio, de que su decisión fuera revocada. Para lograr ese resarcimiento de los perjuicios que le ocasionó la ejecución anticipada —aun cuando no ilegal y constitutiva por ende de vía de hecho— del acto de cierre de su establecimiento, la acción a seguir no era otra que la consagrada, en ese entonces, por el artículo 68 de la Ley 167 de 1941, ampliada por el artículo 30 del Decreto-ley 528 de 1964 —hoy artículo 86 del Decreto 01 de 1984—, de competencia, por esa ampliación, de los Jueces administrativos, y rebautizada con la denominación de "acción de reparación directa y cumplimiento".

La existencia de esa diversidad de acciones —tanto en la Ley 167 de 1941, como en el Decreto-ley 01 de 1984—, sin razón alguna y con desconocimiento de los modernos principios del derecho procesal, que distinguen entre acción —*actio*—, que es única como en muchos derechos, entre ellos el español, como es lo lógico, y pretensión —*anspruch*—, que ha venido siendo objeto de fundadas críticas en los últimos años por parte de profesores y doctrinantes, lleva a situaciones como esta, en donde el administrado, y desde luego la opinión pública, ve impotente y alarmado cómo se sacrifican los derechos reconocidos por la ley sustancial con interpretaciones inadmisibles de las leyes rituales o procesales que, en lugar de consagrar una acción o recurso contencioso único, a través de la cual se puedan formular diversidad de pretensiones, siempre que no sean contradictorias entre sí, antitécnicamente se consagran ya no dos o tres acciones, como en el pasado, sino cinco que, probablemente de seguirse estructurando más concepciones doctrinarias sobre el particular para hacer gala de un dogmatismo obsoleto, en el futuro pudieran llegar a ser más.

Por lo demás, cabe preguntarse: Qué hubiera acontecido si el acto administrativo inexistente hubiere sido demandado, ejercitando la acción prevista en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo? No se hubiera podido haber sostenido lo contrario, es decir, que la acción escogida no era la pertinente, pues ésta debió ser la señalada en el artículo 68 *ibídem*?

Bogotá, septiembre ocho (8) de mil novecientos ochenta y ocho.

Miguel González Rodríguez.

Aclaración de voto del *doctor Euclides Londoño Cardona.*

Referencia: Expediente número R-030. Actor: Alberto Bahamón Soto. Recurso de súplica extraordinaria.

El suscrito Consejero, después de haber leído cuidadosamente el razonado y juicioso estudio contenido en el libelo de aclaración de voto de su colega de Sala el doctor Miguel González Rodríguez, encuentra que se identifica con las consideraciones que tuvo en cuenta para votar afirmativamente la ponencia presentada por el honorable Consejero Reynaldo Arciniegas Baedecker, pero con aclaración de voto. Por tal razón, respetuosamente, hace suyo el contexto de dicho escrito como fundamento de su aclaración.

Bogotá, septiembre nueve (9) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Euclides Londoño Cardona.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.— FALLA DEL SERVICIO. PERJUICIOS.

Hubo omisión por parte de los agentes de la Administración en la guarda y cuidado de material de guerra altamente peligroso y tal omisión fue la causa eficiente de las muertes causadas. Existió entonces falla en la prestación del servicio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., quince de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Ramírez Arcila.*

Proyectó Magistrado auxiliar: *Doctor Héctor Alvarez Melo.*

Referencia: Expediente número 5212. Actor: Tomás María Usuga Campo y otros.

Cumplido el trámite procesal correspondiente, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación —Ministerio de Defensa— contra la sentencia proferida el 12 de agosto de 1987 por el Tribunal Administrativo de Antioquia dentro del proceso de la referencia, por la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

El abogado demandante obrando como agente oficioso procesal de Dora Fanny Usuga Manco y como apoderado de los actores Tomás María Usuga Campo —quien a su vez obra en nombre propio y representación de su menor hija Gloria Lucila—, Rosa Nora, María Elizabeth, Saúl de Jesús, Jorge León y María de la Luz Usuga Manco, solicita en la demanda que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1. La Nación es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes con la muerte de Rosa Angel Manco de Usuga, José Absalón y Luis Armando Usuga Manco, el 14 de mayo de 1981 como consecuencia del estallido de una granada de fragmentación, arma de uso privativo de las Fuerzas Armadas, abandonada días antes por la patrulla militar en la vereda de Toyo, corregimiento de Manglar, Municipio de Giraldo en Antioquia.

"1.1. Condénase a la Nación a indemnizar:

"A. A Tomás María Usuga Campo:

"1.1.1. Los daños y perjuicios materiales, incluyendo en el lucro cesante los intereses compensatorios de lo que sumen, desde la fecha de causación y hasta la de la sentencia, en la cuantía que resulte de las bases que se demuestren en el proceso.

"Señalo en quince millones de pesos de la fecha el valor de la indemnización de los perjuicios materiales causados a este demandante.

"Su pago se hará en pesos de valor constante.

"*En subsidio* y para el caso de que en el expediente no existan bases suficientes para hacer la cuenta matemática de lo que valen los daños y perjuicios materiales causados al señor Usuga Campo, los fijará la Sección así:

"1.1.1.1. En el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de cuatro mil gramos de oro fino, por la muerte de Rosa Angela Manco de Usuga.

"1.1.1.2. En el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de cuatro mil gramos de oro fino, por la muerte de José Absalón Usuga Manco, y,

"1.1.1.3. En el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de cuatro mil gramos de oro fino, por la muerte de Luis Armando Usuga Manco.

"B. A Tomás Usuga Campo, Dora Fanny, Gloria Lucila, Rosa Nohora o Nora, María Elizabeth, Saúl de Jesús, Jorge León y María de la Luz Usuga Manco, a cada uno, es claro:

"1.1.2. Daños morales, como sigue:

"1.1.2.1. Con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de mil gramos de oro fino, por la muerte de Rosa Angela Manco de Usuga.

"1.1.2.2. Con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de mil gramos de oro fino, por la muerte de José Absalón Usuga Manco.

"1.1.2.3. Con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de mil gramos de oro fino, por la muerte de Luis Armando Usuga Manco.

"1.1.3. Honorarios de abogado, e

"1.1.4. Intereses aumentados con la variación promedio mensual del Indice Nacional de Precios al Consumidor, desde la fecha de la sentencia y hasta la de su efectivo cumplimiento.

"Es entendido que todo pago se imputará primero a intereses.

"1.2. La Nación dará cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de su existencia ya ejecutoriada" (fls. 19, 20 y 21, cuaderno 1).

Los hechos sustento de las pretensiones procesales los narra la demanda así:

"1. La familia Usuga Manco ha vivido a un lado, en la parte baja de la ladera, de la banca de la carretera Medellín-Turbo, en la vereda de Toyo, corregimiento de Manglar, Municipio de Giraldo, Antioquia.

"2. Entre la banca de la carretera y el plano de la casa habitada por la familia existe una faja de terreno enrastrojada.

"3. Y allí en ese sitio, o mejor a la altura de dicho sitio, hizo alto en camino un convoy militar de más de una docena de camiones y doscientos cincuenta hombres, más o menos a finales, en la última semana, del mes de abril de 1981. Se quedaron todo el día. Requisando vehículos y personas. Y ya por la noche se fueron a Turbo. Pero al otro día regresó una patrulla. Un Teniente y tres o cuatro soldados. Decían que habían venido a buscar una *granada* que se le había perdido a uno de ellos. Miraron en la faja de terreno enrastrojada que separa la casa de los Usuga Manco de la carretera. Quince o veinte minutos. Y se volvieron para Urabá. Sin decir nada.

"4. Unos quince días después, el 14 de mayo, José Absalón y Luis Armando Usuga Campo, menores de 10 y 11 años, se toparon en el patio de su casa, como rodando de arriga, de la ladera, un curioso y desconocido artefacto, parecido a una piñita y jugando con él se lo fueron a mostrar a la mamá y de un momento a otro estalló, causándoles la muerte en el acto.

"5. El hecho se debió a falta o falla del servicio de la Administración, pues:

"5.1. Hubo descuido al dejar perder tan peligrosa arma de uso privativo de las Fuerzas Armadas en el lugar.

"5.2. En no buscarla hasta encontrarla, para eliminar el peligro, o, cuanto menos.

"5.3. En no haberle avisado a los vecinos del lugar donde hicieron el alto en el camino para que no fueran a cogerla.

"5.4. Además, se causó daño.

"5.5. Con arma oficial, empleable siempre en defensa pero nunca en detrimento de los residentes en el país, y, en fin de cuentas, porque hubo o medió:

"5.6. Violación de la Constitución, de la ley y de los reglamentos.

"6. Rosa Angélica, corrijo, Angela Manco Higuita había nacido el 13 de mayo de 1930; tenía 41 años de edad y una supervivencia de 38.96 años más, según la tabla de mortalidad del Instituto de Seguros Sociales.

"6.1. Contrajo matrimonio con Tomás María Usuga Campo, nacido en 1923, y con una vida probable de más, de 31 años, y de la unión nacieron y sobreviven Dora Fanny, Gloria Lucila, Rosa Nohora o Nora, María Elizabeth, Saúl de Jesús, Jorge León y María de la Luz Usuga Campo.

"Y nacieron y murieron, como ya anoté, el 14 de mayo de 1981, a la edad de 10 y 11 años, José Absalón y Luis Armando.

"7. Se causaron daños y perjuicios materiales a Tomás María Usuga Campo como consecuencia:

"7.1. De la muerte de Rosa Angela Manco de Usuga y, consecuencialmente, de la pérdida de la ayuda económica que siempre le dio, consistente en atenderle la casa, cuidar de los hijos y de él mismo, hacer de comer, etc., trabajo que vale dinero y, cuanto menos, el equivalente al salario mínimo; de la pérdida de productividad del capital de la indemnización que aún no se le ha pagado, de sus intereses, y de los gastos de última 'enfermedad' y entierro.

"7.2. De la muerte de José Absalón Usuga Manco y, consecuencialmente, de la pérdida de su crianza, que vale dinero así como de la 'chance' de ayuda económica en la vejez, a la que ha entrado, pues es persona pobre y necesitada, y,

"7.3. De la muerte de Luis Armando Usuga Manco y, consecuencialmente, de la pérdida de su crianza, que vale dinero, así como de la 'chance' de ayuda económica en la vejez, a la que ha entrado, pues es persona pobre y necesitada.

"8. También se causaron perjuicios materiales a Tomás Usuga Campo y a Dora Fanny, Gloria Lucila, Rosa Nohora o Nora, María Elizabeth, Saúl de Jesús, Jorge León, María de la Luz Usuga Manco, con la muerte de Rosa Angela Manco de Usuga y José Absalón y Luis Armando Usuga Manco, ya que debido a ella han tenido que conseguir abogado para que demande de la Nación el reconocimiento y pago de la indemnización que les debe y tienen que pagarle sus honorarios de acuerdo con la tarifa del colegio de abogados.

"9. Y, además de los anteriores, se causó a todos y cada uno de los demandantes daño moral:

"9.1. Daño moral con la muerte de Rosa Angela Manco de Usuga.

"9.2. Daño moral con la muerte de José Absalón Usuga Manco, y,

"9.3. Daño moral con la muerte de Luis Armando Usuga Manco.

"Que se presumen en estos casos, pues la familia era muy unida, vivía bajo el mismo techo y se quería mucho.

"Aunque no sobra agregar que el dolor, la pena, la angustia, los traumas que les dejó y los trastornos de personalidad consiguientes a tan grande tragedia familiar, han sido notorios.

"10. Daños y perjuicios materiales y morales ligados causalmente con la falta o falla alegada y que la Nación tiene la obligación de reparar en su integridad (fls. 21 a 24 del cuaderno 1)".

El Tribunal encabeza la providencia recurrida así:

"En demanda presentada ante el Consejo de Estado, remitida a este Tribunal por competencia, Tomás María Usuga Campo, personalmente y en representación de las hijas menores Dora Fanny, Gloria Lucila Usuga Manco, y Rosa Nora, María Elizabeth, Saúl de Jesús, Jorge León y María de la Luz Usuga Manco, estos mayores, por medio de apoderado, solicitan previo el trámite correspondiente y con la citación y audiencia del Fiscal y notificación al Ministro de la Defensa y al

Secretario General, se declare que la Nación es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes con la muerte de Rosa Angela Manco de Usuga, José Absalón y Luis Armando Usuga Manco, el 14 de mayo de 1981 como consecuencia del estallido de una granada de fragmentación, arma de uso privativo de las Fuerzas Armadas, abandonada días antes por una patrulla militar en la vereda de Toyo, corregimiento de Manglar, Municipio de Giraldo, en Antioquia".

Y decidió:

"1º Declárase a la Nación colombiana —Ministerio de Defensa Nacional— responsable administrativa y extracontractualmente de la muerte de Rosa Angela Manco de Usuga, Luis Armando y José Absalón Usuga Manco, ocurrida el 14 de mayo de 1981, en la vereda de Toyo, corregimiento de Manglar, Municipio de Giraldo, como consecuencia del estallido de una granada de fragmentación, abandonada por una patrulla militar en aquel lugar.

"2º En consecuencia se condena a la Nación a pagar a los actores los perjuicios morales, así: A Tomás María Usuga tres mil (3.000) gramos de oro, a Rosa Nora, María Elizabeth, Saúl de Jesús, Jorge León y María de la Luz Usuga Manco, dos mil (2.000) gramos de oro para cada uno al precio que se cotice a la fecha en que quede en firme esta providencia. Para su cobro se presentará a la entidad pagadora el certificado del Banco de la República donde se informe sobre el valor del gramo de oro.

"3º Sobre las cantidades reconocidas se pagarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término.

"4º No se condena a perjuicios materiales.

"5º Dése cumplimiento al artículo 176 del Código Contencioso Administrativo" (fls. 252 y 260 del cuaderno 1).

El Magistrado F. Mario Vélez Atehortúa salvó el voto considerando que la falla en el servicio no se demostró y, además, según su criterio, la condena por el máximo daño moral no puede exceder de 1.000 gramos de oro.

El Magistrado Oscar Aníbal Giraldo Castaño aclaró su voto en lo referente a la cuantía de la condena para resarcir el daño moral, por considerarla excesiva.

En el escrito sustentatorio del recurso la Nación colombiana, a través de su apoderado, solicita se revoque el fallo apelado basado en los argumentos en que funda su salvamento de voto el Magistrado Vélez Atehortúa, porque considera que éstos se ajustan en todo a derecho y el Tribunal debería haberlos acogido para negar las súplicas de la demanda (fls. 275 y ss.).

Por su parte los actores, por medio de su apoderado, alegaron durante el término procesal correspondiente solicitando se confirme el fallo de primera instancia, haciendo énfasis en que la suma fijada

como indemnización por los daños morales es equitativa porque no es lo mismo perder un ser querido que varios en un mismo hecho. Dicen así en algunos apartes:

"Y se han pagado tres veces, porque en relación con el pago normal, de una persona, aquí los muertos fueron muchos. Esos sí que fueron bastantes. Fueron tres.

"Y perfectamente, señores Magistrados, los demandantes, pudieron haber presentado tres demandas cobrando en cada una de ellas la máxima indemnización permitida por cada muerto.

"De suerte, pues, que, ahora, por economizarle esfuerzos a la jurisdicción, deben contentarse después de perder a tres de sus seres queridos con la indemnización que les corresponde por haber perdido sólo una?

"De ninguna manera, señores Magistrados.

"Porque el límite a la cuantía de indemnización del daño moral se puso para el caso de perder el demandante a uno de sus seres queridos.

"Y cuando pierde, dos tres, cuatro, o más, la equidad de la norma se revienta. No tiene razón de ser así y pasa a exigir para que la equidad que ella comporta la creación de un nuevo límite, acorde con la naturaleza del hecho que la desborda y en la medida de tal desbordamiento, dos, tres, cuatro, cinco, etc., veces superior.

"El artículo 95 del Código Penal de 1936 y el 106 se redactaron pensando en la intensidad del daño moral que produce perder un solo ser querido: El padre, la madre, la esposa o esposo, compañero o compañera permanente, un hermano.

"Y si por razones de equidad tal límite aparece razonable, igualmente razonable resulta por razones también de equidad que la muerte de dos o más parientes, por ser motivo de un más intenso dolor para el demandante deba indemnizarse con una superior a la que normalmente se paga cuando sólo muere uno, sea que se considere que los daños morales sean varios o uno solo pero con una intensidad variable, inicialmente no prevista por el legislador al imponer la limitación de su indemnización, limitación que, por lo demás, es siempre, como la de toda norma restrictiva, de restrictiva aplicación" (fls. 282 y ss., cuaderno 1).

El concepto Fiscal:

La Fiscal Segunda de la Corporación en su concepto de fondo solicita la confirmación del fallo recurrido porque comparte sus argumentos. Dice tal concepto en lo pertinente:

"En el caso controvertido, los hechos expuestos no podían ser probados por medios distintos a la prueba indiciaria más aun cuando los archivos de la Cuarta Brigada, de conformidad con lo expresado por su comandante se destruyen cada año vencido (fl. 761). Los hechos de soporte de la prueba indiciaria están demostrados en el proceso, como bien lo dice la sentencia, cuando afirma: 'Como es de lógica nadie

podía declarar que le constaba directa y personalmente que el convoy del Ejército que pasó a finales de abril por el paraje el Boquerón de Toya del corregimiento de Manglar fue quien abandonó o extravió la granada que causó el lamentable accidente, pero los indicios, tales como el paso del convoy militar por la zona; la estancia en el sitio cercano a donde se presentó la explosión; el uso privativo de esos artefactos por las Fuerzas Militares, la posterior búsqueda de una o dos granadas por parte de una patrulla militar uno o dos días después de haber estacionado en ese sitio y por último la ausencia por esa época de guerrilla en esa zona, conducen a concluir necesariamente como lo hizo el testigo Campo David a afirmar que «...tuvieron que haber sido ellos...» se refiere a los soldados del Ejército colombiano'.

"Los protocolos de necropsia obrantes a los folios 116 a 119, 152 a 155 y las declaraciones visibles a los folios 179 a 188, indican que los señores José Absalón Usuga Manco, Luis Fernando Usuga Manco y Rosa Manco, recibieron varias lesiones que les causaron la muerte, lesiones producidas por la explosión de una granada.

"Las pruebas allegadas y apreciadas en su conjunto, fueron el soporte en que se basó el Tribunal para declarar la responsabilidad administrativa del ente demandado.

"La granada era de propiedad del Ejército Nacional y se le extravió a una patrulla que estuvo realizando prácticas días antes en la vereda de Toyo, corregimiento de Manglar Municipio de Giraldo.

"Esta irregularidad hace responsable a la Nación —Ministerio de Defensa— por falla del servicio. Ya que de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Nacional y los reglamentos de las Fuerzas Armadas, se establece un control sobre las armas, municiones y cuidados de explosivos. En el caso *sub júdice* la patrulla del Ejército no guardó la vigilancia sobre el artefacto que ocasionó las muertes.

"Estando probados los elementos axiológicos de la responsabilidad del Estado, esta Fiscalía se permite solicitar a la honorable Sala, la confirmación de la sentencia apelada" (fls. 312 y ss., cuaderno 1).

Consideraciones de la Sala:

Sea lo primero anotar que la Sala observa con extrañeza el error en que incurre el Tribunal de primera instancia al omitir en la parte resolutiva de la sentencia la definición de las pretensiones de los demandantes Dora Fanny y Gloria Lucila Usuga Manco.

Efectivamente, el abogado demandante obró inicialmente como agente oficioso procesal de la primera (fl. 19) y la segunda fue representada por el padre en su condición de menor de edad. Lo actuado por agente oficioso fue ratificado por la interesada en forma legal y oportuna (art. 47 del C. de P. C.) según documento que obra al folio 31; sin embargo, el Tribunal, inexplicablemente, olvidó pronunciarse sobre sus pedimentos sin existir razón aparente para ello ya que al encabezar la sentencia los tiene en cuenta pero al determinar las condenas y en la parte resolutiva no las menciona.

La Sala no puede adicionar la sentencia para resolver los extremos de la *litis* omitidos porque la parte perjudicada no apeló ni se ha adherido a la apelación (art. 311 del C. de P. C.) y se violaría, en consecuencia, el principio de la *reformatio in pejus* (art. 357, C. de P. C.) en virtud del cual el superior no puede "enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso", lo que indica que no puede hacerse más gravosa la situación del único apelante, como sucedería en este caso si el *ad quem* la complementara oficiosamente.

No se encuentra tampoco causal alguna que dé lugar a invalidar lo actuado y como la competencia del Juez de Segunda instancia se encuentra limitada por ser solo una de las partes la apelante, se estudiará la sentencia en la forma como la profirió el Tribunal.

Se ha aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que la Administración pública debe responder a los asociados por los perjuicios derivados de sus hechos siempre y cuando se presenten la totalidad de los elementos integradores de este tipo de responsabilidad, que se han señalado reiteradamente por esta Corporación así:

a) Una falla en la prestación del servicio por retardo, irregularidad, ineficacia, omisión o ausencia del mismo;

b) Un daño que configure lesión o perturbación de un bien jurídicamente tutelado; y

c) Un nexo causal entre la falla o falta de prestación del servicio a que la Administración está obligada y el daño.

Se ha de establecer si en este caso se dan en su totalidad los mencionados elementos.

Ahora bien: Las pruebas allegadas al *sub lite* demuestran los siguientes hechos:

1º Que Tomás María Usuga Campo era esposo legítimo de Rosa Angela Manco Higuita y es padre legítimo de José Absalón y Luis Armando Usuga Manco (fls. 5, 13, 14 y 15).

2º Que Gloria Lucila, Dora Fanny, Rosa Nora y María Elizabeth, Saúl de Jesús, Jorge León y María de Luz Usuga Manco son hijos legítimos de Rosa Angela Manco Higuita y hermanos legítimos de José Absalón y Luis Armando Usuga Manco (fls. 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 32, 33 y 34).

3º Que Rosa Angela Manco Higuita, José Absalón Usuga Manco y Luis Armando Usuga Manco fallecieron el día 14 del mes de mayo de 1981, en la vereda de Toyo, Municipio de Giraldo, como consecuencia de la explosión de una granada de mano (fls. 16, 17, 18, 116 y ss. y 152 a 155).

4º Conforme a los testimonios recibidos, días antes de la explosión que causó la muerte a los miembros de la familia Usuga Manco un grupo de uniformados pertenecientes al Ejército Nacional acampó en una franja de terreno enrastrojada cercana a la casa de habitación de la mencionada familia.

Tanto la parte demandada como el Magistrado que salvó voto consideran que los testimonios no constituyen prueba suficiente para establecer la falla en la prestación del servicio y como el Tribunal sustenta su fallo condenatorio en los mismos, la Sala los apreciará en su conjunto para llegar a una conclusión definitiva. Los testigos narran los siguientes hechos, en lo concerniente:

Roberto Antonio Campo Campo. "Preguntado. Diga usted qué hay de cierto en que varios camiones militares llevando soldados pasaron de un día para otro, en inmediaciones de Manglar, boquerón de Toyo, estuvieron requisando personas y vehículos desde que pararon hasta que se fueron? Contestó: Que es muy cierto, ellos me requisaron, fue un día sábado, pararon el vehículo en que yo iba y nos requisaron a todos, ahí había un retén, eso fue en la granja de los lados de Cañas Gordas, *pero ellos o sea los soldados habían estado por los lados de Toyo, jurisdicción de Giraldo, en inmediaciones de Boquerón y Toyo se le perdieron dos granadas, después que ellos se dieron cuenta que se le había perdido las granadas, al otro día madrugan a avisar que se había perdido dos granadas, que si las encontrábamos que las lleváramos a la inspección o las tiraramos al río, la una le fue entregada, pero no sé porque ellos mismos dijeron y la otra fue la que cogieron los pelados,* los pelados que me refiero son los muertos; '...' 'La mamá salió a despacharlos para la escuela, en ese momento explotó la granada, quedando muerto José Absalón Usuga Manco, Luis Armando Usuga Manco y la mamá Rosa Angela'. *'Ellos mismos, o sea los soldados, me preguntaron que si habían encontrado unas granadas que se le habían perdido...' '...Se cree que ellos o sea los soldados dejaron la granada, porque ellos encontraron una granada y no encontraron la otra; ellos estuvieron buscando las granadas tres días;* yo personalmente los ví y también me preguntaron que si yo la había encontrado' " (fls. 179 y ss.).

Julio Emiro Tangarife Bedoya. Preguntado sobre desplazamiento de tropas en la zona entre la última semana de abril y la primera de mayo de 1981 dice: "Por esos días pasó el Ejército Nacional, es decir los vehículos donde transportaban los soldados". *"Eso fue un lunes de feria claro que yo no venía pero ví cuando requisaron el vehículo de propiedad del señor Luis Manco en Boquerón...;* pero no sé hasta cuándo se quedaron los soldados requisando". Preguntado con la muerte de Rosa Angela Manco y sus hijos manifiesta: *"Eso fue a los quince días de haber visto a los soldados por estos lados,* ocurrió una explosión, en los cuales resultaron muertos los antes mencionados..." *"...Luego subimos al levantamiento y la Policía dijo que era una granada lo que había estallado;* la explosión sucedió, entre las siete y las ocho de la mañana del día 14 de mayo de mil novecientos ochenta y uno". "Lo que he dicho me consta en relación con la tragedia de la familia Usuga Manco. *La permanencia del Ejército días antes en la región y la situación en que quedaron los sobrevivientes,* sobre los demás puntos simplemente he oído comentarios..." "El comentario anota que los soldados que estuvieron quince días antes en Toyo y Boquerón dejaron abandonadas dos granadas que volvieron a buscar-

las y solamente encontraron una y probablemente la que se quedó perdida fue la causante de la muerte de los miembros de la familia Usuga" (fl. 181).

María Nohemy Cifuentes López. Dice que entre la última semana del mes de abril y la primera de mayo estaba en la vereda de Toyo, trabajando en la escuela: *"Yo estaba en la escuela y vi pasar carros del Ejército, con sus respectivos soldados en esos días". "En el paraje de Boquerón estos soldados separaron como dos días".* "El día que explotó fue el 14 de mayo de 1981... un agente de la Policía que había ahí dijo que había sido una granada". "...no me consta quien dejó la granada que produjo la tragedia, pero en la vereda están dicho (sic) que fue el Ejército que estuvo por allí quince días antes de este suceso; dice también que varios soldados estuvieron buscando las granadas y que no recuperaron sino una" (fls. 182 y 183).

Se recibió también el testimonio de Ramón de Jesús Cano Campo, pero éste no aporta nada para el esclarecimiento de los hechos porque dice desconocer lo acontecido.

Los testigos concuerdan en las circunstancias de tiempo, modo y lugar y establecen la ciencia de su dicho en cuanto a hechos que son determinantes para la decisión que se ha de tomar. Efectivamente, afirman que con unos quince días de antelación de los hechos que causaron la muerte a Rosa Angela Manco y a sus hijos José Absalón y Luis Armando Usuga Manco, tropas del Ejército Nacional estuvieron en la vereda de Toyo sitio del Boquerón, donde permanecieron algún tiempo; uno de ellos dice constarle directamente, los otros afirman haber oído la versión, que los militares perdieron, durante su permanencia en Toyo, dos granadas de mano que volvieron a buscar logrando recuperar una sola de ellas; todos conocieron directamente la muerte de los tres miembros de la familia Usuga Manco y describen con precisión las dramáticas escenas que siguieron a la explosión.

Apreciados estos testimonios en conjunto con las pruebas documentales que obran en el proceso, dentro de las reglas de la sana crítica, es decir, haciendo un análisis objetivo y razonado de los medios de convicción aportados, se llega a la conclusión ineludible, de que la muerte de las personas que sirve de fuente a las pretensiones procesales ocurrió como consecuencia del manejo imprudente de armas de altísima peligrosidad por parte de integrantes del Ejército Nacional. Fue personal de esa institución el que estuvo en las inmediaciones del sitio donde se produjo la tragedia y solamente ellos portaban artefactos como el que explotó ocasionándola. Es evidente que a ninguno de los testigos le consta específicamente que la granada que ocasionó las muertes pertenecía al Ejército y sería imposible que lo supieran, pero las inferencias lógicas indican en concordancia y convergencia con los demás medios probatorios que así sucedieron los hechos. Fue la negligencia, la falta de cuidado en relación con estas armas lo que causó las muertes con cuyo fundamento piden los demandantes indemnización de perjuicios.

La responsabilidad de la Administración:

Para la Sala existe convicción plena de que hubo omisiones por parte de los agentes de la Administración en la guarda y cuidado de

material de guerra altamente peligroso y que esa omisión fue causa eficiente de la muerte de Rosa Angela Manco, José Absalón Usuga Manco y Luis Armando Usaga Manco.

Existió entonces la falla en la prestación del servicio como primer elemento de la responsabilidad del Estado ante los asociados.

El daño se evidencia por sí mismo, la muerte de la esposa e hijos, por una parte y de la madre y hermanos por otra origina para quienes la soportan perjuicios de orden moral y material objeto de resarcimiento por parte de quien los causó, en tanto sean debidamente demostrados dentro del plenario.

El nexo causal entre la falla del servicio y daño causado también se hace notorio. Sin la falla del servicio no se hubieran producido las muertes y sin éstas no existiría el daño; no hay duda alguna al respecto.

Se presentan por consiguiente, los elementos estructurales de la responsabilidad de la Administración. Las autoridades no cumplieron su obligación básica de "proteger la vida, honra y bienes" de los residentes en Colombia y se violó, por tanto, el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Los perjuicios:

El perjuicio es actual, cuando ha existido antes de la acción indemnizatoria o al tiempo de iniciarse ésta; futuro cuando se manifiesta con posterioridad al hecho que la causa pero se sabe qué sucederá, y eventual cuando hipotéticamente puede existir, pero depende de circunstancias de remota realización que pueden suceder o no.

En el presente caso los perjuicios reclamados por los demandantes, son de carácter actual según se desprende del *"petítum"* de la demanda y de los hechos que la sustentan.

Pero no hay dentro del proceso elemento alguno de prueba que tienda a demostrar que los perjuicios materiales existieron y se concretaron. La demanda habla, en relación con la muerte de Rosa Angela Manco y para Tomás Usuga Campo, de pérdida de la ayuda económica consistente en atenderle la casa, cuidar de los hijos y de él mismo, hacer de comer, etc. En cuanto a la muerte de los hijos dice que se causaron perjuicios por la posibilidad de obtener ayuda económica de ellos en la vejez. En lo referente a los demás demandantes considera que existieron perjuicios ocasionados por la muerte de la madre y hermanos, ya que debido a ella han tenido que conseguir abogado para que demande a la Nación. Sin embargo no existen medios para concretarlos; se trata de simples afirmaciones que no pueden aceptarse para determinar el pago de perjuicios materiales. Y como el perjuicio debe ser cierto y determinable no se puede acceder al pago de perjuicios materiales como bien lo dice el *a quo* en el fallo recurrido.

En cuanto a los perjuicios morales subjetivos se considera que sí se presentaron porque como lo dijo esta Sala, en negocio similar al presente, siendo actor Hernando Enrique Reparato, sentencia de febrero 6 de 1986: "La indemnización por concepto de perjuicios morales tiende a la satisfacción del dolor ocasionado por el hecho que produjo

el daño, siendo natural que una tragedia como la ocurrida incida hondamente en el ámbito sentimental de la familia, y se reconocen, en principio, con la mera demostración de vínculo de parentesco que une a los reclamantes, con la víctima, de acuerdo con el grado de relación de cada uno de los demandantes con aquella y de su edad, por ser ésta determinante de la mayor o menor capacidad de experimentar pena ante el hecho trágico".

En el caso *sub exámine l*os demandantes demostraron el carácter de esposo, padre, hijos y hermanos legítimos de los fallecidos (fls. 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 32, 33 y 34) con los respectivos registros civiles tanto de matrimonio como de nacimiento, conforme lo prevé el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, estableciendo así su legitimación en la causa por activa y ser acreedores al pago de los perjuicios morales subjetivos.

En este punto concuerda la Sala con la sentencia del Tribunal en cuanto condena al pago de los perjuicios morales pero no en lo relacionado con la valoración de los mismos. Como lo ha dicho la Sala en forma reiterada, el máximo que puede decretarse es el equivalente al precio de 1.000 gramos de oro; un solo hecho no puede dar lugar a una sola indemnización y no obstante que el daño consista en la pérdida de varios familiares no por ello puede dividirse la indemnización para pagar por cada uno de ellos como si se tratara de hechos separados. Los perjuicios morales subjetivos corresponden, como se ha sostenido desde mucho tiempo atrás, al llamado *"pretium doloris"*, y ese dolor que es materia de resarcimiento no puede separarse para efectos de indemnizar por cada uno de los parientes cuya muerte originó el hecho dañoso porque no es dable convertirlo en varios dolores. Así la tragedia sea muy grande el dolor es uno solo y no se debe indemnizar sino una vez, con el máximo que para estos casos se ha previsto.

El Tribunal considera que el daño moral se ha de indemnizar en este caso ordenando el pago de una determinada cantidad de gramos de oro según sea más o menos cercano el vínculo de parentesco del demandante con las víctimas y, como en el mismo hecho murieron varias personas, procede a ordenar el pago teniendo en cuenta cada uno de los fallecidos para condenar según el grado de consanguinidad existente en cada caso y ello no es posible porque el hecho dañino es uno solo y el dolor, por grande que sea, es también uno solo, ya que no es dable escindirlo para presumir en grados su mayor intensidad.

El monto de la indemnización que fijó el *a quo* peca por exceso y en consecuencia, se debe disminuir la condena para fijarla en el límite máximo de 1.000 gramos de oro previsto. Por lo tanto, se reformará el punto segundo del fallo recurrido y se condenará a la Nación a pagar a los actores perjuicios morales subjetivos así:

a) A Tomás María Usuga Campo, en su condición de esposo de Rosa Angela Manco y padre legítimo de José Absalón y Luis Armando Usuga Manco, la suma equivalente a un mil (1.000) gramos de oro;

b) A Rosa Nora, María Elizabeth, Saúl de Jesús, Jorge León y María de la Luz Usuga Manco, en su calidad de hijos legítimos de

Rosa Angela Manco y hermanos legítimos de José Absalón y Luis Armando Usuga Manco, la suma equivalente a un mil (1.000) gramos de oro para cada uno de ellos.

El precio del oro será el que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este proveído.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo —Sección Tercera—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Confírmase los puntos 1º, 3º, 4º y 5º del fallo recurrido.

Segundo. Modifícase el punto 2º del fallo recurrido en el sentido de condenar a la Nación colombiana —Ministerio de Defensa Nacional— a pagar a los actores Tomás María Usuga Campo, Rosa Nora, María Elizabeth, Saúl de Jesús, Jorge León y María de la Luz Usuga Manco, a título de indemnización por perjuicios morales subjetivos, la suma equivalente a un mil (1.000) gramos de oro, para cada uno de ellos, según el valor que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

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, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

DEMANDA.— Ineptitud.

Cuando el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo exige que en la demanda se precise: "Lo que se demanda" y también "los hechos u omisiones que sirven de fundamento a la acción", están demandando claridad y precisión en tales aspectos.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.— Prueba del daño.

Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyen y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintitrés de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: 4306. Actor: Jaime Velasco Muñoz y otros. Demandado: La Nación Superintendencia Bancaria.

I

Por conducto de apoderado, legalmente constituido, demandaron a la Nación Superintendencia Bancaria, las personas que a continuación se enlistan, impetrando que en contra de ese centro de imputación jurídica, se hicieran las declaraciones y condenas que se precisan en el *"petitum"*. Ellas son:

"Primero. La Nación colombiana es administrativamente responsable de los perjuicios ocasionados a mis poderdantes y a mí, con la nacionalización del Banco del Estado y la pérdida del valor comercial de las acciones que en esa institución crediticia teníamos depositadas.

"Segundo. Como consecuencia de lo anterior, condénase a la Nación colombiana, a que pague por concepto de indemnización, por falla en el servicio, a mis poderdantes y a mí, cuyos nombres calidades y condiciones personales he citado, el valor de los per-

juicios que se nos causó, en cada caso individualizándolo y teniendo en cuenta la cantidad de acciones que teníamos en el Banco del Estado, según el valor de éstas antes de la fecha de la nacionalización del Banco. Para ello, el honorable Consejo de Estado tendrá en cuenta el valor en bolsa de las acciones a 31 de diciembre de 1982, según lo preceptuado por el Decreto número 2247 de 1974, artículo 57, y por la Circular número 002 de 10 de febrero de 1983 emanada de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

"*Tercero*. Condénase a la Nación colombiana al pago del daño emergente y del lucro cesante, causados por la pérdida del valor comercial de las acciones.

"*Cuarto*. La Nación colombiana deberá pagarnos dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia el valor que se demuestre dentro del proceso".

Causa petendi:

Se recoge por el apoderado de la parte actora a través de la siguiente literatura:

"1. Desde el año de 1975 el Banco del Estado llegó a un convenio con el Banco de la W.F.C. de Londres, en el sentido de que el Banco del Estado invertía parte de su capital en el segundo y éste a su vez lo hacía en el primero, surgiendo en razón del cambio internacional una descompensación entre el capital colombiano y el extranjero. Las dos entidades se asociaron y formaron la Unión de Bancos de Panamá, Unibank, con sede en Panamá y Miami. Resultando de esta negociación que el Banco Londinense se apropiara del Banco del Estado, pues su inversión fue mayor y la que se reflejó en el medio especulativo, presionando de esta manera la venta de las acciones de quienes eran tradicionalmente accionistas del Banco del Estado. De estas operaciones de dudoso origen la composición de la Junta Directiva del Banco fue conformada, en parte, por extranjeros, entre otros, los señores Guillermo Hernández Cartaya y Francisco Fernández Laurrari, igualmente formaba parte de la Junta Directiva el doctor Jaime Mosquera Castro, quien fue sancionado por la Superintendencia Bancaria. Del desarrollo de estas negociaciones financieras surge la disolución del Grupo Unibank que fue intervenido por el Gobierno de Panamá y con acreencias de algunas instituciones bancarias estadounidenses.

"2. El doctor Julio Arboleda Valencia, quien ejercía las funciones de Presidente del Banco, fue sustituido en su orden por los doctores J. Aurelio Iragorri Hormaza y Carlos Zambrano Ulloa, mientras se rehabilitaba de la sanción de la Superintendencia Bancaria al doctor Jaime Mosquera Castro, quién ocuparía la Presidencia del Banco hasta mediados de 1982.

"3. Desde la fecha en que adquirimos nuestras acciones mis poderdantes y yo, confiamos en la honestidad y rectitud del Banco

del Estado y más en la vigilancia que sobre éste impartía la Superintendencia Bancaria, depositando por ello nuestros ingresos en esta entidad para comprar sus acciones.

"4. Semestralmente presentaban a los accionistas los Estados de Balance General y pérdidas y ganancias debidamente certificados por Contador Público.

"5. De conformidad con las Leyes: 45 de 1923, 57 de 1931, es función de la Superintendencia Bancaria vigilar las siguientes entidades: Banco de la República, establecimientos bancarios y de créditos, compañías de seguros, sociedades de capitalización y demás entidades sobre las cuales la ley le atribuye un control permanente.

"6. Debido al inefectivo control estatal sobre las entidades financieras se fueron presentando las llamadas 'prácticas inseguras' de que habla la ley, ejecutadas por el Presidente del Banco y sobre las cuales el periodista doctor Daniel Samper Pizano, por intermedio de la Unidad Investigativa del periódico 'El Tiempo' de Bogotá denunció ante la opinión pública. Estos hechos obligaron al Gobierno nacional a decretar el Estado de Emergencia Económica y a nacionalizar el Banco del Estado, de acuerdo al artículo 122 de la Constitución Nacional incontrovertible y hasta saludable medida.

"7. En el mes de octubre de 1982, teníamos cada uno de los accionistas, distintas cantidades de dineros representadas en títulos valores, con la mejor buena fe, ateniéndonos al efectivo control estatal sobre esta clase de instituciones financieras".

Disposiciones violadas

Concepto de la violación:

Bajo estos rubros, el procurador judicial de los demandantes hace las siguientes valoraciones jurídicas y fácticas, orientadas a sustentar su perspectiva jurídica:

"La falta de vigilancia de la Nación colombiana que por medio de la Superintendencia Bancaria debió impartir al Banco del Estado viola las siguientes disposiciones constitucionales y legales: Constitución Nacional: Artículos 16, 17, 18, 19, 23, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 38, 41, 42, 45, 46 y 53. Leyes: 45 de 1923, 57 de 1931, 32 de 1979. Decretos 444 de 1967, 125 de 1976 artículo 1º literal a).

"De todos es entendido y por razones de orden constitucional, que el manejo de los aspectos monetarios y financieros, están sujetos a controles específicos por parte del Estado. Son actividades que no pueden escapar a la vigilancia de éste por ser tan delicadas las funciones que cumplen las entidades crediticias y financieras, que en cualquier momento, al carecer de la efectiva

inspección estatal pueden crear el pánico y dar origen no solamente a las crisis económicas sino también a las crisis sociopolíticas de incalculables consecuencias institucionales.

"Es evidente que en todos los países se ha creado universalmente la concepción que el Estado traslada ciertas facultades propias a los particulares, en calidad de garante y es por ello que ha rodeado la labor bancaria de estrictas medidas de control que en teoría aseguran un buen manejo de esta profesión. Pero en la práctica factores humanos influyen sobre esta, la desvirtuan y demuestra la ineficacia gubernamental para cumplir y hacer cumplir las leyes como lo enseña nuestra Constitución.

"El doctor Guillermo A. Benavides M. en importante estudio publicado en el Tomo XLVII de la Revista Derecho Colombiano número 253 dice: *'Este servicio público,* que es bien distinto de otros servicios como el del transporte, es un servicio público originario, precisamente porque expresa un atributo del Estado, y se ejerce a través de *concesiones* temporales, que, por definición, terminan al vencimiento del plazo otorgado de quienes la reciben, o antes, si se violan las regulaciones de tal concesión...' y más adelante expresa: '...en consecuencia, traslada la autoridad que ostenta el Estado a través de la Administración, *para que en su nombre preste el servicio público* que originariamente corresponde a aquel como expresión de soberanía'.

"Y continúa: '...pero el otorgamiento de la concesión no significa que a partir del instante en el cual el concesionario adquiere el compromiso de la prestación del servicio se opere «un desligamiento» entre el Estado concedente y el concesionario del servicio, frente a los usuarios. Por el contrario, y en el caso de la actividad bancaria por lo menos desde la vigencia de la Ley 45 de 1923 y para la protección del público, *existe una competencia especialísima* de la Superintendencia Bancaria que se traduce en *la capacidad y la obligación* de imponer determinadas conductas a quienes desarrollen tales gestiones, como no ocurre en casi ninguna otra clase de concesiones' (El subrayado en su totalidad es mío).

"El Estado ha sido creado para cumplir unos fines determinados, el logro de estos fines constituye la principal función estatal, para poder desarrollarlos han sido creados determinados poderes que conllevan a cumplir con los objetivos de servicio al hombre y a la sociedad, en otras palabras redunda en el logro del bien común.

"La responsabilidad del Estado es la obligación que nace para él de indemnizar los perjuicios causados a los ciudadanos o a la sociedad cuando quiera que incumple total o parcialmente o cumple defectuosamente con los deberes fundamentales que han sido consagrados en la Constitución y las leyes; especialmente el artículo 16 de la Carta Fundamental reza: 'Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares'.

"Esta obligación constituye sin lugar a dudas, el fundamento o razón de ser de la totalidad de las actividades que realiza el Estado justifica su existencia, así como de las autoridades que lo conforman y de los poderes y medios de que dispone y también explica la obediencia y respeto que a las autoridades deben todos los asociados.

"Las obligaciones del Estado se cumplen a través de la creación y organización de medios de prevención, protección y defensa y de organismos encargados de prestar y regular los servicios encaminados a satisfacer las necesidades de los ciudadanos, artículo 32 de la Constitución Nacional.

"Fue así, como para asegurar el cabal cumplimiento de las obligaciones bancarias fue dictada la Ley 45 de 1923, reformada por la Ley 57 de 1931 y son las que establecen las reglas de juego económico, financiero y administrativo de la actividad bancaria en general.

"El artículo 1º de la Ley 57 de 1931 que modificó el 19 de la Ley 45 de 1923, dispone: 'Créase dependiente del Gobierno una Sección Bancaria encargada de la ejecución de las leyes que se relacionan con los Bancos comerciales, hipotecarios, el Banco de la República y de todos los demás establecimientos bancarios que hagan negocios en Colombia el Jefe de dicha Oficina se llamará Superintendente Bancario será colombiano y tendrá la supervigilancia de todos los establecimientos bancarios y ejercerá todas aquellas obligaciones que se le confieren e impongan por la ley'.

"Se trata pues, de una norma específica por medio de la cual se establece la vigilancia de las entidades bancarias.

"Más adelante el Decreto legislativo 125 de 1976 en su artículo 1º dice: 'La Superintendencia Bancaria es un organismo adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y le corresponde ejercer en los términos de la Ley 45 de 1923 y disposiciones complementarias, las siguientes funciones: a) La inspección y vigilancia sobre el Banco de la República, establecimientos bancarios y de crédito, compañías de seguros, sociedades de capitalización y demás entidades sobre las cuales le atribuye la ley un control permanente...'

"En el presente caso no puede afirmarse que la Superintendencia cumplió con su obligación de vigilar al Banco del Estado, sino que más bien se observa una falta de control, una omisión por parte de ella, cuando permitió que ocurrieran hechos como los que obligaron a la determinación de nacionalizar el Banco del Estado.

"No se discute, ni por mis poderdantes ni por el suscrito, este hecho —el de la nacionalización— porque más bien fue una medida correctiva para evitar males peores a la comunidad. La culpa indiscutible de los desórdenes ocurridos en el Banco del Estado recaen necesariamente sobre la Superintendencia Bancaria, que siendo la entidad encargada por la ley de vigilar y prevenir cualquier irregularidad en la banca no lo hizo.

"La Ley 45 de 1923 es una norma que además de otorgar al Superintendente facultades de inspección y vigilancia legal y administrativa, le otorga poderes discrecionales que sólo son aplicables en la necesidad de vigilar, e intervenir en actividades de suma importancia para la opinión nacional.

"Ejemplo de estos poderes discrecionales son los conferidos en el artículo 27 de la ley mencionada, según el cual el Superintendente Bancario puede sin necesidad de dar explicación alguna rehusar o aprobar el funcionamiento de cualquier establecimiento bancario o crediticio.

"De lo anterior se explica que las facultades del Superintendente son amplias y especiales y que conllevan a la buena organización y funcionamiento del servicio bancario en nuestro país.

"En virtud de la naturaleza de las funciones del Superintendente Bancario, la ley lo obliga a visitar por lo menos una (1) vez al año y sin previo aviso a todos los establecimientos de esta naturaleza sometidos a su vigilancia, así lo consagró el artículo 39 de la referida Ley 45 de 1923 sustituido por el artículo 4º de la Ley 57 de 1931. Es por esto, tan cierto, que el Superintendente puede exigir a las entidades vigiladas informes según lo establece el artículo 41 de la Ley bancaria de 1923; las aperturas de sucursales tiene que ser previamente aprobadas por él —artículo 46—; *puede expedir órdenes que suspendan las prácticas inseguras aunque sean en desarrollo de disposiciones legales que en abstracto las permitan —artículo 47—;* puede sancionar a cualquier establecimiento o cualquier empleado que incumpla la ley, el reglamento o sus órdenes —artículo 48—.

"Es de todos conocido que la Superintendencia calló, no se sabe si intencionalmente, las ostensibles violaciones a las normas legales y reglamentarias cometidas por los funcionarios del Banco del Estado y fue así, como éstos, deliberadamente iniciaron operaciones, no sólo en el interior del país, sino en el exterior, que llevaron al caos a la institución de la cual éramos accionistas.

"Al respecto ha dicho el honorable Consejo de Estado: 'Los establecimientos bancarios, como todas las personas morales, deben desarrollar sus actividades dentro del marco de la ley y de sus propios estatutos, ya sea en lo que respecta a la existencia interinstitucional o en lo que atañe a las relaciones con terceras personas en el comercio jurídico'.

"Y en lo que hace a los bancos, el artículo 120 ordinal 5 de la Constitución le atribuye al Presidente de la República la tarea de inspeccionarlos y vigilarlos, no sólo para tutelar derechos de los accionistas, que es interés de suyo respetable, sino para mantener su correcto funcionamiento como depositario del dinero de las gentes y como instituciones de crédito que otorgan préstamos y descuentos, labores todas ellas de especial importancia para la economía del país y cuya dirección u orientación por las agencias gubernamentales es tendencia generalizada en el mundo contemporáneo.

"En desarrollo de este precepto constitucional, el Presidente de la República ha delegado en el Superintendente Bancario, y como es natural, el poder de fiscalización permanente de los negocios y actividades de los bancos, sea a través de la exigencia de informes, de la presentación de estados financieros, de otros documentos o mediante visitas practicadas por los funcionarios de la Superintendencia a las oficinas del establecimiento bancario. Comprende esta delegación también la potestad del Superintendente para ordenarle a los bancos la suspensión de actividades o prácticas que considere ilegales o inseguras y el deber disciplinario de sancionar con multas al establecimiento y a sus directores o gerentes que llegue inclusive hasta la posibilidad de tomar posesión de los negocios de un banco para proceder a su liquidación.

"Si, como queda visto, los bancos han de obrar dentro de los límites fijados por la ley y por sus mismos estatutos y al Superintendente corresponde ejercer la inspección y vigilancia de las actividades de tales establecimientos. La conclusión de que a dicho funcionario compete decidir por sí mismo dentro del ámbito administrativo, claro está sobre la legalidad y el acomodo a las provisiones estatutarias de los actos de dirección, administración o representación de una entidad bancaria emanadas de sus organismos institucionales y que, en el caso de encontrarlos ilegales o contrarios al estatuto, puede exigir que sean suspendidos, sin que ello implique extralimitación en el ejercicio de la autoridad pública ni quebranto de la garantía constitucional de que todo proceso o actuación deben cumplirse cabalmente las ritualidades preestablecidas que por su misma índole le son propias.

"La actividad bancaria sea estatal o privada es un servicio público y como tal debe ser realizado con sujeción a normas específicas y bajo la estricta vigilancia de la Superintendencia Bancaria, como ente especializado, ya se ha dicho que en el caso del Banco del Estado, la Superintendencia Bancaria no vigiló su funcionamiento, tanto es así que durante varios años se presentaron prácticas inseguras, que sólo vinieron a ser corregidas cuando ya era inminente el daño.

"En este caso se dan los tres elementos configurativos de la falla o falta del servicio a saber:

"1. Una omisión imputable a un ente público, omisión que se traduce en la falta de vigilancia de la Superintendencia Bancaria sobre el Banco del Estado, que dio pié a que se presentaran irregularidades en la mencionada entidad bancaria, que a la postre ocasionaron la nacionalización de éste.

"2. El daño es muy claro, mis poderdantes y el suscrito perdimos nuestras acciones y con ellas nuestro capital.

"3. La relación de causalidad entre lo primero y lo segundo resulta francamente obvia.

"Para ilustrar a la Sala, no sobra citar las palabras del señor Procurador doctor Carlos Jiménez Gómez, cuando se refiere a

las investigaciones del Banco Popular '...pero el proceso se agrava cuando el (sic) desbordamiento de la codicia de los particulares se suma la inercia de los organismos de control del Estado. Fue así como el pueblo colombiano, de campesinos todos más o menos recién llegados, ingenuos por eso hasta la indefección, cayó en manos de quienes confundieron el ahorro de los demás con su peculio personal. Las ruinas de las miles de familias colombianas despojadas por esta nube de aprovechadores está inscrita en este panorama de novela social, en la que los unos confiaron a la manera de aldeana y los otros abusaron al modo cosmopolita, succionando sin piedad para malgastar y repartir sin escrúpulo entre sus válidos...' (El Espectador del día lunes 7 de noviembre de 1983)".

II

Conducta del apoderado de la parte actora:

Por auto calendado el día diecisiete (17) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987), notificado a las partes el veintitrés (23) del mismo mes y año, se ordenó correr traslado a éstas para que alegaran de conclusión. El procurador judicial de los actores dejó pasar el término sin hacerlo. Sólo el día veintinueve (29) de julio de 1987, llegó al despacho del Consejero conductor del proceso el escrito que obra a folios 196 y siguientes del cuaderno número uno, el cual, por ser extemporáneo, no se considera ni valora dentro de esta providencia.

III

Alegato presentado por el apoderado del centro de imputación jurídica demandado:

Obra a folios 122 y siguientes del cuaderno número uno. En el referido escrito se destaca:

"La demanda solicita que se condene al Estado colombiano a responder por los perjuicios ocasionados a los actores, con la nacionalización del Banco del Estado y la pérdida del valor comercial de las acciones que en esa institución crediticia tenían depositadas (declaración primera de la demanda). Actuación administrativa que el actor consideró una falla en el servicio tal como lo manifiesta en la declaración segunda de la demanda. Además, en los hechos tercero y séptimo de la demanda, el actor manifiesta que desde que adquirieron las acciones, lo hicieron confiados en la vigilancia que sobre el Banco del Estado impartía la Superintendencia Bancaria y que dichas acciones las conservaban atenidos al efectivo control estatal sobre esa clase de instituciones financieras.

"Dentro del proceso está demostrado que los actores son accionistas del Banco del Estado y está acreditado el número de acciones que cada uno posee. El artículo 422 del Código de Comercio, aplicable a los bancos por ser sociedades anónimas, da

a los accionistas o copropietarios de una sociedad,-el derecho de inspección sobre los libros y papeles de la sociedad, a fin de que en la Asamblea General de Accionistas decidan sobre los diferentes aspectos de la Administración, como lo son la elección de la Junta Directiva, aprobación de balances, de repartición de utilidades, etc. Como accionista del banco, los administradores de éste están bajo su control, ya que por muy minoritario que sea el accionista (y no es el caso de la mayoría de los actores dentro de este proceso), siempre tienen las acciones legales para buscar que los negocios de su empresa se enderecen, además, de que como accionista está obligado a conocer la situación financiera de la institución de que es condueño.

"Muy ilustrativo al respecto resulta la lectura de los interrogatorios de parte a los demandantes, en donde prácticamente sin ninguna excepción los actores ignoran el número de acciones que poseen, no asistieron a las reuniones de la Asamblea General de Accionistas, y si lo hicieron, ninguno de ellos manifiesta haber revisado los libros, ni estudiado el respectivo balance. Para ellos, la confianza en el control de la Superintendencia Bancaria los liberaba de obrar con la más mínima diligencia y cuidado en relación con su condición de condueños del Banco del Estado.

"Punto de excepcional importancia que aparece probado con las propias declaraciones de los actores, consiste en el hecho de que por lo menos los actores Carlos Hormaza Barragán, Jaime Velasco Muñoz, Gerardo Bonilla Fernández y Alfredo González Mosquera *fueron directivos del Banco del Estado, en el período en el cual según su propio apoderado se efectuaron las denominadas 'prácticas inseguras' (hecho sexto de la demanda), que llevaron a la nacionalización del BANCO.* Qué contradicción, y qué absurda demanda: Los actores, condueños del Banco y en muchos casos directivos del mismo, en la época en que se originaron los hechos que llevaron a la nacionalización del Banco, es decir, los responsables del manejo del mismo, ya que o eran directivos o los directivos eran sus agentes sobre los cuales tienen vigilancia, demandan al Estado porque éste último no vigiló, es decir, lo demandan porque la Administración no llevó a cabo la conducta que él, como accionista o como directivo, estaba obligado a llevar. Qué confusión tan grande será acaso que los actores consideran que se estructura la falla en el servicio en el hecho de que el Estado no los vigiló como accionistas para que ejercieran sus derechos legales es sólo los administradores del Banco, sus representantes? Los demandantes, en su calidad de accionistas, son responsables directos de la actividad del Banco del Estado, y la acción de los administradores, ejecutada por ellos (hecho sexto de la demanda), es su propia culpa. Qué osadía la de fincar esta demanda contra el Estado en la propia culpa del actor. Sobre este aspecto merece mención especial el interrogatorio de parte del demandante Gerardo Bonilla Fernández, quien manifestó que en muchas ocasiones y en diferentes periódicos, entre los años en que se originó la crisis, a saber, entre 1975 y 1982, fue miembro de la Junta Directiva del Banco del Estado, e incluso Presidente de la misma, en el último período que transcurrió en el año de

1982, en el cual se nacionalizó el Banco del Estado, y quien manifiesta textualmente 'sin que pudiera decir que la Junta Directiva hiciera un estudio pormenorizado y confrontado con los libros y operaciones, pues tal estudio le correspondía a la revisoría, además de que la Junta Directiva se reunía generalmente una vez por mes, estuviera en condiciones de examinar con detenimiento las operaciones del Banco los cuales conocía la Junta sucintamente por los informes que le rendían'.

"El Banco del Estado fue nacionalizado con fundamento en un Decreto denominado de 'emergencia económica', número 2920 de 8 de octubre de 1982. El motivo particular de este Decreto fue solucionar la crisis en el sector financiero, por causas tales como la pérdida de liquidez y la imposibilidad de atender las cuentas de los ahorradores. El artículo 4º del Decreto define: 'Para los efectos del presente Decreto, se entiende por nacionalización la actuación del Gobierno por medio de la cual asume la Administración de una institución financiera, en uso de sus facultades de intervención y adquiero la posibilidad de participar en su capital en condiciones especiales, *evitando que los responsables de prácticas ilegales o inseguros se beneficien de su APOYO* (El subrayado es mío).

" 'El Decreto 2920 de 1982 fue declarado ajustado a la Constitución por sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 2 de diciembre de 1982. Este Decreto que tiene fuerza de Ley no nacionaliza directamente ninguna empresa financiera, sino que autoriza al Presidente de la República para que lo haga mediante «resolución ejecutiva» cuando se creen circunstancias de desconfianza en el sistema financiero, o perjuicios a terceros, o se hayan violado prohibiciones, o cuando las condiciones de iliquidez alcancen un grado extremo. Como lo acaba de reseñar, el artículo 4º del Decreto 2920 de 1982, señala expresamente que se debe evitar que los responsables de prácticas ilegales, o inseguras se beneficien del apoyo estatal, como es el caso en que se encuentran los actores de este proceso. Por medio de la Resolución ejecutiva número 203 de 9 de octubre de 1982, se nacionalizó el Banco del Estado. En las notas editoriales de la Revista del Banco de la República, correspondiente al mes de octubre de 1982, el entonces Gerente de dicho Banco, Hugo Palacios Mejía, fue muy explícito en cuanto a las causas que condujeron a la crisis financiera que estalló en 1982 y en cuanto al origen de la emergencia económica de octubre de ese año. Igualmente, es de mucha utilidad el señalamiento de los propósitos del estatuto financiero contenido en el Decreto 2920 que son profesionalización de la actividad financiera Código de la conducta de los administradores de instituciones financieras, régimen de la nacionalización y obligación de democratizar las instituciones financieras. Allí también se descarta la idea de que la nacionalización podría servir para valorizar el patrimonio de los antiguos accionistas; por el contrario, se afirma que lo que se pretende es la garantía de terceros de buena fe, para evitar que una institución se liquide siguiendo un proceso

lento y dispendioso: Equivale, pues, a un seguro universal de créditos y depósitos que otorga la Nación a una institución financiera'.

"Continuando el tema, el artículo 2º del Decreto 2920 de 1982, dice: 'Cuando una institución financiera mostrare pérdida de la liquidez en condiciones extremas, en que hayan resultado insuficiente los créditos extraordinarios del Banco Emisor, *y aunque ello puede no atribuirse a operaciones ilegales, inseguras o contrarias a la buena fe de sus administradores*, deberá ser objeto de alguna de las medidas establecidas en el artículo siguiente' (El subrayado es mío).

"Y el artículo 3º siguiente, dice: 'c) En casos extremos la nacionalización.

" 'Por su parte, la Resolución ejecutiva número 203 de 1982, dice: «Considerando: Que las condiciones registradas en la estructura financiera del Banco del Estado, en los últimos días, lo han llevado a situaciones extremas de iliquidez prevista en el artículo 2º del Decreto legislativo 2920 de 1982; que por razón de las circunstancias descritas en el considerando anterior, y a pesar del apoyo financiero mediante recursos extraordinarios del Banco Emisor, se han agotado los mecanismos idóneos para asegurar la recuperación del Banco del Estado, dentro de las disposiciones monetarias y crediticios de carácter ordinario». Que a pesar de las circunstancias descritas en los considerandos anteriores, no son atribuibles a operaciones ilegales, inseguras o contraria a la buena fe de sus actuales administradores, sino contribuyen factores que han impedido la operación normal de los instrumentos crediticios para lograr la recuperación del Banco...resuelve: Artículo 1º Decrétase la nacionalización del Banco del Estado, en los términos y condiciones previstos por el Decreto legislativo 2920 de 1982'.

"Con el fin de mostrar que el Banco del Estado fue nacionalizado, por encontrarse en situación de extrema liquidez, como se afirma en la Resolución ejecutiva de nacionalización, me remito a la prueba solicitada por mi contraparte, que obra a folios 51 y siguientes del expediente y que corresponde a la contestación hecha por el doctor Luis Prieto Ocampo, en ese entonces, Presidente del Banco del Estado, al Oficio número 1309 de 16 de julio de 1984. De él extractaré algunas elocuentes cifras: De acuerdo con el balance ajustado al 8 de octubre de 1982, *'se muestra que el comportamiento de las captaciones a través de cuentas corrientes, depósitos de ahorro y certificados de depósito a término. La disminución del más del 50% de los depósitos fue el factor determinante para colocar al Banco del Estado, en una peligrosa situación de desencaje'*. El total de las captaciones pasó de 16.924.2 millones, en junio 30 de 1982, a $ 8.370.2 millones a octubre 8 de 1982. A continuación se demuestra (página 57 del expediente), 'que el retiro de los depósitos y el alto desencaje se fue subsanando con otras fuentes alternativas tales como créditos interbancarios y créditos extraordinarios del Banco de la República. El total de esos créditos era de $ 512 millones a 30 de junio

de 1982 y de $ 5.890 millones a 8 de octubre del mismo año. A partir de 9 de octubre de 1982, el Gobierno nacionaliza el Banco del Estado, y para tal efecto aporta la suma de $ 5.173.660 millones'.

"Tal como se señala en la página 58 siguiente, 'el retiro de más de 3.000 millones en julio, para llegar a más de $ 8.380 millones, hubiera ocasionado desencajes acumulados mensuales que hubiera llegado a $ 185.034.3 millones para el mes de noviembre de 1982. Lo anterior no ocurrió gracias a la oportunidad de los créditos extraordinarios del Banco de la República y al porte efectuado por el Gobierno nacional al momento de la nacionalización. En consecuencia, el desencaje para el mes de noviembre de 1982 fue de solo $ 451.1 millones'.

"La total insuficiencia de las reservas legales y estatutarias para contrarrestar las provisiones de las obligaciones contabilizadas; la provisión de deudas de dudoso recaudo, la baja operación efectuada para el segundo semestre de 1982 y el costo financiero de los créditos interbancarios y extraordinarios del Banco de la República, trajeron como consecuencia altas pérdidas, que ascendieron el 8 de octubre de 1982, a $ 5.922.6 millones. En consecuencia, el valor de los pasivos del Banco superó a sus activos, razón por la cual y de conformidad con el artículo 12 del Decreto 2920 de 1982, el precio de la acción fue fijado en un centavo.

"Conclusiones preliminares:

"Con fundamento en todo lo anterior, ha quedado demostrado:

"1. Que se llegó a la nacionalización del Banco del Estado, por haber llegado a situaciones de extrema iliquidez.

"2. Que esa situación de iliquidez no es atribuible a operaciones ilegales, inseguras o contrarias a la buena fe, por parte de los administradores del Banco del Estado en la época de la nacionalización. Además, el apoderado de los actores no logró demostrar que se hubieran producido acciones irregulares por parte de los administradores, algunos de los cuales son sus propios poderdantes, y en consecuencia, tampoco pudo demostrar que esas 'prácticas inseguras' hayan llevado al Banco del Estado a su nacionalización.

"3. Que el Decreto 2920 de 1982 y la Resolución ejecutiva número 203 de 1982, por medio de la cual se dipuso la nacionalización del Banco del Estado, se encuentran ajustadas a la Constitución, según fallo de la Corte Suprema de Justicia.

"4. Que los actores, condueños y directivos del Banco del Estado, son responsables del manejo del mismo y deben asumir los riesgos que se derivan de desarrollar una determinada actividad económica.

"5. Los actores no demostraron que se hubiera producido un inefectivo control estatal al Banco del Estado, por parte de la Superintendencia Bancaria. Por el contrario, en el expediente obra que su actuación fue en todo momento legal, ceñida en todos y cada una de sus pasos a la ley, habiendo utilizado las facultades discrecionales que posee la Superintendencia para estos eventos, adoptándose las medidas que a juicio de la misma era prudente tomar, por lo que no se presentó la falla en el servicio público de vigilancia en que el actor funda su demanda.

"6. Se demostró finalmente, que la nacionalización del Banco del Estado permitió que dicha entidad en vez de tener que haber sido intervenida, y liquidada en momentos en que sus pasivos superaban ampliamente a sus activos, lo que hubiera conllevado a una pérdida de la mayor parte de los dineros depositados por los ahorradores y cuentacorrientistas del Banco, hubiera podido, en cambio, haber evitado que los cuentacorrientistas y ahorradores ellos sí víctimas inocentes de la situación planteada perdieran sus dineros. Lo que si es inadmisible, es pretender que el Estado además del inmenso esfuerzo económico hecho para salvar al Banco, a sus ahorradores y cuentacorrientistas tuviera, además, que pagarle a los accionistas, condueños y administradores de un banco en estado de iliquidez o insolvencia, el valor comercial de dichas acciones. El artículo 12 del Decreto 2920 de 1982, indica claramente cual es el procedimiento para señalar el precio al cual podrá la Nación adquirir las acciones que poseen los particulares en las entidadaes que se nacionalicen.

"Queda determinada de esta manera al tenor de las pruebas aportadas cual fue la razón de la nacionalización del Banco del Estado. Este alegato se referirá a continuación, a la acción incoada por el actor para demostrar la ineptitud sustancial de la demanda. Analizará enseguida los tres presupuestos de la falla del servicio que son el incumplimiento de una obligación o cometido estatal o falta, el perjuicio en cabeza del actor y la relación de causalidad entre los dos primeros, demostrando cómo no se configuró, ni el daño, ni tampoco un hecho constitutivo de falla en el servicio.

"El actor funda la demanda en la violación de las normas constitucionales que tradicionalmente el Consejo de Estado ha citado como fuente de la responsabilidad por la falla en el servicio público, a saber, la Ley 45 de 1923, creadora de la Superintendencia Bancaria, la cual debe consagrar las acciones administrativas que omitió esta entidad.

"I *Ineptitud de la demanda.*

"A) Ineptitud por cuanto la *causa petendi* es contradictoria, lo que impide deducir la responsabilidad estatal solicitada.

"La jurisprudencia del Consejo de Estado, en sentencia de 23 de octubre de 1976 de la Sección Tercera cuyo ponente fue el doctor Jorge Valencia Arango, dijo refiriéndose a la lógica de la *causa petendi* como requisito indispensable para la prosperidad de la pretensión: 'Como la pretensión no puede prosperar sino

en la medida en que resulta conforme con la causa para pedir, obvio es que si ésta contiene proposiciones contrarias incompatibles entre sí, la conclusión resulta imposible'.

"Pues bien, la demanda es inepta porque la *causa petendi* es contradictoria, ya que afirma simultáneamente que el perjuicio le fue irrogado por el acto administrativo de la nacionalización del Banco del Estado, ya que en él la declaración primera de la demanda, se manifiesta textualmente:

"Primero. 'La Nación colombiana es administrativamente responsable de los perjuicios ocasionados a mis poderdantes y a mí, *con la nacionalización del Banco del Estado* y la pérdida del valor comercial de las acciones que en esa institución crediticia teníamos depositadas' (el subrayado es mío), y por un hecho administrativo o falla en el servicio por omisión, ya que en el hecho sexto de la demanda, manifiesta textualmente: 'Debido al inefectivo control estatal sobre las entidades financieras se fueron presentando las llamadas «prácticas inseguras» de que habla la ley, ejecutadas por el Presidente del Banco...' 'Estos hechos obligaron al Gobierno a decretar el estado de emergencia económica y a nacionalizar el Banco del Estado, de acuerdo al artículo 122 de la Constitución Nacional. *Incontrovertible y hasta saludable medida*' (El subrayado es mío). Más adelante, dentro del concepto de la violación, página 20, del expediente el apoderado de los actores concreta aún más su posición al afirmar textualmente: 'En el presente caso no puede afirmarse que la Superintendencia Bancaria cumplió con su obligación de vigilancia al Banco del Estado, *sino que más bien se observó una falta de control, una omisión por parte de ella,* cuando permitió que ocurrieran hechos como los que obligaron a la determinación de nacionalizar el Banco del Estado'.

"No se discute, ni por mis poderdantes, ni por el suscrito, este hecho el de la nacionalización, porque más bien fue una medida correctiva para evitar males peores a la comunidad. 'La culpa indiscutible de los desórdenes ocurridos en el *Banco del Estado* recaen necesariamente sobre la Superintendencia Bancaria, que siendo la entidad encargada por la ley de vigilar y prevenir cualquier irregularidad en la banca no lo hizo' (el subrayado es mío). Como claramente se ha puesto de presente, estas dos causas se excluyen y anulan entre sí, puesto que una actuación administrativa no puede ser al mismo tiempo, acto y hecho; o hay voluntad de causar efectos o no las hay, y no es dable predicar al mismo tiempo actividad e inactividad de la Administración.

"No se trata simplemente de un error de técnica que pueda subsanarse mediante la interpretación de la demanda el fallador. En el fondo la cuestión es que, para el propio actor no es claro que fue lo que ocasionó su hipotético perjuicio y por eso la demanda parte de dos suposiciones contrarias: Si me causó el perjuicio por el acto administrativo de la nacionalización del Banco del Estado, y se causó igualmente por la falta de control y vigilancia por parte de la Superintendencia Bancaria.

"No es viable, pues, que el Consejo de Estado pueda entrar a decidir entre estas dos suposiciones cual es la que mejor se acomoda a las pretensiones, puesto que no estaría interpretando la demanda sino reemplazando al propio demandante al definir cuál de las hipótesis contrarias pudo ser la causa del perjuicio.

"Esta contradicción implica entonces que es imposible deducir responsabilidad del Estado, pues no se sabe cuál fue *la causa* del perjuicio alegado. Si un acto o hecho, y si con el simple planteamiento de la demanda no es dado determinar la causa de la petición, mal puede haber fallo en el fondo y así debe declararlo el Consejo de Estado.

"B) Subsidiariamente, en caso de no ser aceptado el planteamiento anterior, propongo ineptitud sustancial de la demanda por cuanto se ejerció una acción indebida.

"La acción incoada por el actor es la indemnizatoria del artículo 68 de la Ley 167 de 1941, hoy denominada de reparación directa y cumplimiento, consagrada en el artículo 86 del Decreto-ley 01 de 1984, Código de lo Contencioso Administrativo vigente, la cual está encaminada a buscar el restablecimiento de un derecho violado por la actividad del Estado cuando ésta constituya un hecho administrativo, es decir, cuando directamente la actividad de la Administración produce efectos jurídicos, como un daño, siempre y cuando 'la voluntad no actúe como el elemento principal y determinante del suceso' (Consejo de Estado, sentencia 14 de junio de 1961, *Anales*, Tomo LXII, pág. 153), o en los términos del nuevo Código de lo Contencioso Administrativo, hay hecho administrativo en los acontecimientos y las omisiones capaces de producir efectos jurídicos y 'en cuya realización no influyen de modo directo o inmediato la voluntad o la inteliencia' de la Administración (art. 83).

"La acción incoada busca el restablecimiento del derecho del actor por un hecho, no obstante lo cual el demandante manifiesta que el Estado colombiano es responsable administrativamente por los perjuicios que le causó la nacionalización del Banco del Estado, la cual fue dispuesta por la Resolución ejecutiva número 203 de 1982, es decir, *la causa* de la petición es un acto administrativo perfectamente individualizado, por lo cual la acción incoada no es procedente, pues debió ejercitar la de restablecimiento del derecho, antes de plena jurisdicción, en cuanto (repito), se ha demandado un acto administrativo concreto.

"Es por tanto, clara la excepción de ineptitud de la demanda, y solicito que sea así declarada por el honorable Consejo de Estado.

"II. *La posible falla en el servicio público.*

"En caso de que el fallador interprete la demanda en el sentido de que ésta reclama una indemnización por falla en el servicio público, analizaremos a continuación los tres elementos de la responsabilidad, estudiando en primer lugar, el daño para concluir que éste es inexistente; en segundo lugar, el hecho o

hechos ilegales constitutivos de la falta y, por último, la relación de causalidad entre éstos. Alteramos el orden lógico de los elementos por motivos estrictamente procesales, que se justifican con la mera lectura del alegato.

"A) El daño.

"Los demandantes hacen consistir su daño en la pérdida del valor comercial de las acciones que tenían en el Banco del Estado y las cuales estimaron en más de $ 100.000.000.00 moneda corriente.

"Sin embargo, dentro del proceso no se demostró que la pérdida del valor comercial de las acciones hubiera obedecido a la nacionalización del Banco del Estado, ya que cuando ello ocurrió, la sociedad se encontraba ilíquida o insolvente, ya que como se demostró en otro acápite de este alegato, la suma de los pasivos superaba ampliamente a los activos, por lo que la diferencia entre ambos, o sea el capital, era negativa. Además, las acciones son partes alícuotas del capital social y en consecuencia, en ese momento su valor intrínseco era cero. No obstante, lo anterior, en cumplimiento de lo preceptuado por el Decreto 2990 de 1982, en su artículo 12, literal c), a las acciones del Banco del Estado se les fijó un precio de un centavo por unidad. Además, como bien lo señala el doctor Jorge Vélez García en la revista de Derecho Económico correspondiente a julio-diciembre de 1982, 'un carácter distintivo es que en el propio decreto se considera la nacionalización como un apoyo del cual se evitará que se beneficien los responsables'. Además, la sentencia que declaró exequible el Decreto 2920 de 1982, mantuvo vigente el derecho de los accionistas particulares de las entidades nacionalizadas a percibir dividendos. Finalmente, si entendemos porque no es claro el demandante al respecto, que la pérdida del valor comercial de las acciones se debió a la supuesta falta de vigilancia de la Superintendencia Bancaria, en el Banco del Estado, de tal manera que hubiera evitado las llamadas 'prácticas inseguras' que según el actor condujeron a la nacionalización del Banco, ha debido en consecuencia, demostrar en primer término, que se efectuaron operaciones irregulares y se llevaron a cabo prácticas inseguras. Sobre este punto, las propias pruebas pedidas por el demandante demuestran, como ya lo reseñé anteriormente, que fue el retiro masivo de depósitos lo que colocó al Banco en una peligrosa situación de desencaje, que no llevó a la pérdida de los dineros depositados por los cuentacorrientistas y ahorradores, gracias a la oportunidad de los créditos extraordinarios del Banco Emisor y al aporte efectuado por el Gobierno nacional al momento de la nacionalización del Banco, fuera de que no se demostraron las prácticas inseguras, y en segundo término, ha debido demostrar la falta en el servicio, que pasaremos a analizar en seguida:

"B) La falla en el servicio.

"Los hechos 3º, 5º, 6º y 7º de la demanda buscan estructurar la falla en el servicio público como una omisión administrativa

consistente en que las funciones policivas asignadas a la Superintendencia Bancaria se realizaron de manera deficiente y tardía, y con incumplimiento de su labor de inspección y vigilancia.

"Son dos, entonces los hechos que se consideran como generadores de la responsabilidad, el 'silencio' de las autoridades frente al público y los accionistas, y el incumplimiento de sus funciones por falta de actuación en momentos en que la ley los obligaba a actuar.

"La responsabilidad del Estado, aún en los casos del daño especial y en la indemnización por trabajos públicos, está basada en que las autoridades han expedido un acto o producido un hecho con violación de la ley. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado: 'De acuerdo con esta doctrina, la responsabilidad patrimonial del Estado por sus actos y operaciones administrativas se aprecia en razón de dos factores: La ilegalidad y el daño'. (Sentencia de 14 de junio de 1981. *Anales* LXII, pág. 154. Ponente doctor Carlos C. Arrieta). En otros términos, no puede haber falta en el servicio si la actuación u omisión en que se basa la petición de indemnización no es contraria a derecho.

"Aplicando este principio a la responsabilidad por falta o falla en el servicio, vemos que una omisión administrativa da lugar a responsabilidad al reunir estos requisitos, que son un hecho administrativo, que ese hecho sea ilegal porque había obligación de realizar el acto omitido y que cause directamente los perjuicios.

"Sobre estos supuestos lógicos ha dicho el Consejo de Estado en sentencia de 16 de julio de 1980: 'A 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' (C. J. Tomo LX, número 2033, pág. 57).

"'...con razón escribió Charles Radseau (sic) en su Teoría General de la Responsabilidad en Derecho Administrativo'. 'Reconocer que el servicio público, al no funcionar puede cometer una falta, *equivale a decir que está obligado a obrar*, y que por tanto debe reparar pecuniariamente las consecuencias de su inacción'. 'Como es obvio para que esa posibilidad de configuración de la falta de servicio se convierta en real, es indispensable la existencia de la obligación de actuar...'

"En el caso que nos ocupa, las circunstancias expuestas por el actor no reúnen estas condiciones como pasaremos a demostrar.

"En primer término, el demandante hace consistir la falta del servicio en el no aviso al público y los accionistas por parte de la Superintendencia Bancaria o alguna otra entidad del Gobierno nacional de que el Banco del Estado, se encontraba en estado de iliquidez y se presentaban prácticas inseguras.

"Habiendo demostrado que no se probó que existieran prácticas inseguras y revisando las funciones de la Superintendencia

Bancaria no encontramos que esté obligada a avisar al público o a los accionistas sobre las 'irregularidades' que cometan las entidades bajo su inspección y vigilancia, y en todo caso, el demandante, debió advertir al menos la norma legal o reglamentaria, o el principio general de derecho que consagra este deber. Por sentido común podemos deducir que un simple aviso al público o a los accionistas por parte de la Superintendencia Bancaria de que tal o cual establecimiento violó una ley, por muy leve que sea la transgresión, tendría como consecuencia el retiro masivo de depósitos y la necesaria liquidación de la entidad financiera. La regla de oro en materia del control a los bancos es la de la prudencia, que campea a lo largo de la Ley 45 de 1923 y sus complementarias. No hay que olvidar la experiencia del Banco López en materia de discreción y confianza en el sector bancario.

"En segundo término, el actor hace consistir la falla en el servicio en la teoría y deficiente utilización por parte de la Superintendencia Bancaria de sus funciones policivas.

"La demanda acepta que la Superintendencia había actuado, pero de manera deficiente y tardía. Debió entonces el demandante demostrar que hubo un momento de inactividad administrativa en el cual se produjeron los perjuicios señalados, inactividad que debe consistir en un hecho, y ser ilegal. Es decir, debió demostrar que las autoridades bancarias en un determinado momento debieron producir un cierto acto administrativo, y al no producirlo en ese momento sino más tarde, causaron el daño.

"Probatoriamente el demandante no aportó la prueba del *momento* en que la Superintendencia estaba obligada a tomar la decisión administrativa capaz de evitar su perjuicio. Tampoco citó la norma o reglamento que consagra esta obligación en cabeza de las autoridades bancarias. Por no haberlo hecho, la demanda no pasa de ser la afirmación de un crtierio subjetivo del demandante que carece de la objetividad necesaria para fundar la responsabilidad estatal.

"Lo mismo sucede con el calificativo de 'deficiente' dado a la actuación de la Superintendencia Bancaria, pues el demandante no acreditó cuál era la actuación eficiente y cumplidora de la ley. Al no precisar esta causación de ilegalidad, es una suposición irrelevante para el derecho.

"Afirma también el demandante que la Superintendencia Bancaria no cumplió con sus funciones de inspección y vigilancia, a lo que puede responderse con el argumento expresado en los párrafos anteriores que tiene sustento en la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado.

"No obstante, analizaremos a continuación los pasos y circunstancias de la actuación administrativa cumplida por este organismo, para demostrar que sí actúo, que tomó las decisiones administrativas que consideró prudente adoptar, que éstos se ajustaron en todo a la ley y que además fue todo lo que la previsión humana aconsejó como suficiente.

"Las autoridades bancarias tenían que actuar y lo hicieron, produciendo en cada caso los actos administrativos, comunicaciones y órdenes que la situación aconsejaba, todos los cuales se encontraban ajustados a derecho. Basta repasar el artículo 47 de la Ley 45 de 1923, que regula las funciones del Superintendente Bancario cuando un establecimiento de crédito viola la ley. Todos ellos tendientes a imponer sanciones, dar órdenes e instrucciones para enderezar los negocios de la entidad. El uso de estas facultades es en algunos casos, previa a la determinación de tomar la posesión de una institución de crédito (numerales 4º, 5º y 6º, art. 43 de la Ley 45 de 1923), y en las otras es una de las opciones que tiene el Superintendente al mismo tiempo que la intervención del artículo 48, y como caso extremo señalado en el artículo 3º del Decreto 2920 de 1982, la nacionalización.

"De lo expuesto podemos deducir, lo siguiente:

"Ante la crisis planteada, la Superintendencia adoptó las medidas que la prudencia y el momento le aconsejaban. Tales determinaciones son jurídicamente actos administrativos, no sólo formalmente sino porque implican voluntad administrativa de causar efecto jurídico, cual era el de buscar la recuperación del Banco del Estado para el bien de todos. No se aprecia una inactividad u omisión administrativa que pudiera calificarse de una falla en el servicio por incumplimiento de sus funciones, constitutiva de un hecho administrativo por omisión.

"Por lo tanto, si en vez de omisión hubo actuación, cuando se argumentaban hechos administrativos, encontramos voluntad pública, y en lugar de ilegalidad nos tropezamos con el cumplimiento de la ley, no puede prosperar esta acción. Más aún, si lo que generó el supuesto daño fue la decisión ilegal de la Administración ésta debe demostrarse mediante un proceso en que se incoe la acción de restablecimiento del derecho la que es viable para estos casos, pero no es dado obtener el restablecimiento de un supuesto derecho violado por un acto mediante la acción de reparación directa o indemnizatoria por falla en el servicio público. Nos preguntamos entonces, cómo hay falla en el servicio por actos administrativos válidos? Es viable estructurar una acción de reparación directa frente a un conjunto de actos legales?

"C) La relación de causalidad.

"Habiendo demostrado que no hubo falla en el servicio por cuanto la Superintendencia Bancaria cumplió con sus obligaciones legales expidiéndoles actos y órdenes necesarios tendientes a controlar al Banco del Estado que venía siendo vigilado por ésta, y habiendo demostrado que el perjuicio reclamado es supuesto e incierto, es imposible hablar de relación de causalidad entre los extremos de la responsabilidad extracontractual del Estado.

"Consideramos que la sentencia debe ser entonces absolutoria en todo sentido, y por todas las causas, y así declararla el honorable Consejo de Estado.

"III. *La responsabilidad bancaria en derecho colombiano.*

"Queremos hacer un último comentario a lo expresado por el actor en los hechos 3º y 7º de la demanda, al decir que, confiado en la Superintendencia Bancaria y en el sistema financiero consagrado en la Ley 45 de 1923, adquirieron sus acciones en el Banco del Estado, dando a entender que la razón por la cual eran accionistas del Banco fue la Superintendencia y el sistema financiero de la Ley 45 de 1923.

"De acuerdo con esta declaración, es bueno traer a colación el inciso tercero, del artículo 5º de la Ley 57 de 1931, que sustituyó el artículo 45 de la Ley 43 de 1923, citada por el actor que dice: 'Todo Director o Gerente de un establecimiento bancario que viole a sabiendas, o permita que se violen las disposiciones legales, *será personalmente responsable de las pérdidas que cualquier individuo o Corporación sufra por razón de tales infracciones, sin perjuicio de las demás sanciones que señale la ley*' (Subrayo).

"El inciso transcrito nos permite extraer las siguientes conclusiones: La ley prevé que pese el control y vigilancia estatal es *posible* que un banco llegue a generar perjuicios, la ley consagra entonces una doble responsabilidad la del Banco de devolver los depósitos y la *personal* de los administradores por los perjuicios causados, y la ley consagra entonces una obligación de medio no de resultado en las funciones de la Superintendencia Bancaria.

"El sistema político colombiano es sin lugar a dudas un estado liberal con libertad de empresa y de industria privada dentro del cual cada ciudadano puede elegir en dónde invertir, si en bienes raíces, industria o sector financiero. Cada una de estas actividades tiene su propio riesgo, siendo la función del Estado la de *procurar* que todos los individuos cumplan la ley. Esa obligación está consagrada en el artículo 16 de nuestra Constitución Política, el cual según ha dicho el Consejo de Estado: 'Si bien el artículo 16 de la Constitución Política, primero del Título III sobre derechos civiles y garantías sociales, previene que «las autoridades de la República están instituidas para proteger las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes...», de allí no puede concebirse que el Estado asuma una obligación de resultado, de seguridad, pues en tales circunstancias estaría obligado a responder por todos los males, muertes violentas ocurridas en el país, por todas las calumnias e injurias y, por todos los hurtos, robos y depredaciones. No, ese no es ni puede ser el alcance de la aducida norma. Es, por el contrario, la «meta» que se propone el Estado colombiano al organizar como República y como Estado de Derecho. Es una obligación de medio, un compromiso de poner todos los instrumentos a su alcance para la debida protección de tales bienes tangibles e intangibles...' (Sentencia de 24 de febrero de 1983. Ponente Jorge Valencia Arango. Expediente número 3331).

"Por lo tanto, si pese al cumplimiento de esa obligación de medio por el Estado, los particulares sufren perjuicios, esta es una consecuencia del hecho de vivir en sociedad, dentro de la

cual las instituciones velan pero no son el seguro general de todo lo que sucede en ella. Sino aceptamos esta tesis de que la obligación de las autoridades es la de hacer lo posible porque los ciudadanos cumplan la ley y sostenemos la responsabilidad directa del Estado por todos los daños que ocurren pese a su actividad, tendríamos que llegar a una de dos conclusiones a todas luces absurda; o, que políticamente vivimos en un Estado totalitario donde todo le pertenece a éste por lo que responde por todo, o que el Estado responde indirectamente, subsidiariamente, y en última instancia, cuando los particulares incumplen la ley. Sobre este último punto, y por vía de ejemplo transcribimos esta cita del Consejo de Estado: 'Las características de la responsabilidad por falla del servicio son las de ser una responsabilidad primaria no subsidiaria, es decir, que recae en el ente administrativo en primer lugar, y la de ser objetivo «hay falla cada vez que hay violación de la ley, del espíritu de servicio» (la responsabilidad en el derecho administrativo, Charles Roseeau (sic), págs. 72 y ss.)'.

"Es tan clara y reiterada la jurisprudencia, que por ello causa asombro la afirmación hecha por el apoderado de los actores, en el concepto de la violación, página 18 del expediente, en donde dice textualmente: 'Es evidente que en todos los países se ha creado universalmente la concepción de que el Estado traslada ciertas facultades propias a los particulares, *en calidad de garante*, y es por ello que ha rodeado la labor bancaria de estrictas, medidas de control...'

"Pero en caso presente podemos sacar las siguientes conclusiones: La Superintendencia Bancaria, con la permanente actuación administrativa, con el conjunto de decisiones que obran en el expediente, cumplió con la obligación legal de medio que le correspondía de controlar, vigilar y buscar la recuperación del Banco del Estado, para lo cual llegó a utilizar muchos de los 120 visitadores de que disponía para el sistema bancario; que según la ley, cumplida esta obligación son los administradores del Banco entre quienes se encuentran varios de los actores, quiénes deben responder por los posibles perjuicios causados y, que los particulares dentro de nuestro sistema social tienen que asumir como una carga justa sin que se rompa el equilibrio o la igualdad de éstos ante la ley, los riesgos de la vida en comunidad donde el Estado no puede ponerle un policía a cada ciudadano. Por esta razón, no puede argumentarse tampoco la existencia de una daño especial.

"Sentencia de 17 de julio de 1986, del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado ponente: Doctor Jorge Valencia Arango, Referencia: 4246, Actor: Raquel Bossa de Pallares.

"Para mayor ilustración de los honorables Consejeros adjunto me permito acompañarles fotocopia de la sentencia atrás señalada, en 45 hojas la cual constituye hasta ahora el único fallo que se ha proferido en relación con las entidades financieras intervenidas

por la Superintendencia Bancaria durante la crisis de algunos de dichas entidades en el año de 1982, mediante la cual el honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, falló por unanimidad en favor de la Nación —Superintendencia Bancaria—, y resolvió las cuestiones de derecho allí debatidas, que en buena parte son las mismas planteadas en el caso que nos ocupa.

"Por todo lo anteriormente expuesto, ruego al honorable Consejo de Estado, se sirva negar todas las súplicas de la demanda".

IV

Vista Fiscal:

La Fiscal Segunda de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, en su concepto de fondo, visible a folios 191 y siguientes del cuaderno número 1, bajo el rubro *"consideraciones"*, precisa:

"Para la prosperidad de las acciones indemnizatorias tendientes a que se declare la responsabilidad del Estado se ha exigido por la jurisprudencia se demuestren los siguientes elementos axiológicos:

"a) Una falla o falta del servicio a cargo de la Administración;

"b) Un daño cierto y determinado;

"c) Una relación de causalidad entre la falla o falta del servicio y el daño ocasionado.

"La parte actora del proceso señala como falla del servicio, la deficiente vigilancia y control a cargo de la Superintendencia Bancaria en el servicio que prestaba el Banco del Estado, lo que dejó como consecuencia el incumplimiento de sus obligaciones financieras obligando de esta manera a la entidad fiscalizadora a expedir la Resolución número 5387 de 24 de septiembre de 1982 mediante la cual se resolvió tomar posesión de los negocios y haberes del Banco del Estado; y la número 0203 de octubre 9 de 1982 por la cual se dispuso la nacionalización del Banco del Estado.

"Analizado el material probatorio que obra en el expediente se pone en evidencia la actuación de la Superintendencia Bancaria durante el proceso de desequilibrio financiero que culminó con la toma de posesión de los negocios y haberes del Banco del Estado, y la Administración de sus gestiones por parte de la entidad fiscalizadora y finalmente la nacionalización del Banco.

"En el expediente se encuentran copias de las diferentes visitas practicadas por funcionarios de la Superintendencia en las cuales se pone de manifiesto las protuberantes irregularidades cometidas por las directivas y empleados del Banco el año 1979, tales como la concesión de créditos a los mismos empleados del Banco para ser reinvertidos en acciones de la entidad bancaria, otorgamiento de créditos sin la autorización de la Junta Directiva, transferencia de dólares utilizando fondos adquiridos como avan-

ces de bancos corresponsales que no fueron debidamente contabilizados por no existir las contrapartidas en los activos del Banco, continuas situaciones de desencaje, desobedecimiento a las observaciones y órdenes impartidas por la Superintendencia Bancaria y muchas otras irregularidades ante las cuales la mencionada entidad encargada de la vigilancia y control aplicó las sanciones correspondientes consistentes en multas y comunicaciones conminatorias al incumplimiento de las normas que rigen el sistema bancario del país.

"Se desprende de lo anterior que la entidad fiscalizadora cumplió con las funciones de su competencia, practicando visitas, señalando las irregularidades encontradas en ellas, planteando posibles soluciones, exigiendo el cumplimiento a las normas y aplicando las sanciones que le estaban autorizadas por la ley.

"Debe destacarse el hecho que la Superintendencia Bancaria no coadministra las diferentes entidades mercantiles privadas, las cuales son entes autónomos que se dedican a cumplir con sus objetivos comerciales. Las funciones de la entidad estatal se limitan a vigilar y controlar estas actividades y la forma de hacerlo es precisamente detectando las irregularidades y aplicando las sanciones pertinentes y autorizadas por la ley, hasta la máxima sanción establecida cual es la de toma de posesión de los bienes para ser administrados por la misma Superintendencia, lo cual se cumplió en el presente caso.

"Al analizar las causas que ocasionaron la nacionalización del Banco del Estado, puede concluirse que éstos obedecieron a la conducta torticera y delictuosa de sus directivas, tanto es así que cuando el Presidente del Banco fue removido de su cargo, el Banco entró en situación anormal de iliquidez en razón de la pérdida de confianza por parte del público, lo que condujo al retiro de cuantiosos depósitos, razón por la cual no puede afirmarse que la causa del desequilibrio financiero fuera el deficiente servicio de la Superintendencia por cuanto la conducta delictuosa que se observó en el presente caso, corresponde al ámbito de la actividad personal ante lo cual no puede intervenir actividad desarrollada por la Superintendencia Bancaria.

"De lo anterior se concluye que en el caso analizado no se demostró la falla del servicio por omisión, retardo, irregularidad, o ausencia del servicio por parte de la entidad demandada y en cuanto al perjuicio señalado por el actor consistente en la pérdida del valor comercial de las acciones que se tenían depositadas, se encuentra que efectivamente el artículo 6º de la Resolución número 203 de octubre 9 de 1982 expedida por la Presidencia de la República y por la cual se ordenó la nacionalización del Banco del Estado, dispuso que el precio de las acciones de propiedad de las personas naturales o jurídicas particulares, será igual al de su valor intrínseco según lo determinado en los balances aprobados por la Superintendencia Bancaria previo avalúo comercial de activos y pasivos.

"Si bien es cierto que las acciones sufrieron una desvalorización, también lo es que la causa que dio lugar a ello está radicada

en las irregularidades ya anotadas que condujeron a una situación de completa iliquidez provocada por el inadecuado, ineficiente y hasta delictuoso manejo de las operaciones por parte de las Directivas del Banco, lo cual como ya se dijo no puede relacionarse con la falla del servicio señalada a la entidad demandada; en consecuencia no existe una relación de causalidad entre la falla o falta del servicio y el daño alegado por el actor.

"Por lo expuesto se concluye que en el caso en estudio no se demostraron los elementos axiológicos exigidos por la jurisprudencia para declarar la responsabilidad de la Administración —Superintendencia Bancaria—. En consecuencia, esta agencia del Ministerio Público solicita a la honorable Sala, negar las súplicas de la demanda".

V

Consideraciones de la Sala:

A) Solicita la parte demandante, en el punto primero del *"petitum"*, que se declare que: "La Nación colombiana es administrativamente responsable de los perjuicios causados...con la nacionalización del Banco del Estado y la pérdida del valor comercial de las acciones que en esa institución crediticia..." tenía.

De la prosperidad de la anterior pretensión se hacen depender luego las que se enlistan en los puntos segundo, tercero y cuarto del mismo, las cuales se orientan a que se ordene el pago *"por concepto de indemnización, por falla en el servicio"*, y *"...del daño emergente y del lucro cesante,* causados por la pérdida del valor comercial de las acciones" (punto tercero).

La demanda así formulada es inepta, por las siguientes razones:

Primera: Porque si los perjuicios se hacen derivar de la nacionalización de la citada entidad crediticia, se imponía demandar el alcance y efectos jurídicos de la Resolución ejecutiva número 0203 de nueve (9) de octubre de mil novecientos ochenta y dos (1982) que en sus artículos 1º, 3º y 6º dispuso:

"Artículo 1º Decrétase la nacionalización del Banco del Estado en los términos y condiciones previstos por el Decreto legislativo 2920 de 1982.

"Artículo 3º Auméntase de pleno derecho el capital del Banco del Estado en cuantía igual al crédito de que trata el artículo anterior; la Nación suscribe ese aporte, que ha sido íntegramente pagado. *'El valor nominal de sus acciones será el mismo que figure en sus estatutos'.*

"Artículo 6º Las acciones que posean personas naturales o jurídicas distintas de la Nación y de las entidades descentralizadas del orden nacional en el Banco del Estado, no tendrán, en adelante, derecho a voto ni a dividendos; y, *para todos los efectos, su precio será igual al de su valor intrínseco, según balance que apruebe la Superinten-*

dencia Bancaria, previo avalúo comercial de activos y pasivos. La Nación podrá adquirir estas acciones en los términos del artículo 12 del Decreto legislativo 2920 de 1982" (Subrayas de la Sala).

Segunda: Porque sí los perjuicios se hacen derivar, ya no de la nacionalización del Banco del Estado, sino del *"inefectivo control estatal sobre las entidades financieras..."*, como se precisa en el punto sexto de *la causa petendi*, se ha debido armonizar esta parte de la demanda con el *"petitum"*, pues resulta imposible para el sentenciador manejar vivencias de contradicción como las que se han dejado destacadas. Esta realidad se relieva aún más cuando bajo el *"concepto de violación"*, el procurador judicial de las personas demandantes anota: *"No se discute, ni por mis poderdantes ni por el suscrito este hecho —el de la nacionalización— porque más bien fue una medida correctiva para evitar males peores a la comunidad.* La culpa indiscutible de los desórdenes ocurridos en el Banco del Estado recaen necesariamente sobre la Superintendencia Bancaria, que siendo la entidad encargada por la ley de vigilar y prevenir cualquier irregularidad en la banca no lo hizo" (cuaderno número 1, fl. 20).

Tercera: Porque dentro del marco de confusión jurídico-conceptual que se deja descrito, es imposible para el sentenciador hacer congruente el fallo, como lo manda el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil que a la letra reza: *"Congruencia.* La sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

"No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o *por objeto distinto del pretendido en la demanda...*" En estrecha concordancia con la anterior filosofía jurídica, el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo precisa que: "Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al Tribunal competente y contendrá:

"1º La designación de las partes y sus representantes.

"2º Lo que se demanda.

"3º Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción.

"4º Los fundamentos de derecho de las pretensiones...

"5º La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer.

"6º La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia".

La normatividad jurídica anterior recoge, sin lugar a dudas, aspectos fundamentales del llamado principio dispositivo, entre los cuales se destacan los siguientes: a) La actividad jurisdiccional se encuentra limitada por la demanda inicial. Sin demanda de parte —enseña Chiovenda— el Juez no sólo tiene obligación, sino que tampoco tiene facultad de iniciar un procedimiento; b) Corresponde a las partes la determinación del objeto del proceso, esto es, precisar la amplitud de la tutela jurídica, de tal manera que el Juez no puede, so pena de

incurrir en el vicio de incongruencia, apartarse de las peticiones de los litigantes, ni otorgar nada que no haya sido pedido; c) Las partes tienen el poder de aportar los elementos de hecho y los medios de prueba destinados a formar la sentencia. Por ello el sentenciador no puede introducir en el proceso nuevos hechos no alegados por las partes. La mutación de la causa de pedir en otra distinta conduce a que alguno o todos los contendientes queden sin posibilidad de alegar y practicar pruebas sobre los problemas no planteados, con la consiguiente indefensión.

Cuando el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo exige que en la demanda se precise: *"Lo que se demanda"* y también *"los hechos u omisiones que sirven de fundamento a la acción"*, está demandando claridad y precisión en tales aspectos. La claridad excluye un súplico oscuro o ininteligible, y la precisión exige concretar lo pedido en sus circunstancias de cantidad, calidad, valor, etc.

Cuarta: La falta de armonía entre *la causa petendi* y el *petítum*, es consecuencia lógica del vacío existente en el apoderado de la parte actora respecto de la acción que debía instaurar, pues si los perjuicios nacieron de la nacionalización del Banco del Estado, ha debido demandar el Decreto legislativo número 2920 de 1982, que fue el que la ordenó (art. 67, Ley 167 de 1941) y si se hacen surgir de la *falla del servicio*, como se indica en el punto segundo del *petítum*, se ha debido ejercitar la acción contemplada en el artículo 68 de la misma normatividad. En todo caso, le estaba vedado al demandante presentar al mismo tiempo las dos, como ocurrió en el *sub lite*. Sobre la materia el doctor Gabriel Rojas Arbeláez, en su obra "El Espíritu del Derecho Administrativo". Editorial Temis, 1985, enseña:

> "Cuando un acto viola una disposición, afectando derechos, se puede pedir su anulación y el consiguiente restablecimiento del derecho, o sea la indemnización de los perjuicios que haya recibido la persona afectada. Pero, como los hechos no se anulan, cuando se trata de un mero hecho no cabe aquí la primera solicitud que pueda hacerse respecto de los actos violadores de leyes y que vulneran derechos individuales. No se puede pedir la anulación; pero sí se puede pedir directamente la reparación de los daños. Esta acción, es decir, la encaminada a la reparación de los perjuicios recibidos con ocasión de un hecho administrativo, está consagrada en el artículo 68 del Código de lo Contencioso Administrativo y de ella se hace uso en abundancia, porque es muy frecuente el quebrantamiento del derecho, ocasionado por hecho de la Administración.
>
> "Con fundamento en esta citada disposición, en cuanto a la acción y al procedimiento se refiere, se demanda al Estado para deducir responsabilidad".

El Consejo de Estado sobre la materia ha tenido jurisprudencia firme. Así en sentencia de 23 de julio de 1970 dijo:

> "...impone el examinar si la pretensión indemnizatoria está vinculada a un acto administrativo, a un hecho o a una operación de esta clase. No es dable a quien acude a los Tribunales trocar ni calificar *ad libitum* las especies jurídicas, como no es potestativo

de quien administra justicia prescindir de los ordenamientos procesales, ni pretender desvirtuar, interpretando aquellos que son lo suficientemente explícitos..."

También en auto de 31 de enero de 1978, expediente número 2370, Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, se destacó:

"1º En términos generales la responsabilidad del Estado puede resultar comprometida, o bien por sus actos administrativos ilegales o por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho.

"2º Esa posibilidad puede hacerse efectiva ante la jurisdicción administrativa, ya mediante la acción de plena jurisdicción, ya por la de reparación directa..."

"3º Lo precedente no quiere decir que el administrado ante un evento que estime lesivo para sus intereses pueda hacer uso indistinta o caprichosamente de una u otra acción. Si el perjuicio que alega se deriva de un acto administrativo, la acción a seguir será la de plena jurisdicción, cuyos lineamientos generales están trazados en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo (se refiere a la Ley 167 de 1941) y cuya caducidad no es otra que la determinada en el artículo 83... *En los citados eventos el* petítum *de la demanda tendrá que contener la declaración principal de nulidad del acto administrativo y la consecuencial del restablecimiento pretendido.* En cambio, si el perjuicio no surge de un acto sino de la actividad material de la Administración, de sus hechos o vía de hecho, operaciones u omisiones, la acción no podrá ser sino de reparación directa...En todos estos casos no habrá lugar a pedir nulidad alguna, sino que, como lo dice el artículo 69 *ibídem* (se refiere a la Ley 167 de 1941) 'se demandará directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes' ".

La necesidad de que los hechos que sirven de apoyo a las pretensiones armonicen con éstas son destacadas por procesalistas como el doctor Hernando Morales, quien sobre el particular enseña:

"En los hechos o afirmaciones se contiene básicamente la *causa petendi,* o sea la invocación de una concreta situación de hecho de la que se deriva determinada consecuencia jurídica, por lo cual se compone de dos elementos, esto es los hechos afirmados y las normas jurídicas en que ellos se subsumen. La causa para pedir explica el porqué del *petítum;* la razón de ser de la pretensión generalmente consiste en el hecho violatorio del derecho ejercido o la falta de actuación espontánea por parte del obligado del contenido de la declaración solicitada, ésto es las razones personales o reales, mobiliarias o inmobiliarias sustanciales, o aún procesales que justifiquen aquella 346 *bis.* Sobre los hechos de la pretensión va a girar todo el debate judicial y el diálogo probatorio, como quiera que son los que sirven de fundamento al derecho invocado, y sobre la comprobación de su existencia y de las circunstancias que los informan sobre la que habrá de rodar la controversia. Consecuentemente con esta regla procesal, indispensable para circunscribir el pleito, el artículo 593 de C. J. (hoy 174 y 304), sienta la norma de derecho probatorio de que toda decisión judicial en materia civil se funda en los hechos condu-

centes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparece demostrada de manera plena y completa según la ley" (Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Novena Edición, págs. 318 y 319).

Finalmente no es de recibo que en una demanda, como la que ahora se define, el procurador judicial de la parte actora ejercite al mismo tiempo dos acciones de naturaleza jurídica distinta y que, por lo mismo se repelen. Tampoco se puede pretender que frente a tal realidad el Juez opte por una de ellas, siendo competente para conocer de ambas.

Las razones enlistadas, permiten concluir que la demanda es inepta, y así se dirá en la parte resolutiva de este proveído.

B) No obstante las consideraciones de orden jurídico que se dejan hechas, la Sala desea destacar, para darle fuerza de convicción a la sentencia, que en el caso en comento no era posible ningún esfuerzo orientado a darle entrada al *principio de la eficacia,* consagrado en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo, y que se orienta a evitar decisiones inhibitorias, pues los reparos que se dejan hechos no son de forma sino de fondo. En el *sub lite* no sólo es inarmónico el *petítum,* sino que lo es también la *causa petendi,* confrontada con éste. Si el sentenciador optara por seleccionar una de las acciones viables, correría el riesgo de condenar por lo que no es, dejando la puerta abierta para que en el futuro se condene por lo que sí es. Transitando por este sendero, se hace imposible el manejo de la cosa juzgada, y se crea, de contera, inseguridad jurídica. Pero es más. Aceptando, en gracia de discusión, que mediante un acto administrativo se vulneraron derecho subjetivo (Resolución ejecutiva número 0203 de 1982, que nacionalizó el Banco del Estado); o que por una *falla del servicio* se causó un daño (inefectivo control estatal sobre las entidades financieras, punto 6º de la *causa petendi*), la realidad procesal muestra que el demandante no acreditó *el daño.* Esta sola circunstancia haría imposible una sentencia condenatoria, ora a la luz del artículo 67 de la Ley 167 de 1941, ora dentro de la perspectiva del artículo 68 del mismo estatuto. Dentro del informativo no hay prueba alguna que acredite que a los demandantes se les hubiesen confiscado o expropiado sus acciones. Por lo que hace relación con la nacionalización del Banco del Estado, ella no lo generó pues sólo tiene el alcance que la Corte Suprema de Justicia destacó en su fallo de dos (2) de diciembre de 1982, cuando anotó:

"...puede en consecuencia definirse la nacionalización prevista en el Decreto 2920 como la toma de posesión de una entidad crediticia en estado de falencia, financiada con recursos externos a los del establecimiento intervenido y de origen oficial, para lograr así la supervivencia y evitar la desaparición de la entidad, cuya naturaleza, por razón del aporte estatal, puede pasar del campo de la actividad privada al sector oficial de la economía.

"Se trata por lo tanto de una nueva figura jurídica, autónoma e independiente cuyo contenido y características permiten diferen-

ciarla claramente, tanto de la confiscación como de la expropiación según el alcance de éstas, adecuadamente precisado en la primera parte de esta providencia, en razón de lo cual no encuentra la Corte que pueda predicarse de la misma la inconstitucionalidad alegada por los impugnantes... *Nada sin embargo dentro del contexto del artículo en cuestión, ni de los demás en alguna forma relacionados con él, permiten concluir que el propietario de las acciones se encuentra en la obligación de vender al Estado las acciones correspondientes.* Por el contrario aquellos tienen la opción de hacerlo o no, de acuerdo con los diversos parámetros consagrados en el Decreto para determinar el valor de las acciones. *Se trata por lo tanto de un auténtico negocio jurídico, de un acuerdo realizable entre el Estado y el propietario, todo lo cual impide de manera absoluta que dicha negociación se pueda considerar como expropiación o como confiscación al tenor de lo expresado anteriormente".*

A la realidad anterior debe agregarse que en el *sub lite* quedó demostrado que los demandantes no han vendido sus acciones (cuaderno número 1, fl. 55), con lo cual se quiere significar que el daño no es cierto. La Nación tampoco ha mostrado interés en adjudicarlas, en los términos del artículo 12 del Decreto legislativo número 2920 de 1982.

Por lo que hace relación al precio de las mismas, tampoco aprecia la Sala que se haya acreditado el *daño.* El valor nominal de ellas según el artículo 3º, de la Resolución ejecutiva número 0203 de 9 de octubre de 1982, es el mismo que figure en los estatutos del Banco del Estado; y su precio es igual al de su valor intrínseco, según balance que apruebe la Superintendencia Bancaria, previo avalúo comercial de activos y pasivos. En el momento de proferir el fallo el sentenciador ignora si ésta entidad oficial llevó a cabo esa tarea, pues dentro del informativo no obra prueba alguna orientada a acreditar esa circunstancia particular del caso. Es posible que las acciones de la referida entidad crediticia hayan perdido precio, en un momento dado, pero ésta sola circunstancia no da pié para sostener con seriedad que se ha concretado un daño. La declarante doctora Luz Stella Echeverry de Arboleda afirma que se le expidió un certificado, para efectos de declaración de renta, en el cual se registra que el precio de la acción es de *"cero pesos",* pero es bien comprensible que el mismo no pudo tener efectos sino dentro del marco para el cual fue dado. Finalmente, no puede aceptar la Sala que el daño alegado se hubiese dado simplemente porque las acciones bajaron, en un momento dado en el tiempo físico, pues ese es un fenómeno que se da en la actividad comercial donde tan fácil es que el precio de las acciones se deprima como también que suba. Con esta taquicardia en los precios suele familiarizarse quienes gustan de invertir sus denarios en la bolsa. Que en casos como el presente se impone acreditar en forma clara y precisa el *daño,* es verdad jurídica que la Corte Suprema de Justicia ha reivindicado en múltiples oportunidades, entre ellas en los siguientes fallos:

"Innúmeras veces ha dicho la Corte, repitiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho

patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y en cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración" (Sentencia de noviembre 10 de 1933. Magistrado ponente doctor Hernán Salamanca. Gaceta Judicial. Tomo 58, números 2016-2018, pág. 113).

"Pero esa mera posibilidad conjetural, aún teniéndola por probabilidad, no basta para afirmar en cada caso dado el perjuicio. Este debe demostrarse como un hecho efectivo, *ya que una mera conjetura no basta a fundamentar legalmente una sentencia.* Esa conjetura que, como ya se dijo, viene desde luego a la mente y que es lo que como testigos expresan algunas de las personas prenombradas, no da asidero al decreto de lo demandado, pues no siendo de por sí prueba suficiente de haber sufrido perjuicios el demandante, mal podría sobre esa base condenarse a indemnizarlos" (Sentencia de febrero 12 de 1944. Magistrado ponente doctor Ricardo Hinestroza Daza. Gaceta Judicial, Tomo 57, números 2006 a 2015, pág. 50).

"Por regla general el perjuicio no se presume; de manera que cuando la ley establece la obligación de indemnizarlo, no por ello exonera del deber de comprobarlo a quien pide que se le resarza afirmando haberlos sufrido. Y así sucede, por ejemplo, que partiendo del concepto de que el dinero frutifica de suyo, el derecho a sus intereses nace de la mora en devolverlo; pero, *por lo mismo que no hay aquella presunción de perjuicios, el legislador estimó necesario advertir expresamente en el artículo 1617 del Código Civil que el acreedor no tiene que justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses, porque basta el hecho del retardo. Y análogamente en las obligaciones con cláusula penal, en las que se estima que la pena es reconocimiento y avalúo antelados de los perjuicios, se atiende a que cuando se pacta es para cumplir y, así el artículo 1559 IBIDEM previene que es exigible en todos los casos en que se hubiere estipulado; pero, corroborando lo antedicho sobre que los perjuicios por regla general no se presumen, advierte que esa exigencia es procedente aunque el deudor alegue que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio*" (Sentencia de febrero 13 de 1948. Magistrado ponente doctor Ricardo Hinestroza Daza. Gaceta Judicial. Tomo 63. Números 2053-2059, pág. 670).

C) Para la Sala no es de recibo la tesis de la falla del servicio, en el caso en comento, habida consideración de que el Gobierno nacional, al dictar el Decreto número 2920 de 1982, y la Resolución ejecutiva número 0203 no hizo cosa distinta a evitar el colapso de la banca nacional, y, a través de la última normatividad, del Banco del Estado. Con la nacionalización de la referida entidad crediticia, la autoridad competente busco brindar confianza a terceros y a la ciudadanía en general, para lo cual no ahorró esfuerzo alguno. Esto explica que en el artículo 2º de la Resolución en antes citada se haya dispuesto que la Nación asume de pleno derecho la deuda que tiene el Banco del Estado con el Banco de la República, por el uso de cupos ordinarios y

extraordinarios de crédito. Igualmente, que en el artículo 3º se hubiese dispuesto aumentar de pleno derecho el capital del banco en cuantía igual al crédito de que trata el artículo anterior. El alcance de todas estas medidas se fijó bien en *"notas editoriales"* de la Revista del Banco de la República, Edición de octubre de 1982, donde se lee:

> "El apoyo del Banco de la República a las diversas entidades financieras, y al Banco del Estado principalmente, había significado ya, como anotamos, una cuantiosa emisión monetaria que, por fortuna, no alcanzó a traducirse en exagerado crecimiento de los medios de pago en virtud de fenómenos contraccionistas que operaron en forma simultánea...Así, pues, teniendo en cuenta que los créditos por razones de liquidez ya habían sido concebidos, los efectos monetarios de la nacionalización del Banco del Estado, propiamente dichos, se reducen al préstamo de $ 3.000 millones que se le hizo inmediatamente después de su nacionalización; en el mes en que se hizo esta operación el crecimiento de medios de pago fue 0.4%.
>
> "El impacto presupuestal de la nacionalización del Banco del Estado fue mínimo. En efecto, la deuda que asumió el Gobierno tiene un plazo de veinte años, ocho meses, e intereses del 3% anual. No será, ciertamente, el servicio de este crédito el que pueda poner en aprietos el equilibrio fiscal del país; por los demás, *es razonable esperar que en corto plazo, el Banco del Estado comience a proporcionar utilidades suficientes para que la Nación atienda parte considerable del préstamo (Subrayas de la Sala).*
>
> "Es muy importante recordar, de nuevo, cómo la nacionalización del Banco del Estado no produce beneficio alguno a las personas que crearon la crisis que llevó a su nacionalización. Los únicos beneficiarios de la nacionalización del Banco del Estado son, pues, el sistema financiero, y los miles de ahorradores, depositantes y terceros de buena fe, que estuvieron a punto de correr la misma suerte de los acreedores del Grupo Colombia" (Publicación citada, pág. 18).

D) En la interpretación de la conducta de los demandantes, tarea que casi siempre resulta de más interés que la de la propia ley, la Sala destaca que es inusitado que algunos de los accionistas demandantes, no se hubiesen enterado de las irregularidades surgidas en el Banco del Estado sino cuando el Gobierno nacional tomó las medidas de manejo y control, no obstante que en determinados períodos, en el tiempo físico, actuaron como miembros de la Junta Directiva del Banco del Estado. El declarante señor Carlos Hormaza Barragán afirma que fue "...miembro de la Junta Directiva del Banco del Estado, como suplente efectivo, pues siempre iba a las Juntas, y ello fue en varios períodos, en el lapso comprendido entre 1977 y 1982..." Agrega luego que los directivos se limitaban "...a aprobar créditos de cierta cuantía que ya estaban previamente estudiados, los balances y las garantías que ofrecían para cada crédito...En cuanto a las funciones de vigilancia y control, nunca la ejercí como miembro de la Junta" (cuaderno número 2, fl. 63). En el mismo sentido depone el doctor Gerardo Bonilla Fernández (cuaderno número 2, fl. 87), cuando

testimonia: "...no podía decir en consecuencia, en qué períodos fuí Presidente de la Junta Directiva, pues fueron varios los períodos en que ocupé esa posición. Lo que sí es cierto, que en el último período que transcurrió en el año de 1982, fuí Presidente de la Junta..."

Dentro del mismo marco resulta incomprensible, por decir lo menos, que muchos de los accionistas demandantes no hubiesen revisado los libros ni los balances del Banco llegando hasta ignorar el monto del dividendo que recibían (Gilberto Arboleda Delgado. Cuaderno 2, fl. 74). La valoración de esa conducta permite llegar a la conclusión de que a través de este proceso han querido venir contra sus actos propios olvidando el aforismo o regla del derecho romano según la cual *venire contra factum proprium non valet,* que al ser comentado por el doctor Gabriel Rojas Arbeláez en su obra en antes citada, lo lleva a predicar; "aunque tratándose de apotegmas latinos en el campo del derecho, más enérgico y expresivo que el anterior es aquel otro que dice: *'Nemo auditur propriam turpitu dinem allegans'* y que los manuales de aforismo jurídicos latinos traducen diciendo que 'nadie debe ser oído si alega su propia torpeza'" (Obra citada, págs. 227 y 228).

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:

Inhíbese para decidir en el fondo las pretensiones de la demanda, por ineptitud sustantiva de ésta.

Se condena en costas a la parte actora.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.— FALLA DEL SERVICIO. PERJUICIOS.

Hubo omisión por parte de la Administración porque al abrir un hueco para sembrar árboles en la acera de una de las vías más congestionadas por el público en Bogotá, no se tomaron elementales medidas de precaución que hubieran podido evitar accidentes.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., treinta de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Ramírez Arcila.*

Proyectó Magistrado auxiliar: *Doctor Héctor Alvarez Melo.*

Referencia: Expediente número 4276. Actor: Paulina González Contreras.

Cumplido el trámite procesal correspondiente sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte actora como por el Distrito Especial de Bogotá contra la sentencia proferida el 5 de agosto de 1983 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de la referencia, por la cual se accedió a las súplicas de la demanda.

La sentencia apelada:

Dice así el fallo recurrido en su parte resolutiva:

"1º Declárase no probada la objeción por error grave formulada al dictamen.

"2º Declárase al Distrito Especial de Bogotá responsable del accidente sufrido por la señorita Paulina González Contreras en esta ciudad, el día diecinueve (19) de julio de mil novecientos setenta y seis (1976) a causa del cual padeció heridas y fracturas de su pié derecho al caer en un hueco ubicado en la carrera 7ª entre calles 11 y 12.

"3º Como consecuencia de la anterior declaración se condena *in génere* al Distrito Especial de Bogotá a pagar a la demandante los perjuicios materiales sufridos con ocasión de dicho accidente; los que se liquidarán por el procedimiento indicado en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, conforme a las bases dadas en la parte motiva de esta providencia.

"4º Condénase al Distrito Especial de Bogotá a pagar a la demandante por concepto de perjuicios morales subjetivos la suma equivalente, en moneda nacional a cien (100) gramos de oro" (fls. 219 y 220 del cuaderno 1).

Para llegar a la conclusión anterior el *a quo* acoge en todo el concepto del Fiscal Cuarto del Tribunal, por ese entonces doctor Luis Alberto Medina Bermúdez. Dice así en lo pertinente:

"1º *Hecho constitutivo de la falta o falla.*

"De los documentos aportados con la demanda figuran en el expediente los cuatro primeros folios en que consta la solicitud elevada por la actora al Juzgado 16 Penal Municipal de Bogotá, a efectos de que mediante inspección judicial y con intervención de peritos se verificara el contenido de los puntos 1º a 4º del memorial petitorio, presentado el 2 de julio de 1976 (fl. 1º). Tal diligencia se llevó a cabo en la misma fecha indicada antes sobre el sitio de la carrera 7ª número 11-86 de esta ciudad, en la que los peritos constataron que a 4.70 centímetros de la acera oriental (pared), hacia afuera había un hueco de 1.50 centímetros, de profundidad y 1.46 centímetros de ancho y a 0.50 centímetros de la superficie se apreciaba el corte de cuatro rieles; que las paredes de la cavidad ostentaban 'garfio de concreto y piedra' al igual que los rieles por efectos de corte reciente, y en la parte lateral izquierda (sur a norte) se preciaban algunas manchas de sangre. Aclaran que la excavación tenía forma circular y adolecía de señales que indicaran o advirtieran al público su presencia a efectos de impedir el tránsito por el lugar, lo cual por la ubicación, se convertía en peligro que podía 'traer consigo consecuencias fatales' (fls. 2 fte. y vto.). Los mismos peritos intervinientes en la diligencia anotan que el 'hueco' que aparece en las cuatro fotos en colores (anexas al juicio), corresponde al que fue materia de inspección judicial, fotografías que fueron captadas el día de la diligencia (fl. 3 vto.)" (fls. 207 y 208 del cuaderno 1).

"....."

"De conformidad con el inciso 3º del artículo 300 del Código de Procedimiento Civil, los hechos constatados por los peritos intervinientes en la diligencia de inspección judicial de 21 de julio de 1976 y evacuada por el Juez 16 Penal Municipal, tienen carácter indiciario. No obstante, esas mismas evidencias fueron corroboradas y de ellas dan cuenta los testigos antes referidos en el sentido claro, explícito y circunstanciado como lo hacen, destacando que el 19 de julio de 1976 existía la excavación en el lugar de autos, sin señales que advirtiera peligro a los peatones, razón por la que fácilmente podía ocurrir un accidente como el de autos, más si se tiene en cuenta el sitio en el que el hueco fue abierto (vía peatonal), la congestión de público en las primeras horas de la noche, y las dimensiones y condiciones en que el mismo se encontraba. Entonces, si las mismas personas que acompañaban a la afectada y que le prestaron auxilio en el momento del imprevisto, hacen tales manifestaciones en forma desprevenida, el medio probatorio es atendible y como tal debe aceptarse" (fl. 211, cuaderno 1).

"....."

"En efecto, por las características de los hoyos sería aventurado decir que fue obra de un particular con fines distintos, pero aún así siempre a la Administración le obliga a proteger la vida, honra, bienes e integridad de los ciudadanos, como lo reza la Carta Política, tomando las medidas de prevención para que está facultada. De todas maneras, no hay prueba que se tratara de obra distinta a la ordenada por los estamentos oficiales, sino, por el contrario, que se trataba de una de las cavidades ordenadas para fines de protección ambiental y ornamentación, e identificada como la misma que se dejó ofreciendo peligro a los transeúntes y en que se accidentó la actora, con motivo del ejecutor no haber colocado o hecho colocar indicaciones o señales pertinentes.

"De donde se infiere que el primer elemento —hecho constitutivo de la falla en el servicio— quedó plenamente acreditado en el juicio" (fls. 211 y 212, cuaderno 1).

"2º *Daño o perjuicio ocasionado con el hecho.*

"En cuanto a este supuesto, aparte de los testigos a que nos referimos y que dan cuenta de las lesiones que sufrió la accionante en uno de sus miembros inferiores como consecuencia de la caída, como también la merma de su estado anímico posterior, se trajo al proceso fotocopia auténtica de la Historia Clínica correspondiente a la afectada, anexa la hoja de urgencias, expedida por el Instituto de Seguros Sociales (fls. 66 a 68), en que consta que la demandante fue atendida en la Clínica San Pedro Claver el 19 de julio de 1976 (estaba afiliada al seguro), a las 19:20 horas, por presentar 'fractura abierta expuesta de 1/3 inf. de pierna derecha', por lo cual se envió al traumatólogo, ordenándose cirugía. En la copia de la historia clínica consta que se le dio salida 'por mejoría' el 26 de julio, es decir 8 días después, con orden de usar muletas y visitas a rehabilitación para entrenamiento" (fl. 212, cuaderno 1).

"....."

"Los documentos anteriores no dejan duda en cuanto al daño soportado por la demandante, cuyo aspecto material se tradujo en las lesiones que se dejaron descritas, y fueron consecuencia del accidente ocurrido. Luego, es otro elemento suficientemente acreditado en el proceso".

"3º *Relación de causalidad entre los dos elementos anteriores.*

"Considera la Fiscalía que no merece detenido examen este tercer elemento ya que resulta clara la relación de causalidad entre los puntos primero y segundo. En efecto, quedó establecido que la administración distrital ordenó la apertura de los huecos en el sitio conocido y con los fines ya dichos; que tales cavidades no se les repletó con tierra negra como se dijo y quedaron expuestos con peligro para los peatones sin señales que lo anunciaran, obrando así la administración en forma negligente, lo cual produjo el accidente de la actora con las consecuencias dañosas y perjudiciales comprobadas. Luego, la relación de causalidad entre uno y otro evento es indiscutible, por todo lo cual debe responder el ente oficial demandado.

"*Monto de los perjuicios.*

"....."

"Respecto de los materiales, no encuentra la Fiscalía que en el trámite del juicio se hubieran probado en concreto mediante las peritaciones de rigor, para saber el monto de los mismos. En tales condiciones se solicitará la condena *in género*, de conformidad con lo previsto en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil" (fl. 214, cuaderno 1).

"....."

"En cuanto a los perjuicios morales, los testigos dan cuenta de la limitada conducta social observada por la afectada después del insuceso, lo cual da pauta para aceptarlos como consecuencia lógica en la mayoría de los humanos que sufren percances de cierta magnitud, que muchas veces dejan secuelas fisiológicas de trascendencia. Tradicionalmente se hacen consistir en una reparación o compensación por el daño moral subjetivo que se refleja en la depresión síquica y el consiguiente estado de inferioridad en que se encuentra el afectado por la incapacidad en que queda" (fl. 214, cuaderno 1).

"....."

Antecedentes:

En demanda presentada ante el Tribunal competente Paulina González Contreras, solicita por medio de apoderado que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primera.* Que el Distrito Especial de Bogotá, es civilmente responsable por el accidente sufrido por la señorita Paulina González Contreras, hecho ocurrido en la ciudad de Bogotá el día 19 de julio de 1976, a causa del cual padeció heridas y fracturas de su pierna derecha al caer dentro de un hueco en la carrera séptima, calles 11 y 12, frente al almacén Helo, contiguo a las tiendas Tía y Ley.

"*Segunda.* Que como consecuencia de la declaración de responsabilidad civil de que trata el punto inmediatamente anterior, se condene al Distrito Especial de Bogotá, a resarcir los perjuicios materiales y morales de todo orden, a título de indemnización, sufridos por mi poderdante.

"*Tercera.* El Distrito Especial de Bogotá, dará cumplimiento a la sentencia de la honorable Corporación dentro del término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

"Los hechos fuente de las pretensiones procesales los narra la demanda así:

"1º El Distrito Especial de Bogotá, por conducto de la Secretaría de Obras Públicas, ordenó la siembra de árboles a lo largo de la carrera 7ª, entre calles 11 y 12 y de allí hacia el norte de la ciudad.

"2º Construidos los huecos, los obreros adscritos a la Secretaría de Obras Públicas, omitieron colocar las señales de peligro en esos lugares para que los transeúntes pudieran advertir la existencia de los mismos y evitar así cualquier accidente.

"3º El día 19 de julio de 1976 a eso de las 6:25 p.m. mi mandante transitaba en compañía de otras personas por la carrera séptima en sentido de porte a sur con dirección a la Universidad Libre de Colombia; y entre calles 12 y 11, exactamente frente al inmueble ocupado por los almacenes Helo, cayó a uno de los huecos de lo que hemos venido hablando.

"4º Mi patrocinada, por el accidente sufrió la fractura del pié derecho, además de múltiples contusiones y heridas. La señorita González Contreras de inmediato fue auxiliada por sus compañeras de estudio, Berta Abdelmur, Laura Cuéllar y Aida Carreño, quienes la trasladaron a una clínica, donde le prestaron los primeros auxilios, quedando recluída para su tratamiento de rigor, consistente en radiografías, postura de yeso, ectietera, (sic) habiendo permanecido en dicho establecimiento por un lapso de ocho (8) días.

"5º Posteriormente, la accidentada fue trasladada a su domicilio el día 26 de julio de 1976, donde permaneció en tratamiento e incapacitada varios meses. En el mes de diciembre de 1976, y debido a que no había tenido recuperación total de sus dolencias, el médico especialista, le ordenó realizar ejercicios fisioterapia, tratamiento que cumplió del seis (6) de diciembre del citado año al 11 de febrero del siguiente. La señorita González vino a tener recuperación parcial en el mes de septiembre del presente año, pues a partir de esa fecha apenas pudo dejar de usar las muletas y valerse por sus propios medios para su locomoción y actividades, quedando limitadas éstas, ya que le quedó como secuela dificultad para subir o bajar escaleras, y de los vehículos automotores, lo mismo que para caminar normalmente.

"6º Antes de ocurrir el accidente referido, la señorita González, gozaba de excelente salud.

"7º La demandante para la fecha del accidente era alumna de la Escuela de Jurisprudencia de la Universidad Libre de Colombia; y por causa del aludido accidente, como es lógico, sufrió grandes perjuicios de orden material y moral" (fls. 7 vto. y 8 fte., cuaderno 1).

El recurso:

Como ya se dijo tanto la parte actora como el Distrito Especial de Bogotá apelaron el fallo de primera instancia.

La demandante se encuentra inconforme con la cuantía en que se condenó al pago de perjuicios morales y solicita reconocerlos en el máximo legal y confirmar el fallo en todo lo demás. Dentro de la oportunidad para alegar se expresa así:

"La inconformidad de la parte actora con el pronunciamiento del *a quo* deviene esencialmente en cuanto a que la condena de perjuicios morales que fijó en 100 gramos de oro, no se compadece con el inmenso perjuicio moral sufrido, ya que el hecho material postró al

lecho a la paciente con consecuencias que esa circunstancia trae para su normal desenvolvimiento y actividad, que se traducen en la imposibilidad de proseguir su estudio con el ritmo y buen éxito que traía, junto con el tiempo que le faltaba para culminar los estudios..." (fl. 258, cuaderno 1).

Por su parte el Distrito, a través de su apoderado solicita que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda. Alegó que no se probó la existencia de la falla en la prestación del servicio y, además, hubo culpa de la víctima. Razona así en lo pertinente:

"Sin embargo, y para bien de la Administración, la condiscípula Laura Cuéllar Berbeo señaló el hecho: '...en vista de la cantidad de gente que había,... y como había siempre bastante gente, pues no se vio el hueco que había,...' Esta exposición pone de manifiesto con toda claridad, que los transeúntes de la vía si tenían que alertarse y caminar con precaución. La mucha cantidad de gente, con su presencia, el tener que avanzar con lentitud, la oscuridad del momento, todo ello hace que una persona de sano criterio e instinto de conservación, camine con prudencia y en forma precautelativa.

"Sin embargo, se puede probar la *'culpa de la víctima'* que coadyuvó su caída en el hueco. En efecto, la condiscípula Bertha Susana Abdelmur en su declaración: Renglón 22 folio 55 dijo además:

"...cayó exactamente en el hueco...y que no pudo ser advertido por ninguno de los que íbamos, por estar entretenidos mirando las vitrinas" (fl. 252 del cuaderno 1).

"....."

"Sería explicable una distracción o descuido personales en niños jóvenes inquietos o inadvertidos que van por vías y andenes. Aún se toleraría la distracción e inadvertencia del peligro en jóvenes, quienes, en ocasiones buscan el peligro, pero no en una persona de edad quien debe saber de tantos riesgos que se corren en todas partes. Los años nos brindan lecciones de prevención, experiencia, malicia y desconfianza.

"Los años nos aferran al instinto de conservación.

"De las declaraciones de la señora Laura Cuéllar Berbeo, como de las circunstancias de lugar, modo y tiempo en que ocurrió la caída de la demandante, emerge y se pone de manifiesto *la culpa personal de la víctima*" (fl. 253, cuaderno 1).

"....."

"Pero en el caso bajo estudio, la parte actora *no* probó que el hueco donde ocurrió el accidente hubiera sido cabado por funcionarios del Distrito Especial o por agentes suyos. Simplemente inculpó al Distrito como autor del hueco donde se accidentó.

"Al folio 64 abona una prueba en la que 'se anota que en ningún momento los huecos estuvieron abiertos, ya que fueron rellenados con tierra vegetal (abono) el mismo día de su apertura'.

"Al folio 78 se afirma que la apertura de los huecos tuvo lugar entre el 15 y 20 de junio de 1976 y en el encabezamiento de la sentencia del *a quo*, se habla o menciona, 'el hecho ocurrido en la ciudad de Bogotá el día 19 de julio de 1976'. Surge pues, una contradicción, que el Juez de primera instancia debió despejar" (fl. 255 del cuaderno 1).

Manifiesta también que los testigos son sospechosos al estar influidos por vínculos de estrecha amistad con la demandante y que al fallar se tomó como prueba una inspección judicial anticipada que se practicó sin audiencia de la contraparte por lo cual no "debió tener el pleno valor legal dentro del plenario".

El concepto Fiscal:

La Fiscal Segunda de la Corporación, en su concepto, solicita que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se declare la existencia de responsabilidad compartida entre el Distrito Especial de Bogotá y la demandante.

Dice así la colaboradora Fiscal en lo pertinente:

"De lo anterior quedan en claro dos cosas: En la fecha en que ocurrió el accidente, existían unos huecos en diferentes sitios de la acera de la carrera 7ª que indudablemente ofrecían un eminente peligro para los transeúntes que por allí pasaban. Estas obras fueron ejecutadas por la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá con el propósito de sembrar unos árboles. También se puede deducir, que en la ocurrencia del hecho fue determinante la conducta de la víctima, pues como lo afirma el testimonio antes transcrito, ella venía distraída y no advirtió el peligro que ofrecía el hueco en el andén, hueco que por su extensión era fácil de advertir a cualquier persona que tuviera un mediano cuidado.

"Se presenta en esta forma una responsabilidad compartida por el Distrito Especial de Bogotá y la culpa de la víctima, debiéndose reconocer los perjuicios de manera proporcional.

"Sobre los perjuicios materiales, es de observarse lo siguiente:

"a) En la demanda (fl. 8) se expresa que la señorita Paulina González Contreras para la fecha del accidente era alumna de la Escuela de Jurisprudencia de la Universidad Libre de Colombia;

"b) De conformidad con el extracto de la Historia Clínica de la mencionada (fl. 66), ella se encontraba afiliada al Instituto Colombiano de Seguros Sociales. El doctor José Orbeguzo Carvajalino (fls. 19, 34 y 35) certificó que la señorita Paulina González estuvo en tratamiento desde el 6 de diciembre de 1976 a febrero de 1977 por 'luxofractura expuesta en el (tobillo) cuello del pié derecho por una caída y operada el 19 de julio y enyesada y *luego referida a mi consultorio por los seguros sociales* para tratamiento' (se subraya);

"c) El doctor Diego Soto Jiménez (fl. 197) expresa como perito médico: 'Al examen clínico de esa fecha 16 de diciembre de 1982 la función del cuello del pié derecho, comprometida por una antigua fractura, era prácticamente normal. No obstante se hace imperioso la

radiografía, para el peritazgo definitivo. Ruego, en consecuencia, y con todo respeto, que se constate, entonces, que no obstante la mejor voluntad de mi parte, *el peritazgo no se remite ante la no colaboración de la demandante'* (se subraya). Indicio este en contra de la señorita Paulina González Contreras, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil en este aspecto, que debe entenderse como la no existencia de secuela alguna.

"Se desconocen las razones que hayan existido, en todo caso mientras en la demanda se expresa la condición de estudiante de la víctima, sin embargo por ser empleada del Banco Popular, de conformidad con el extracto de la historia clínica (fl. 68), los costos médicos fueron cubiertos por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales; lo que indica que los supuestos perjuicios materiales consistentes en médico, clínica y tratamientos que recibió la actora ya fueron cubiertos por los seguros.

"Esta Fiscalía se permite solicitar a la honorable Sala se revoque la sentencia apelada, y en su lugar se declare la responsabilidad compartida entre el Distrito Especial de Bogotá y la señorita Paulina González Contreras; se condene al Distrito Especial de Bogotá al pago proporcional de perjuicios morales y se nieguen los perjuicios materiales al no estar demostrados los mismos" (fls. 263 y 264, cuaderno 1).

Consideraciones de la Sala:

Se ha aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que la Administración debe responder por los perjuicios causados a los asociados por las faltas o fallas de los servicios a su cargo, siempre y cuando se presenten la totalidad de los elementos integrantes de este tipo de responsabilidad, que se han señalado reiteradamente por esta Corporación así:

a) Una falla en la prestación del servicio por retardo, irregularidad, ineficacia, omisión o ausencia del mismo;

b) Un daño que configure lesión o perturbación de un bien jurídicamente tutelado; y

c) Un nexo causal entre la falla o falta de prestación del servicio, a que la Administración está obligada, y el daño.

Se debe establecer si en este caso se dan en su totalidad los mencionados elementos. Para demostrarlos se allegaron al plenario los siguientes medios de prueba:

1. Diligencia extraproceso de inspección judicial con intervención de peritos en la cual se verifica la existencia y características del hueco ubicado en acera oriental de la carrera séptima con calle 11, en el cual cayó la demandante causándose las lesiones que dieron origen a este proceso. Efectivamente, el Juez y los peritos constatan la existencia de dicho hueco, sus dimensiones y demás especificaciones, señalando que, por otra parte, no existen señales que indicaran el peligro y que alertaran a los peatones. Se adjuntaron fotografías selladas para el Juez y de las cuales los peritos afirman que corresponde al objeto de la inspección y dictamen.

Esta prueba se practicó anticipadamente y sin citación de la parte contra la cual se aducen el día 21 de julio de 1976 (fls. 1 a 4, cuaderno 1).

2. Se recibieron testimonios relacionados con la ocurrencia y circunstancias del accidente que sufrió la actora, los testigos narran los siguientes hechos en lo concerniente:

Laura Cuéllar Berbeo. Preguntada sobre lo acontecido el 19 de julio de 1976, en relación con la demandante dice: "...Ese día salíamos con Paulina de la Universidad cogimos la ruta de la séptima, más o menos al llegar a la dirección anotada, en vista de la cantidad de gente que había, *Paulina cayó a un hueco que haía* (sic)" "...Veníamos charlando, y como había siempre *bastante gente pues no se vio el hueco que había de forma redonda para sembrar árboles y fuera de eso estaba muy oscuro, ella cayó empezando porque no había señal alguna que indicara peligro y éste estaba en el andén por donde necesariamente hay que transitar...*" "...Sí el pié le quedó colgando y hubo mucho derramamiento de sangre y supe que fue hospitalizada posteriormente porque la estuve visitando en el hospital y fue sometida a largo tratamiento durante varios meses". "...tiene dificultad porque la pierna le quedó bastante delgada...y tiene que usar calzado especial..." (fl. 53, cuaderno 1).

Bertha Susana Abdelmur Pulido de Palma: "...ese día teníamos un examen en la Universidad Libre y este examen no fue practicado..." "...en vista de esto, resolvimos dirigirnos a darle un vistazo a las vitrinas por la carrera 7ª entre calles 11 y 12 y por la acera oriental en sentido sur norte". "*...élla cayó exactamente en el hueco que estaba frente al almacén Helo y que no pudo ser advertido por ninguno de los que íbamos por estar entretenidos mirando las vitrinas y además como íbamos en grupo ocupábamos casi la totalidad de la acera y efectivamente el hueco estaba situado en la acera oriental de la carrera 7ª y estaba oscuro y no tenía ninguna señal*". "*...al oír el grito de Paulina todos corrimos a ver qué le había pasado* y lo que ella gritaba era que por favor con cuidado con su pié...al sacarla del hueco vimos que éste se le desgonzaba totalmente y de él salía un gran torrente de sangre". "...yo personalmente la llevé a la Clínica San Pedro Claver a urgencias y fue sometida largo tratamiento..." (fl. 55).

Aida María Corredor de Carreño. "...ese día salimos de la Universidad y bajamos por la calle 12 los tres compañeros Paulina, Laura y Bertha, por la carrera 7ª en sentido sur norte por la acera oriental..." "*...En realidad ella sí cayó, Paulina al ir por la carrera 7ª frente al almacén Helo, porque debido a la oscuridad y falta de señales, no vio el hueco, la sacamos con ayuda de unos señores...efectivamente yo ví que se fracturó el pié, casi le quedó colgando, casi se le desprende.* Y fue sometida a largo tratamiento inclusive perdió el año pues tuvo que retirarse por esa causa" (fl. 57).

3. Obra al folio 64 un oficio suscrito por el Secretario de Obras Públicas del Distrito en el cual informa que la "apertura de huecos en la acera oriental de la carrera 7ª entre calles 11 y 12, se efectuó con el fin de sembrar algunos árboles..."

Dice, sin embargo, que la labor *se realizó 8 días antes de 25 de junio de 1976* y que los huecos no estuvieron abiertos ya que fueron rellenados con tierra vegetal.

4. Al folio 78 obra oficio del Director de la División de Parques y Avenidas del Distrito en que confirma que se abrieron huecos para sembrar árboles en la carrera 7ª entre calles 11 y 12 en el año de 1976, pero dice también que la apertura se produjo entre el 15 y el 20 de junio y "como la siembra se efectuó el 25 de junio, el 19 de julio del mismo año...no podía existir ningún hueco abierto para tal fin".

Haciendo el estudio de las anteriores pruebas dentro de las reglas de la sana crítica, es decir, realizando un análisis objetivo y razonado de ellas se observa:

La inspección judicial y el dictamen pericial solamente pueden tenerse como indicio conforme lo dispone el artículo 300 —inciso tercero— del Código de Procedimiento Civil, porque se produjeron sin la citación de la contraparte.

Los testimonios son coincidentes en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo el hecho; explican claramente el porqué les constan los hechos, es decir, establecen la ciencia de su dicho. Con ellos se demuestran las circunstancias objetivas como sucedió el accidente que origina el proceso. Es indudable que el 19 de julio de 1976 en la carrera 7ª costado oriental —entre calles 11 y 12 existía un hueco en el cual cayó la demandante— sufriendo, como consecuencia la fractura de un tobillo.

Los elementos probatorios que se desprenden de los testimonios son concordantes y convergentes con el indicio que se deriva de la inspección y peritaje anticipados por lo cual constituyen para la Sala prueba plena de los hechos a que se refieren.

No encuentra la Sala, por otra parte, circunstancia alguna que afecte la credibilidad e imparcialidad de los testigos y los haga sospechosos puesto que narran objetivamente los hechos que les constan, por lo cual la tacha que en tal sentido propone el apoderado del Distrito en su escrito de alegación, además de inoportuna (art. 218, C. de P. C.) es improcedente.

Ahora bien: Al comparar los elementos de juicio existentes en los medios de prueba, anteriormente descritos, con el contenido de los oficios originados en funcionarios del Distrito Especial, se encuentra una contradicción según estos últimos, pues la Administración distrital sí ordenó perforar la acera de la carrera 7ª entre calles 11 y 12, para sembrar árboles, pero tal acción se llevó a cabo en el mes de junio de 1976 y la siembra se efectuó el 25 del mismo mes, lo cual indicaría que para la fecha del accidente (julio 19 de 1976) los huecos no existirían porque ya habían sido tapados.

Pero tales oficios no pueden desvirtuar la materialidad de los hechos, para la Sala no existe duda alguna de que la demandante cayó en un hueco existente en la fecha del accidente y, como consecuencia, sufrió la fractura de su tobillo; como el Distrito acepta que ejecutó la apertura, aun cuando no coincidan las fechas, tampoco cabe duda

alguna de que fue la omisión de precauciones por parte de la Administración la que dio origen al hecho, causa fundamental de las pretensiones de la actora.

En síntesis se han demostrado los fundamentos de hecho de la demanda en lo relacionado con la forma en que se produjo el insuceso.

La responsabilidad de la Administración:

Para la Sala existe plena convicción de que hubo omisión por parte de los agentes de la Administración porque al abrir un hueco para sembrar árboles en la acera de una de las vías más congestionadas por el público en Bogotá, no se tomaron elementales medidas de precaución tales como cercado, poner avisos de peligro, etc., que hubieran podido evitar accidentes como el que le sucedió a la demandante. Esa omisión fue causa eficiente de la fractura del tobillo de Paulina González Contreras.

Existió, entonces, la falla en la prestación del servicio por parte del Distrito Especial de Bogotá como primer elemento de la responsabilidad de los organismos estatales ante los asociados.

El daño se evidencia por sí mismo. Salta a la vista que una lesión como la sufrida por la actora, origina, para quien la soporta, perjuicios de orden material y moral que deben resarcirse, en tanto sean debidamente probados dentro del plenario.

El nexo causal entre la falla del servicio y el daño también se hace notorio. Si aquélla no se hubiera producido el hecho que causó el perjuicio tampoco hubiera tenido existencia; no cabe duda alguna al respecto.

No observa la Sala, por otra parte, elemento alguno que lleve a pensar que el hecho dañino se produjo como consecuencia de culpa de la víctima como lo plantea el señor apoderado del Distrito. La conducta de la demandante, en cuanto se refiere a los hechos materia de estudio, fue similar a la de cualquier persona que transite desprevenidamente por las calles de una ciudad sin que tenga que presumir que la Administración pública ha realizado obras que ponen en peligro la integridad personal de los peatones sin utilizar medio alguno que los prevenga. La señorita González Contreras no incurrió en ningún error de conducta que otra persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias externas hubiera evitado. Las argumentaciones de la demandada en tal sentido no son de recibo.

Por las mismas razones tampoco se puede aceptar la "responsabilidad compartida por el Distrito Especial y la culpa de la víctima" como lo solicita la Agente del Ministerio Público.

Se presentan, por consiguiente, los elementos estructurales de la responsabilidad de la Administración. Las autoridades no cumplieron con su obligación básica de "proteger la vida, honra y bienes" de los residentes en Colombia y se violó, por tanto, el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Los perjuicios:

La demanda solicita el reconocimiento de perjuicios materiales y morales.

En cuanto a los materiales estos se concretan en la pérdida de la capacidad laboral (dictamen fl. 147, cuaderno 1) y los gastos que el tratamiento de las lesiones ocasionadas por el percance sufrido le causaron a la demandante. Como la cuantía de tales perjuicios no está determinada se confirmará la condena *in génere* contenida en el fallo del *a quo*.

Para la Sala también se produjeron perjuicios morales consistentes en la aflición y depresión ocasionada por lesiones traumáticas como las que sufrió la actora. Los testigos narran el estado de angustia que sufrió después de la fractura de su tobillo y el dictamen de Medicina Legal que obra al folio 103 del cuaderno 1 dice que "desde el punto de vista psicológico, solamente fue detectada una anormalidad en el afecto. Esta corresponde a una reacción depresiva natural ante un traumatismo físico de las dimensiones del sufrido por la paciente". La Sala considera que la cuantía determinada por el Tribunal es adecuada y este punto de la sentencia sólo se reformará en el sentido de que el precio del oro será el que corresponda a la ejecutoria de este proveído y no al que tenía a la fecha de sentencia de primera instancia.

En cuanto a las pautas para liquidar la condena en abstracto se precisan por la Sala, ya que las establecidas en la sentencia recurrida se asimilan a un decreto de pruebas oficiosas que no tiene asidero legal. En consecuencia, se tomarán en cuenta las siguientes:

1. Se determinará, de acuerdo con lo que establezca la Sección de Medicina del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la incapacidad definitiva causada a la demandante Paulina González Contreras por fractura de su tobillo.

2. Con base en esa incapacidad definitiva se fijarán las secuelas correspondientes de conformidad con las tablas del Código Sustantivo del Trabajo.

3. Se concretará el valor de los tratamientos efectuados a la demandante como consecuencia del accidente que originó el proceso.

4. De las sumas que se obtengan de conformidad con los anteriores puntos se descontarán las que hayan sido pagadas por el Banco Popular o por el Instituto de Seguros Sociales.

Se confirmará también el fallo recurrido en cuanto no declaró probada la objeción formulada al dictamen pericial que se efectuó en esa instancia, ya que no existe dentro del proceso elemento alguno que lleve a establecer que en tal dictamen se incurrió en error grave.

No deja la Sala de mostrarse sorprendida por la morosidad con que se tramitó este proceso. Basta con establecer que la demanda fue

presentada en diciembre de 1977, es decir, once años antes lo que implica una inexplicable demora en las instancias que en nada hace bien a la administración de justicia.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo —Sección Tercera—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Confírmanse los puntos 1º, 2º y 3º del fallo recurrido.

Segundo. Modifícase el punto 4º del fallo recurrido en el sentido de condenar al Distrito Especial de Bogotá a pagar a la demandante Paulina González Contreras, a título de indemnización por perjuicios morales subjetivos, la suma equivalente a cien (100) gramos de oro, según el valor que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia. Esta condena se entiende en concreto.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

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, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Féliz Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.— FALLA DEL SERVICIO.

La falla del servicio se da cuando en circunstancias especiales la vida de los ciudadanos se encuentra en peligro y las autoridades no actúan para protegerlos en su integridad personal, sin necesidad de requerimiento.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., cinco de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente número S-038. Actor: Víctor Callejas y otros.

El abogado Alfredo Aldana Pinilla, con poder otorgado por el Director General de la Policía Nacional, impugna mediante el recurso extraordinario de súplica la sentencia proferida por la Sección Tercera en el proceso en referencia el 25 de abril de 1988, que declaró solidariamente responsables a la Nación y al Municipio de Sincelejo por fallas de la Administración.

Afirma el recurrente que la sentencia impugnada desconoció la jurisprudencia contenida en fallos proferidos por la Sala Plena de lo Contencioso Administrataivo el 16 de julio de 1980 en el expediente 10134, y el 12 de junio de 1984 en el expediente 11014, que transcribe así:

"1. El primero es el fallo de julio 16 de 1980, expediente 10134, Ponente doctor Jorge Dangond Flores, cuya parte directamente contrariada expuso el siguiente criterio:

" 'En la concepción de derecho público sobre responsabilidad extracontractual, liberada del sometimiento a las normas del Código Civil que rigen las relaciones privadas, es decir, dentro de la teoría autónoma de la *falta o falla del servicio* es clara, sin duda con mayor fundamento, la afirmación de que las entidades estatales son responsables por *omisión,* pero no de manera absoluta, incondicional, sino relativa, condicionada a la existencia de determinadas circunstancias: Solicitud expresa de intervención dirigida a la autoridad con capacidad funcional, de conformidad con las exigencias y formalidades establecidas en las leyes. No se puede pues, predicar omisión, generadora de responsabilidad, cuando el funcionario competente necesita de requerimiento para actuar en ejercicio de sus atribuciones y el particular interesado se abstiene de ejercer el derecho de pedir la intervención de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes'.

"Con razón escribió Charles Rosseau en su Teoría de la Responsabilidad en Derecho Administrativo: 'Reconocer que el servicio público, al no funcionar, puede cometer una falta, equivale a decir que está obligado a obrar, y que por tanto debe reparar pecuniariamente las consecuencias de su inacción'.

"Como es obvio, para que esa responsabilidad 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 falla administrativa.

" '. . .Los hechos expuestos en la demanda para deducir las pretensiones indemnizatorias por supuesta omisión de las autoridades municipales, no aparecen probados en el juicio pues si bien es cierto que se aportaron testimonios y documentos con el propósito de demostrar la falta de actividad de la Administración frente a las frecuentes invasiones, varios de tales elementos, examinados de acuerdo con las normas procesales pertinentes, no permiten la apreciación probatoria por deficiencias fundamentales en su producción y otros, aunque sí reúnen las formalidades legales, resultan inocuos pues, como antes se anotó, para deducir responsabilidad al municipio, por falta del servicio, es indispensable acreditar, plenamente, que se pidió la protección policiva en ejercicio del derecho consagrado en la ley y que la autoridad competente, ante la querella formalizada, rehusó en forma inexcusable la prestación del servicio causando daño con su actitud pasiva'.

"2. El segundo es el proferido en junio 12 de 1984 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente doctor Bernardo Ortiz Amaya, expediente 11014, actor Ligia Calderón de Córdoba, cuyas tesis contrarias al fallo recurrido son las que expuso de la siguiente manera:

" 'Revisada la sentencia recurrida se encuentra que ella en su parte motiva transcribe parte de una sentencia reciente dictada por el propio Consejo en la cual reconoce que la responsabilidad patrimonial del Estado está regida por normas de derecho público y que la omisión o falla del servicio deriva también responsabilidades al Estado pero en condiciones especiales'.

"Al efecto dice en la parte pertinente lo siguiente:

" 'En la concepción de derecho público sobre responsabilidad extracontractual, liberada del sometimiento a las normas del Código Civil que rigen las relaciones privadas, es decir, dentro de la teoría autónoma de la falta o falla del servicio es clara, sin duda con mayor fundamento, la afirmación de que las entidades estatales son responsables por omisión, pero no de manera absoluta, incondicional, sino relativa, condicionada a la existencia

de determinadas circunstancias: Solicitud expresa de intervención dirigida a la autoridad con capacidad funcional, de conformidad con las exigencias y formalidades establecidas en las leyes. No se puede, pues, predicar omisión, generadora de responsabilidad, cuando el funcionario competente necesita de requerimiento para actuar en ejercicio de sus atribuciones y el particular interesado se abstiene de ejercer el derecho de pedir, la intervención de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes'.

"Con razón escribió Charles Roseeau en su Teoría General de la Responsabilidad en Derecho Administrativo: 'Reconocer que el servicio público, al no funcionar, puede cometer una falta, equivale a decir que está obligado a obrar, y que por tanto debe reparar pecuniariamente las consecuencias de su inacción'.

" 'Como es obvio, para que esa responsabilidad 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'.

"Más adelante sostiene:

" '2. Si bien el artículo 16 de la Constitución Política, primero del Título III sobre derechos civiles y garantías sociales, previene que «las autoridades de la República están instituidas para proteger las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes...», de allí no puede concebirse que el Estado asume una obligación de resultado, de seguridad, pues en tales circunstancias estaría obligado a responder por todas las muertes violentas ocurridas en el país, por todas las calumnias e injurias y por todos los hurtos, robos y depredaciones'.

" 'No, ese no es ni puede ser el alcance de la aludida norma, es por el contrario la «meta» que se propone el Estado colombiano al organizarse como República y como Estado de derecho. Es una obligación de medio, un compromiso de poner todos los instrumentos a su alcance para la debida protección de tales bienes tangibles e intangibles'.

"Obvio también, que ni aún poniéndole a cada cuidadano un guardaespaldas podría garantizar la vida de tal ciudadano, pues de otra manera había que considerar un 'imposible físico' el asesinato de un gobernante dada la estricta y abundante protección que se le brinda y la historia universal está llena de 'regicidios' o 'magnicidios'.

" 'No se vé por lo tanto la contradicción que pretende el recurrente'.

"La sentencia de julio 16 de 1980 que dice que fue contrariada por la providencia recurrida no solamente lo ha sido sino

que la parte pertinente de la misma sentencia fue transcrita en la parte motiva del fallo recurrido y precisamente determina cómo la responsabilidad no es absoluta o incondicional sino que es relativa y condicionada a determinadas circunstancias entre las cuales una de las más importantes es la solicitud para que el Estado actúe en determinado sentido para la protección del ciudadano".

La representante legal del demandante pide se rechace de plano el recurso porque:

1. La Policía Nacional no es parte "*dentro de los procesos* de responsabilidad extracontractual del Estado, ni está *autorizada* por mandamiento legal alguno para actuar dentro de los mismos", de acuerdo con el contenido de los artículos 149 y 150 del Código Contencioso Administrativo.

2. Los Decretos 2062, 2063 y 2247 de 1984, invocados por el Director General de la Policía Nacional para otorgar el poder, no son aplicables por inconstitucionales porque al modificar normas de los Códigos de Procedimiento Civil, Laboral y Contencioso Administrativo, excedieron los límites de la Ley 19 de 1983.

3. El poder, para actuar en tres procesos diferentes, no cumple "...con los requisitos de nuestras normas de procedimiento (art. 65 del C. de P. C.)" pues no fue extendido por escritura pública.

Estos argumentos son a su vez controvertidos por el apoderado de la Policía Nacional, quien defiende la validez de los Decretos 2062, 2063 y 2247 de 1984, y explica que al tenor del artículo 151 del Código Contencioso Administrativo es precisamente mediante acto administrativo, en este caso por resolución, que se confiere poder a los abogados vinculados a las entidades públicas que pueden representarlas en los procesos contencioso administrativos. Termina por afirmar que habiendo actuado en el proceso, y no siendo necesario poder especial para interponer el recurso, ostenta la personería suficiente.

La sentencia recurrida:

El fallo recurrido contiene la relación de las personas que formularon demanda de reparación directa contra la Nación (Ministerio de Defensa Nacional - Ministerio de Gobierno - Ministerio de Salud y Servicio Nacional de Salud) y el Municipio de Sincelejo, la transcripción de las pretensiones, de los hechos en que éstas se fundamentan, del alegato del apoderado de la Policía Nacional, y como consideraciones de la Sala se reproduce la parte pertinente de la sentencia proferida el 25 de abril de 1988 en el proceso número 3282, por tratarse de proceso referente a los mismos hechos y contener: "...pruebas idénticas como que fueron comunes a todos los procesos originados en tal tragedia,..." Culmina así:

"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. La Nación colombiana y el Municipio de Sincelejo, son administrativa y solidariamente responsables por las muertes de los ciudadanos María de la Cruz Callejas Canoles, Auquelio Jacinto Hernández Flórez y Adolfo Guevara Hernández ocurridas el 20 de enero de 1980 al desplomarse varios palcos de la plaza de toros Hermógenes Cumplido.

"Segundo. Como consecuencia *condénase solidariamente* a la Nación colombiana y al Municipio de Sincelejo, a pagar a título de indemnización de perjuicios morales subjetivos, las sumas de dinero que a continuación se señalan:

"1. *Un mil gramos de oro,* al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de esta sentencia, para cada uno de los padres naturales de María de la Cruz Callejas Canoles, señores Víctor Callejas Cantillo y Vilma Sofía Canoles Ramos.

"2. *Trescientos gramos de oro,* al precio atrás establecido, para la hermana de la difunta María de la Cruz Callejas, menor de edad, Rebeca Esther Callejas Canoles.

"3. *Quinientos gramos de oro,* al precio atrás establecido, para la señora Cruz María Flórez Peralta, madre de Auquelio Hernández Flórez.

"4. *Un mil gramos de oro,* al precio atrás establecido para cada uno de los hijos naturales reconocidos de Adolfo Guevara Hernández, señores Fredy David y Esperanza del Carmen Guevara Arroyo.

"5. *Un mil gramos de oro,* al precio atrás establecido para la señora Blanca Marina Arroyo, compañera permanente de Adolfo Guevara Hernández, fallecido.

"Tercero. Las sumas reconocidas en el ordinal anterior devengarán los intereses señalados en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, desde la ejecutoria de esta sentencia.

"Cuarto. *Se deniegan* las restantes pretensiones formuladas en la demanda que originó el presente proceso".

Violación de la jurisprudencia:

En estudio serio y ponderado, el recurrente cita apartes del fallo impugnado y establece las contradicciones con la jurisprudencia, así:

1. Mientras las sentencias supuestamente violadas afirman que "las entidades estatales son responsables por *omisión,* pero no de manera absoluta, incondicional, sino relativa, condicionada a la existencia de determinadas circunstancias", la sentencia impugnada acepta que no se requiere condición alguna, de manera que sería suficiente la ocurrencia de un hecho achacable a la Administración, para deducirle responsabilidad. El fallo recurrido "no se detiene a examinar como aspecto fundamental, si era menester requerimiento o querella del interesado preestablecida por la ley o si se había demostrado

plenamente en el proceso que la policía tuvo conocimiento serio del riesgo y que la actuación omitida estaba en la esfera de sus funciones, como lo ha establecido en forma la jurisprudencia de la Sala Plena".

2. En la sentencia "era compromiso constitucional y legal controlar la construcción de los palcos y el sobrecupo de la corraleja, no sólo por la Policía Nacional, sino para el Ministerio de Gobierno, el Ministerio de Salud y el Ministerio de Defensa, ya que entonces advierte, '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?...' ", mientras que las sentencias de 1980 y 1984 exigen "solicitud expresa de intervención dirigida a la *autoridad con capacidad funcional,* de conformidad con las exigencias y formalidades establecidas en las leyes". Es, pues, patente la contradicción, porque no siendo la Policía Nacional "ni otro ente de carácter nacional, autoridad con capacidad funcional", en la sentencia se les declaró responsables de la tragedia.

3. Mientras la jurisprudencia de la Sala Plena ha sido permanente en cuanto a que del contenido del artículo 16 de la Carta no surge obligación de resultado, en la sentencia recurrida se acepta la tesis "diametralmente opuesta", tesis expuesta en el salvamento de voto de los señores Magistrados Carlos Betancur Jaramillo y Enrique Low Murtra en el caso de la sentencia de Sala Plena, de junio 12 de 1984.

4. De acuerdo con la sentencia objetada, la Policía Nacional "debió controlar la construcción de los palcos y el sobrecupo ocurrido el 20 de enero de 1980 en la plaza Hermógenes Cumplido de la ciudad de Sincelejo", pues se aducen en tal sentencia normas del Decreto 2347 de 1971, orgánico de la Policía Nacional, y Decreto 1355 de 1970, disposiciones estas de cuyo texto "tenían que ser forzosamente los integrantes del cuerpo armado y no los depositarios del poder o facultad de policía" los obligados a ejercer ese control. Las sentencias de Sala Plena negaron las pretensiones precisamente porque entendieron que la omisión que da lugar a la "falla del servicio" se configura cuando ha existido "requerimiento o querella preestablecida en la ley, o bien la plena prueba que la Administración tuvo conocimiento serio de los hechos y que la actuación de la Administración omitida estaba en la esfera de sus funciones". Como la vigencia de las precitadas normas no fue invocada en las sentencias que de acuerdo con el recurrente han sido violadas, "para evitar las invasiones de tierras y por ende los perjuicios causados a sus propietarios si la Policía está instituida para proteger los bienes de todas las personas residentes en Colombia y cómo no aplicarse para el caso del Magistrado Córdoba Castilla si también la institución policial tiene como finalidad la protección de la vida de todos los residentes en Colombia?". Como, concluye el recurrente, al caso de las corralejas no se dio "...el mismo tratamiento aplicado por la Sala Plena al caso de la invasión y el asesinato del Magistrado", la jurisprudencia fue desconocida.

5. La sentencia atacada cita el literal g) del artículo 29 del Decreto 1355 de 1970, para argüir que los funcionarios de Policía pudieron utilizar la fuerza para proteger a las personas contra el peligro inminente y grave previsible antes de la tragedia de las corralejas, pero "la gravedad del peligro no podía conocerla la policía porque no tuvo

ni podía tener el control del circo, dicho control no estaba en la esfera de sus funciones. No sabía el Comando de Policía el riesgo que se estaba corriendo. Esta evidencia resulta no sólo de la falta de control —que no tenía la institución sino el Municipio— sino de la destinación de los agentes para la vigilancia y de la propia presencia del Comandante del Departamento de Policía Sucre en el circo al momento de la tragedia, hecho que destaca de manera especial el fallo". Manifiesta el recurrente, que en este aspecto el fallo recurrido "...contrasta sensiblemente con la tesis de la Sala Plena, según la cual son necesarias 'informaciones serias y fidedignas', 'claro conocimiento, indubitable conocimiento' de la Administración para emplear los vocablos del honorable Magistrado ponente, en su aludido salvamento de voto para poder declarar la falla del servicio por omisión". De lo anterior deduce que la contradicción con la jurisprudencia está en que ésta sostiene que la responsabilidad por falla del servicio por omisión requiere como requisito el que "la actividad omitida" está en la esfera de las funciones del ente estatal a quien pretende responsabilizarse.

El contradictor del fallo cita apartes del mismo, en los que a la luz de la prueba se afirma la responsabilidad de los entes nacionales y municipales, para concluir que "lo que mi parte alega finalmente además de la hipótesis subjetiva tiene que ver con el requisito jurisprudencial que presupone no sólo el conocimiento del riesgo, sino que la actividad debe estar dentro de la esfera de las funciones propias del demandado, y ya repetimos hasta el cansancio, cómo ha de entenderse este requisito, según la jurisprudencia de la Sala Plena".

Finalmente, pide:

> "...como la unificación de la jurisprudencia es principio pilar del Derecho Contencioso Administrativo, y con base en las razones expuestas anteriormente, ruego revocar parcialmente la sentencia proferida en mayo 5 de 1.988 (sic) en el proceso de la referencia, y en su lugar, dictar sentencia de instancia, en la cual se absolverá a la Nación de los cargos formulados contra ella".

Estudio de la Relatoría:

Hace la comparación entre el fallo acusado y la jurisprudencia supuestamente contrariada, y llega a la siguiente conclusión:

> "1. La sentencia de 16 de julio de 1980 concluyó que si la ley ha reglamentado el procedimiento en determinada materia, con la exigencia de querella para poner en movimiento la administración, a través del funcionario respectivo, resulta ineludible el formal requerimiento para que surja la obligación del Estado (se trató de caso de invasiones, lanzamientos).
>
> "2. La sentencia de 12 de junio de 1984 halló que la recurrida en forma extraordinaria desestimatoria de la demanda de responsabilidad del Estado, no vulneraba la jurisprudencia contencioso administrativa, concluyendo en que *'una cosa es la falla del servicio cuando se ha debido actuar por petición del perjudicado*

y otra cosa son los hechos que producen tragedias como la del negocio en estudio a pesar de que el Estado en la medida de sus posibilidades pretende evitarlas' (se subraya).

"3. La sentencia que deduce responsabilidad solidaria a la Nación y al Municipio de Sincelejo por las muertes ocurridas en la plaza de toros 'Hermógenes Cumplido', estableció probatoriamente la falla del servicio por omisión, negligencia de las autoridades.

"Al concluir este informe encuentra la Relatoría que la deducción de responsabilidad extracontractual en el presente proceso descansa sobre otras bases: 'Falla del servicio por falta de vigilancia, omisión de medidas para evitar la catástrofe que amenazaba cuando se cayó el primer palco el día anterior, protuberantes fallas de diseño en los palcos, etc., evento que es muy diferente a aquél en que el funcionario necesita requerimiento que fue el estudiado en las jurisprudencias aludidas como contrariadas'.

"Mediante providencia de la Sala Plena de 12 de julio de 1988, proceso número R-029, actora Ligia Calderón de Córdoba, Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez se desató el recurso extraordinario de anulación, interpuesto contra la sentencia de 16 de febrero de 1983, de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el sentido de anular tal sentencia y ordenar la reconstrucción del proceso a efecto de dictar aquella que la suple".

Consideraciones de la Sala:

Aclarados por la Sala aspectos relacionados con la vigencia del recurso extraordinario de súplica y precisado su alcance en fallo proferido el 31 de agosto del año en curso en el expediente S-032, sobre ponencia del honorable Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, procede la Sala a decidir previas las consideraciones siguientes:

En el proceso actuó como vocero único de los organismos considerados responsables por fallas del servicio, el abogado designado por el Director General de la Policía Nacional. El auto admisorio de la demanda se produjo cuando aún estaba vigente la Ley 167 de 1941 y se le notificó en forma personal al Alcalde del Municipio de Sincelejo y a la Fiscal Segundo. Aquel no constituyó apoderado y ésta actuó en defensa del orden jurídico no como parte. En tales circunstancias procesales, la Nación fue representada en el juicio por dicho apoderado, por lo que carecería de razón negarle en este momento la personería para los efectos del recurso extraordinario de súplica, que aquí se decide.

Respecto de la contradicción anotada por el recurrente con la sentencia de 16 de julio de 1980, cabe observar que en ésta los hechos que dieron lugar a la demanda fueron diferentes a los que sirvieron de base para condenar a la Nación en el fallo impugnado. En aquella oportunidad se trató del caso de invasión de terrenos, por lo que para obtener la intervención de la autoridad era necesaria la querella

o requerimiento previo. Sin embargo, no está de más observar que en el proceso que originó el fallo atacado, se demostró que por escrito se pidió a la Policía Nacional su intervención.

En cuanto a la contradicción con la sentencia de 12 de junio de 1984, no existe porque los hechos que dieron origen a ella hacían necesaria la intervención de la autoridad *motu proprio*.

La jurisprudencia contenida en la sentencia de 12 de julio último, estima que puede darse la falla del servicio cuando circunstancias especiales obligan a las autoridades de la República a ejercer de oficio, es decir sin necesidad de requerimiento previo, el deber de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos residentes en el territorio nacional, en cumplimiento del artículo 16 de la Constitución Nacional. En tal sentido dijo la sentencia:

"

"Es que el artículo 16 de la Carta impone a las autoridades la obligación de proveer a la protección de la vida de las personas que residen en el territorio nacional y ésta debe entenderse dentro de las peculiares circunstancias de cada momento y sin que se la pueda encasillar en moldes de derecho privado, como son los que se pregonan en la providencia recurrida al invocar la clasificación de obligaciones de medio y de resultado, para sostener que sólo a las primeras se deban las susodichas autoridades, quienes además deben ser requeridas de la protección querida formalmente en cada caso concreto.

"No es dable concebir que el Estado ostente el carácter de deudor en el mismo plano de las relaciones jusprivatistas frente al conglomerado de personas que lo conforman y que en virtud de ello sólo se compromete a poner los medios tendientes a la protección de ellas sin que pueda garantizar el resultado.

"Su función de protección policiva, enmarcada como está en el derecho público va mucho más allá, pues su responsabilidad tiene que ver nada más ni nada menos que con la salvaguarda de la vida, honra y bienes de los asociados, bienes estos tangibles o intangibles que trascienden los lindes del simple interés particular.

"Ni siquiera en el caso *sub júdice* podría decirse que se hubiera puesto medio alguno al servicio del doctor Córdoba, porque a pesar de ser muy especial la situación de riesgo contra su vida, no se proveyó concretamente a su seguridad personal.

"La protección que a la vida, honra y bienes de los ciudadanos deben las autoridades, según el artículo 16 de la Constitución —principio que viene consagrado desde 1886— no puede concebirse jamás como estática, es decir, que no puede aceptarse que los organismos policivos sean sujetos pasivos entregados a la espera impasible de la petición de protección por parte del miembro de la comunidad que la necesita, sino que por el contrario deben observar una actitud de permanente alerta determinada por las circunstancias de cada momento que viva la colectividad y tomar la acción que corresponda —*motu proprio*— cuando la situación azarosa de perturbación en un caso dado la hagan

aconsejable respecto de una o determinadas personas en razón de la influencia que tales circunstancias obren sobre ellas por la posición que ocupan en la vida social. Cual es lo sucedido en el evento *sub lite*, en que, como se explicó, la integridad personal del doctor Córdoba se hallaba particularmente en peligro debido a su investidura oficial de Juez de la República en la rama del derecho penal que lo colocaban a merced de la malquerencia de quienes resultaren castigados con sus providencias, lo cual se puso de bulto con el atentado con bomba de que fue víctima en su casa de habitación y que dio lugar a una protección transitoria de un policía en los predios de ella, y a que por su propia cuenta y cuando aquél le fuera removido, contratara los servicios de un celador por un lapso de ocho (8) meses. Y en segundo lugar, los días aciagos que vivió la ciudad de Valledupar en los días anteriores al acaecimiento de su asesinato, en que salió a flote un plan terrorista encaminado a dar muerte a las más altas autoridades administrativas y judiciales, exigían que las autoridades policivas volvieran su atención, cuidado y protección al mismo doctor Córdoba a la sazón Presidente del Tribunal y por ello también cabeza visible de cualquier blanco propicio de la delincuencia (sic). . . . . .
Entonces la tesis que ahora se propugna acepta que es un imposible físico como regla general, que a cada ciudadano se le asigne un policía para preservarlo en su *vida*, honra y bienes y que si perdiera la primera en circunstancias de normalidad, no es dable achacarle a la Administración responsabilidad patrimonial alguna. Mas este principio se quiebra cuando se está frente a una situación de riesgo determinada por circunstancias excepcionales —que serán evaluadas en cada caso por el juzgador— referidas no sólo a la posición *intuitu personae* del ciudadano teniendo en cuenta sus condiciones personales y sociales, ejercicio de cargos con autoridad o jurisdicción, antecedentes de persecución o atentados criminales, etc., sino también al medio anómalo y de perturbación del orden público en que tal persona se desenvuelve. Se hace así imperativa la actuación de la autoridad para prestarle especial protección so pena de que se origine la responsabilidad del Estado. Esto último ha sido lo sucedido en el evento *sub júdice*.

"No sobra observar qué situaciones de riesgo excepcional —que indubitablemente son fundamento de la responsabilidad estatal— en que se encuentran los funcionarios de la Rama Jurisdiccional han sido tenidas en cuenta por el propio legislador colombiano al expedir Leyes como la 126 de 1985 por la cual se estableció en favor del cónyuge *supérstite*, compañero o compañera permanente e hijos menores o incapacitados de los funcionarios o empleados de la mencionada rama que murieren como consecuencia de homicidio voluntario durante el desempeño de su cargo y sin haber cumplido el tiempo requerido por la ley para ello, el derecho a una pensión vitalicia de jubilación, y, la Ley 16 de 1988 por la cual se estableció el seguro de vida para dichos funcionarios y personas que transitoriamente desempeñen funciones judiciales que por causa o con ocasión del ejercicio de ellas pierdan la vida en hechos violentos.

"La equivocada inteligencia que la sentencia impugnada dio al artículo 16 de la Carta, atrás explicada, al no aceptar la prestación policiva de la protección a la vida por las autoridades en circunstancias excepcionales que así lo exigían, condujo a su vez, de acuerdo con el planteamiento de la parte censora, a la inaplicación de los textos del Código Nacional de Policía que definen el objeto de la policía (arts. 1º y 5º), los medios que deben emplear (art. 30, modificado por el art. 109 del Decreto 522 de 1971) y la obligación, entre otras, de prestar los órganos correspondientes 'el apoyo de la fuerza por la propia iniciativa' (art. 32). La responsabilidad del Estado derivada de la falta de servicio por omisión da lugar a su vez a la indemnización de perjuicios consistente en el daño emergente y lucro cesante, al tenor de los artículos 1612 a 1614 del Código Civil".

En el evento *sub lite*, el día 19 de enero de 1980, víspera de la tragedia, dos palcos —más de 40 metros— de la plaza portátil o corraleja, se vinieron abajo en presencia del Alcalde de Sincelejo y de los Presidente y Vicepresidente de la Junta Administradora de las festividades. El Director de la Seccional de Servicio Nacional de Salud manifestó que no asistiría a la corrida porque podría ocurrir una desgracia, dada la mala construcción del resto de los palcos. Días antes, cuando se construían los palcos, este mismo funcionario supo que eran más grandes que los de años anteriores y no tenían los "amarres" y "diagonales" técnicamente necesarios para darle apoyo y resistencia suficientes a la estructura. El día de la tragedia la vigilancia policiva fue deficiente y no se controló el aforo. Un inspector de policía buscó el apoyo de personal uniformado para aligerar el sobrecupo del primer palco que se cayó, sin que los agentes tomaran medida alguna.

La caída anticipada de parte de la corraleja y el hecho notorio de su construcción deficiente, fueron circunstancias especiales que obligaban a las autoridades a suspender la celebración del día siguiente, como elemental medida de prudencia en desarrollo del deber impuesto en el artículo 16 de la Constitución. O al menos para controlar el aforo para evitar así el sobrecupo que en buena parte causó la tragedia. El ejercicio de la autoridad en tales circunstancias no puede depender de requerimiento alguno.

Así las cosas, resulta que la situación fáctica tenida en cuenta en la sentencia impugnada, encuadra en los puntos de vista consignados por la Sala en su fallo de 12 de julio último, en el sentido de que la falla del servicio se da cuando en circunstancias especiales la vida de los ciudadanos se encuentra en peligro y las autoridades no actúan para protegerlos en su integridad personal, sin necesidad de requerimiento. El recurso no debe prosperar.

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

Falla:

Declárase que no prospera el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de 25 de abril de 1988, dictada por la Sección Tercera de esta Corporación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la Sección correspondiente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, cuatro (4) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Carmelo Martínez Conn, Presidente; *Antonio José de Irisarri Restrepo, Jaime Abella Zárate, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Guillermo Benavides Melo, Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, José Ignacio Narváez García, Jorge Penen Deltieure, Carlos Ramírez Arcila, Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.— IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS.

Si de la solidaridad particular resultare el ciudadano, o su familia, perjudicados por la imposición de una carga excepcional, la Nación debe reparar el daño.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., trece de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente número 3841. Indemnizaciones. Actor: Mercedes Rubiano viuda de Buitrago y otros. Demandado: La Nación —Policía Nacional—.

I

Por conducto de apoderado, legalmente constituido, Mercedes Rubiano viuda de Buitrago, Esperanza, Araminta, Jaime, Alcira, Héctor, Gladys, Ana Silvia, Gustavo y Dori Buitrago Rubiano, demandaron a la Nación —Policía Nacional—, para que previa la tramitación procesal de ley, se hicieran en contra de este centro de imputación jurídica las declaraciones y condenas que se precisan en el libelo.

Rituado el negocio sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, se procede a proferir el fallo correspondiente, previas las consideraciones que más adelante se harán.

Para la mejor comprensión jurídica de las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente de la demanda. En ella se lee:

Petitum:

Se concretó en los siguientes términos:

"*Primera:* La Nación colombiana —Policía Nacional— es responsable administrativamente por los perjuicios materiales y morales subjetivados causados a la señora Mercedes Rubiano viuda de Buitrago e hijos Dori, Araminta, Jaime, Alcira, Héctor, Gladys, Ana Silvia, Gustavo y Esperanza Buitrago Rubiano, por razón de la muerte violenta del cónyuge y padre, señor Gratiniano Buitrago Sánchez ocurrida el día 10 de diciembre de 1979, en el Municipio de Vista Hermosa, Departamento del Meta, al ser obli-

gado por miembros de la Policía Nacional a perseguir bandoleros que asaltaron ese día la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, de Vista Hermosa.

"*Segunda:* Como consecuencia de la anterior declaración, se condena a la Nación (Ministerio de Defensa —Policía Nacional—) a pagar a los damnificados las siguientes sumas de dinero:

"a) El valor de los perjuicios materiales, en sus elementos daño emergente y lucro cesante, consolidados y futuros demostrados dentro del proceso, los cuales estimamos en la suma de $ 20.000.000.00;

"b) Los perjuicios morales a razón de *2.000 gramos de oro o su equivalente en pesos* para cada uno de los reclamantes, cuando se paguen;

"c) Pagará la Nación intereses corrientes sobre sumas líquidas de las condenas a los demandantes, desde el día 11 de diciembre de 1979 hasta cuando cancele en su totalidad las obligaciones principales impuestas en esta providencia".

Causa petendi:

Se recoge a través de la siguiente literatura:

"1. El día 10 de diciembre de 1979 a las 10 y media de la mañana aproximadamente, el señor Gratiniano Buitrago Sánchez, en compañía de José Lucas Vásquez Garcés, Roberto Quintero y su hijo Héctor Buitrago Rubiano, se dirigió en su Jeep Nissan Patrol, modelo 79, placas EL-1963, rojo y marfil, partiendo a la finca de Fernando Sierra, hacia el Municipio de Vista Hermosa (Meta) con el fin de dejar al señor Roberto Quintero en la agencia de la Flota Macarena, quien viajaba para Granada.

"2. Una vez en el sitio de destino, las personas enunciadas en el hecho anterior, se sentaron en una tienda ubicada en seguida de la agencia de viajes de la Macarena a tomar algunas gaseosas.

"3. Estando allí, en ese momento pasó delante de ellos un Jeep marca Toyota, color rojo, en dirección a Granada, el cual se detuvo en el retén los pasajeros del Toyota dijeron algo al Cabo de la Policía Nacional Régulo Jiménez Ortegón quien con otros agentes de la Policía Nacional inmediatamente se dirigieron al Jeep Nissan Patrol de propiedad del señor Gratiniano Buitrago Sánchez el cual se encontraba estacionado al frente de la tienda donde se encontraban los señores mencionados tomando gaseosa, y se fueron montando en él, sin autorización del señor Gratiniano Buitrago Sánchez.

"4. En vista de lo anterior el señor Gratiniano Buitrago Sánchez se acercó a su Jeep, y fue cuando el Cabo de la Policía Nacional lo constriñó a llevarlo, en compañía de sus agentes, en contra de su voluntad y sin saber lo que sucedía fue obligado a conducir su Nissan, con rumbo a Piñalito.

"5. Mientras esto ocurría, su hijo Héctor y don José Lucas Vásquez Garcés, esperaban a don Gratiniano en un café situado al frente de la Caja Agraria, en donde se enteraron que ésta había sido objeto de un asalto momentos antes.

"6. Efectivamente, el Cabo de la Policía Nacional obligó al señor Gratiniano a llevarlo en busca de los asaltantes de la Caja Agraria del Municipio de Vista Hermosa (Meta) ocurrida el día 10 de diciembre de 1979, o sea el mismo día de la muerte de don Gratiniano Buitrago Sánchez.

"7. Más o menos a seis kilómetros de la vía que conduce a Vista Hermosa a El Piñalito, fue el lugar donde el Cabo y sus Agentes de la Policía se enfrentaron con los asaltantes de la Caja Agraria.

"8. Precisamente allí en el lugar de los hechos el señor Jairo Alberto Romero Prieto quien viajaba con el señor Eladio N se encontraron con el Cabo de la Policía, quien los hizo apearse del carro en que viajaban, permanecieron allí algunos minutos en donde vieron varias personas muertas, y cerca de éstas se hallaba Gratiniano Buitrago Sánchez, gravemente herido.

"9. Una vez encontrado el señor Gratiniano fue recogido por Jairo Alberto Romero Prieto, Pablo Montealegre y el señor Eladio y transportado en el carro de éste último al Hospital de Vista Hermosa.

"10. Como Héctor Buitrago Rubiano y don José Lucas Vásquez Garcés, aún esperaban al señor Gratiniano, en Vista Hermosa, al regresar el Cabo de la Policía en el Jeep de don Gratiniano le preguntaron por éste, a lo cual respondió que se encontraba en el hospital herido 'levemente' a consecuencia de un balazo en una pierna.

"11. Con la anterior manifestación partieron para el hospital donde se encontraron con Jairo Alberto Romero Prieto, quien les comunicó que don Gratiniano se encontraba herido, pero segundos después al preguntársele al médico que lo atendió por su real estado de salud, respondió que ya había muerto don Gratiniano a consecuencia de las heridas ocasionadas por los disparos recibidos, aproximadamente a las 11 a.m., en el enfrentamiento que hubo entre la Policía y los asaltantes.

"12. El señor Raúl Ramos transportó a los señores José Lucas Vásquez y a Héctor Buitrago Rubiano hasta el aeropuerto de Vista Hermosa en donde se encontraba el Cabo con el carro de don Gratiniano allí se negaban rotundamente a devolvérselo, e insistían en que los llevaran nuevamente al lugar donde se enfrentaban con los asaltantes, a lo cual se negaron y lograron partir a su destino.

"13. A pesar de lo ocurrido, el Cabo de la Policía Régulo Jiménez Ortegón, ya enterado de la muerte del señor Gratiniano

Buitrago Sánchez, originada en el abaleo ocurrido en el encuentro de sus agentes y los asaltantes, insistían en que lo llevaran nuevamente, al lugar de los hechos sin tener en cuenta las consecuencias ocasionadas y sin medir los daños y perjuicios instaba a la gente que se encontraba en la plaza del pueblo.

"14. Gratiniano Buitrago Sánchez había contraído matrimonio con la señora Mercedes Rubiano, el día 26 de mayo de 1950 en el Municipio de Villapinzón (Cundinamarca).

"15. Del matrimonio formado por los esposos Buitrago Rubiano, nacieron y aún viven la menor Dori Buitrago y los mayores Araminta, Jaime, Alcira, Héctor, Gladys, Ana Silvia, Gustavo y Esperanza Buitrago Rubiano.

"16. De profesión comerciante ganaba aproximadamente $ 80.000.00 mensual y con su industria familiar obtenían más o menos unos ingresos de $ 50.000.00 de ganancias mensuales.

"Todo lo que obtenía como producto del ejercicio de la profesión de comerciante, era destinado en su integridad a la manutención de su familia, pues él era su único sustento.

"17. Al morir, su esposa e hijos quedaron en el más absoluto abandono económico y han logrado subsistir gracias a la ayuda de sus familiares y amigos, y con el producto de la venta de los derechos y acciones herenciales.

"18. La Nación no ha indemnizado todavía a mis poderdantes los perjuicios sufridos por la muerte de su esposo y padre".

II

Conducta procesal de los apoderados de las partes dentro del término que tuvieron para alegar:

Por auto calendado el día treinta (30) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), visible al folio 59 del cuaderno número 1, se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presentaran sus alegatos de conclusión. Sin embargo, ninguno de los apoderados de las partes comprometidas en la *litis* lo hizo, lo que explica que la Sala entre a fallar sin la ayuda de sus valoraciones jurídicas y fácticas.

III

Vista Fiscal:

La Fiscal Segundo de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, en su concepto de fondo, visible a folios 61 y siguientes del cuaderno número 1, y bajo el rubro *"consideraciones"*, observa:

"Revisado el expediente este despacho encuentra debidamente probados los hechos narrados en la demanda y que son los funda-

mentos de la acción indemnizatoria; en efecto a los folios 49 y siguientes reposa el informe enviado por el Comandante de la Subestación Vista Hermosa mediante el cual se da cuenta que a las 11 horas del día 10 de diciembre de 1979 salió el Subteniente Meza Contreras con el Cabo Jiménez Ortegón y varios agentes con el propósito de perseguir una cuadrilla de maleantes que ese día asaltaron una sucursal de la Caja Agraria. Se da cuenta así mismo de la muerte de Gratiniano Buitrago ocurrida en el momento en que se bajaban del vehículo y los maleantes empezaron a disparar.

"También se encuentra en el expediente el informe enviado por el Director de la Sucursal de la Caja Agraria asaltada quien relata en forma pormenorizada la manera como ocurrieron los hechos delictuosos y afirma que la Policía una vez enterada del ilícito procedió a perseguir a los foragidos en un campero de propiedad del señor Gratiniano Buitrago, quien según versiones conducía el vehículo (fl. 56, cuaderno 2).

"Finalmente reposan en el plenario las declaraciones de los testigos presenciales de los hechos, recibidas en el curso del proceso, las cuales son claras, precisas y ofrecen veracidad por cuanto no se observan contradicciones entre ellas; en estas declaraciones se relata detalladamente lo ocurrido y coinciden con el contenido de los informes presentados por las autoridades, por lo cual se puede concluir que el señor Buitrago fue obligado por los agentes de la policía a participar en el procedimiento policivo adelantado por ellos con la finalidad de dar captura a los maleantes que asaltaron la entidad bancaria, encontrando la muerte en tal operativo.

"Este despacho acoge lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado en casos similares al que aquí se estudia. En sentencia de fecha 25 de septiembre de 1987 dentro del expediente número 5042, Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, se dijo:

" '...Los hechos bien probados, pese a que muestran la conducta poco ortodoxa de los militares que intervinieron en el evento narrado (tampoco se podían esperar especiales miramientos, dado el momento que se vivía), no pueden subsumirse dentros de los supuestos que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado en torno a la falla del servicio. No puede predicarse ante la circunstancia de tiempo, modo y lugar que se presentaron que el servicio militar funcionó mal, no funcionó o que su funcionamiento fue tardío.

" 'De esto no existe duda. Se le pidió al señor Hilario Flórez una colaboración de urgencia, para conveniencia de todos (la persecución de unos delincuentes) y este señor como sucede ordinariamente con el común de los colombianos (egoístas y faltos de patriotismo e insolidarios) se negó a prestarla.

" 'De allí que tuviera que presionársele para poder disponer de ese vehículo de transporte que necesitaba urgentemente la tropa. En esto, en sí, no puede predicarse una culpa o falla del

servicio. El estado de necesidad de la autoridad se puso de presente. Si ésta se hubiera contentado con la negativa egoísta del señor Flórez, se habría configurado esa falla con más veras, porque en ningún caso el interés particular (para el caso el derecho del propietario del automotor), puede prevalecer sobre el general de la sociedad representado aquí por la necesidad de transportar un contingente de soldados que perseguían a un grupo de alzados en armas.

"'...Pero aunque no hubo falla y menos expropiación, sí se configuró en el evento *sub júdice* el rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas y por esta razón sólo por eso, deberá responder la Nación...'.

"En el caso transcrito como en el presente, el particular fue obligado por las autoridades a prestar su colaboración en virtud del interés general, asumiendo los riesgos propios de una actividad peligrosa, tanto es así que tuvo que responder con la propia vida en cumplimiento de la obligación impuesta. Como lo afirma la Sala, no puede calificarse el proceder de las autoridades como una falla del servicio pero tampoco puede desconocerse el perjuicio ocasionado, de tal manera que en razón de una decisión justa deberá condenarse a la Nación en razón del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

"La condena deberá ordenarse con respecto a los perjuicios morales ocasionados a los demandantes en razón de haberse demostrado el vínculo matrimonial y de parentesco con los demandantes. En cuanto a los perjuicios materiales no se encuentra en el expediente prueba que sirva de base para su tasación por lo cual la condena deberá hacerse en abstracto al tenor del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil.

"Por lo expuesto se solicita a la honorable Sala acceder a las súplicas de la demanda".

IV

Consideraciones de la Sala:

A) Dentro del proceso quedaron debidamente probadas las siguientes circunstancias particulares del caso:

Primera. Que el día veintiséis (26) de mayo de mil novecientos cincuenta (1950), contrajeron matrimonio, por los ritos de la Religión Católica, Gratiniano Buitrago y Mercedes Rubiano (cuaderno 1A, fl. 51), unión de la cual nacieron los siguientes hijos: Esperanza (febrero 10 de 1966), Araminta (diciembre 23 de 1951), Jaime (agosto 31 de 1950), Alcira (octubre 5 de 1962), Héctor (octubre 12 de 1960), Gladys (junio 4 de 1958), Ana Silvia (abril 10 de 1955), Gustavo (septiembre 1º de 1953), y Dory Buitrago Rubiano.

Segunda. Que el día diez (10) de diciembre de mil novecientos setenta y nueve (1979), falleció el señor Gratiniano Buitrago (cuaderno número 1, fl. 14).

Tercera. Que el día 10 de diciembre de mil novecientos setenta y nueve (1979), a las 10:40 horas fue asaltada la Sucursal de la Caja Agraria del Municipio de Vista Hermosa, por "...cuatro sujetos tres de ellos armados con pistolas calibre 9 mm., Smith Wesson y el cuarto portaba una carabina M-2 con proveedor curvo...", los cuales se sustrajeron la suma de un millón ochocientos cuarenta mil cuatrocientos cincuenta y tres pesos ($ 1.840.453.00). De la lectura del informe que el Comandante del Departamento Policía Meta y LLOO preparó sobre la forma como se desarrollaron los hechos, y bajo el rubro *"planeamiento de la operación"*, se destaca:

"En el preciso momento en que se estaba efectuando el asalto un agente que se encontraba cerca y desarmado se trasladó inmediatamente a las instalaciones del cuartel con el fin de informar sobre el hecho que se estaba llevando a cabo. *Inmediatamente el señor ST Meza Contreras Luis ordenó abordar un Jeep Nissan Patrol particular a una patrulla compuesta por un suboficial y tres agentes conducido por su propietario a fin de iniciar la persecución de los asaltantes...*" (cuaderno 2, fl. 52 vto. Subrayas de la Sala). En el mismo escrito, y bajo la referencia "b) *contacto con los atracadores*", se lee: "En el momento de producirse el volcamiento del vehículo en que se movilizaban los asaltantes se hizo presente la patrulla compuesta por el CP Jiménez Ortegón Régulo y tres agentes *llevándose a cabo un enfrentamiento...2. Particulares muertos.* Señor Gratiniano Buitrago, conductor del vehículo en que se movilizaba el personal de la policía..." (Subrayas de la Sala). Finalmente, el Comandante de la Policía Meta y LLOO a manera de conclusiones, anota:

"1. Aciertos... *Hubo colaboración por parte de la ciudadanía ya que la persecución inicial se efectuó en un vehículo de propiedad del señor Gratiniano Buitrago comerciante de la localidad, quien en el desarrollo de la operación fue muerto...*"

B) El apoderado de la parte actora, bajo el rubro *"razones y fundamentos de la violación"*, hace una serie de valoraciones jurídicas y fácticas para apoyar sus pretensiones, sin que en puridad de verdad pueda concluirse que está planteando la definición del caso ora a la luz de la filosofía jurídica que informa la falla del servicio, ora de la que sustenta el rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas. La Sala, sin embargo, interpreta la demanda tomando piso para ello en la razón quinta, que bajo la referencia anterior se enlista, para concluuir que en el caso en comento la figura jurídica que se da es ésta última. En efecto: El procurador judicial de los demandantes afirma que: "Los miembros de la Policía no tienen como función obligar a los particulares a ayudarles en el cumplimiento de sus deberes exponiendo de esta manera la vida de una persona...Además, la Policía Nacional está obligada a dotar a sus miembros de los vehículos y los conductores necesarios, para el cabal cumplimiento de sus funciones de protección de la vida de los ciudadanos y, de modo alguno se puede coaccionar y obligar a un ciudadano, contra su voluntad, sin ser miembro de la institución policial, a que persiga asaltantes en zonas despobladas y peligrosas para la vida de un ciudadano, hasta el punto de no ser gratuita esta afirmación que como consecuencia de la persecución a los asaltantes en el enfrenta-

miento armado perdió la vida el señor Gratiniano Buitrago Sánchez, y como causa directa y eficiente estuvo el hecho de que los agentes de la Policía y el Cabo Régulo Jiménez, conociendo todo el peligro inminente contra la vida del señor Gratiniano Buitrago Sánchez, lo obligaron a perseguir a los fascinerosos, con el resultado de la muerte del señor Gratiniano Buitrago Sánchez, originada en las heridas que recibió en el enfrentamiento, entre la policía y los bandoleros".

En apoyo de la pretensión anterior obra dentro del informativo el testimonio rendido por el señor José Lucas Vásquez Garcés (cuaderno número 2, fl. 115), quien acompañaba a la víctima en el momento en que la policía tomó el vehículo de propiedad de ésta. En lo pertinente del mismo se destaca:

"...nosotros salimos el día 10 de diciembre de 1979, de la finca de don Fernando Sierra en compañía de don Roberto Quintero, y Héctor el hijo de don Gratiniano y mi persona, salimos hacia Vista Hermosa, por ahí a las 7 y media u ocho de la mañana con el objeto de ir a traer un ganado, y a dejar a don Roberto Quintero en la empresa de transporte 'La Macarena', pues viajaba para Granada, llegamos a Vista Hermosa como a las nueve o diez de la mañana, y nos situaron en un cafecito de La Macarena despachando a don Roberto, cuando en esas pasó un Toyota rojo, como pasando para Granada, y en el retén habló con la Policía los del Toyota, entonces ya se devolvió la Policía, y nosotros que estábamos con un Nissan Patrol rojo de propiedad de don Gratiniano Buitrago, no me acuerdo de las placas ni del modelo pero era nuevo, *entonces llegó la Policía y preguntaron que de quién era ese carro y don Gratiniano dijo que era de él, entonces se fueron montando los policías, y dijeron que los tenían que llevar, todo esto daba órdenes era el Cabo, entonces salieron, nosotros no sabíamos qué ocurría y nos quedamos esperando a don Gratiniano, bueno, de ahí nos fuimos a esperar que llegara cuando ví que el carro llegó con el Cabo solo, habían pasado (sic) unos 20 minutos, bueno entonces yo mismo le pregunté al Cabo que qué le había pasado a don Gratiniano, y me dijo que estaba en el Hospital, yo ví ensagrando (sic) al Cabo, el pantalón, y me dijo que estaba con una herida leve, yo no quedé satisfecho con eso y entonces me fui al hospital con Héctor el hijo de don Gratiniano entonces le pregunté al médico que cómo estaba don Gratiniano para traérmelo para Villavicencio, y el médico me dijo que ya se había muerto*...La Policía y el Cabo de la misma se subieron *sin autorización de don Gratiniano, se fueron montando sin autorización, eso llenaron el carro hasta en el capot, y lo obligaron a don Gratiniano a que los tenía que llevar por allá a ver que había pasado, o sin saber qué había pasado...*" (Subraya la Sala).

Esta declaración, unida a la que también rindieron los señores Jairo Alberto Romero Pinto (cuaderno 2, fl. 79) y Hernán Bautista Patiño Jiménez, le permiten al sentenciador tener la cabal comprensión de todas las circunstancias particulares del caso por lo cual le es fácil concluir en el sentido de que al señor Gratiniano Buitrago Sánchez el Estado le impuso una carga excepcional por lo cual éste se responsabilizó de todos los perjuicios que con esa conducta le ocasionó a su esposa e hijos demandantes. La jurisprudencia de la

Corporación, en casos como el presente, ha sido reiterada en tal sentido. Así, en fallo de 24 de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), Expediente número 5042, Actor Hilario Flórez Rodríguez, Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, dijo:

"Los hechos bien probados, pese a que muestran la conducta poco ortodoxa de los militares que intervinieron en el evento narrado (tampoco se podían esperar especiales miramientos, dado el momento que se vivía), no pueden subsumirse dentro de los supuestos que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado en torno a la falla del servicio. No puede predicarse, ante las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se presentaron que el servicio militar funcionó mal, no funcionó o que su funcionamiento fue tardío.

"En esto no existe duda. Se le pidió al señor Hilario Flórez una colaboración de urgencia, para conveniencia de todos (la persecución de unos delincuentes) y este señor, como sucede ordinariamente con el común de los colombianos (egoístas y faltos de patriotismo e insolidarios) se negó a prestarla.

"De allí que tuviera que presionársele para poder disponer de ese vehículo de transporte que necesitaba urgentemente la tropa. En esto, en sí, no puede predicarse una culpa o falla del servicio. El estado de necesidad de la autoridad se puso de presente. Si ésta se hubiera contentado con la negativa egoísta del señor Flórez, se habría configurado esa falla con más veras, porque en ningún caso, el interés particular (para el caso el derecho del propietario del automotor) puede prevalecer sobre el general de la sociedad representado aquí por la necesidad de transportar un contingente de soldados que perseguían a un grupo de alzados en armas...Sólo se le exigió un sacrificio momentáneo, que encuentra su justificación plena en la función social que tiene y debe cumplir la propiedad...Además al imponérsele esa carga excepcional, el Estado se responsabilizó no sólo del perjuicio que le causó por su utilización, sino por el riesgo que tomó para sí al vincularlo de hecho al servicio oficial...Pero aunque no hubo falla y menos expropiación, sí se configuró en el evento *sub júdice* el rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas y por esa razón y sólo por eso, deberá responder la Nación. Efectivamente, al tomar el vehículo particular la autoridad para cumplir su misión de orden público, le impuso a su dueño una carga excepcional no impuesta a todos y que excede las cargas y molestias normales que impone el hecho de vivir en sociedad".

Si el fenómeno jurídico resultó claro en el caso anterior, en que se impetraba sólo la indemnización por la pérdida de un vehículo, lo es mucho más en el caso en comento, cuando el finado fue obligado no sólo a suministrar el medio de transporte, sino también a conducirlo, esto es, a jugarse la vida en la operación policiva. Nadie discute que es deber de los ciudadanos prestar su mejor colaboración a la autoridad, para el logro de los fines asignados a ésta, íntimamente relacionados con el mantenimiento de la seguridad ciudadana, el orden y la conservación de la paz, pero si de esa solidaridad particular

resultare el ciudadano, o su familia, perjudicados por la imposición de una carga excepcional, la Nación debe reparar el daño. Esta filosofía jurídica es la que informa la condena que se precisará en la parte resolutiva de este proveído.

C) *El daño.* En la demanda se impetra el pago de los daños materiales, en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, consolidados y futuros. Igualmente la indemnización por el perjuicio moral. No obstante esta realidad procesal, ningún esfuerzo hizo el apoderado de la parte actora para acreditar la existencia de los primeros. No obra dentro del informativo ni siquiera un testimonio que permita al sentenciador manejar esa pretensión con sentido positivo. La única prueba, ordenada y practicada, fue la pericial, que obra al folio 42 del cuaderno número 2, que no se puede apreciar porque el interesado no cubrió los honorarios de los peritos, no obstante que el Consejero conductor del proceso, en auto de veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987) le advirtió que tal resultado se daría si no actuaba en consecuencia. Respecto de la filosofía que informa la indemnización del daño causado, la Sala hace suya la perspectiva jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia que sobre el particular ha recordado:

"Innúmeras veces ha dicho la Corte, repitiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y en cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que los constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración" (Sentencia de noviembre 10 de 1944. Magistrado ponente doctor Hernán Salamanca. Gaceta Judicial. Tomo 58, números 2016 a 2018, pág. 113).

"Lo primordial es, pues, establecer el daño causado, deducir de las pruebas del proceso si los perjuicios querellados se encuentran suficientemente probados y sobre esta base fijar el *quántum,* o disponer que se fije en cumplimiento de la sentencia" (Sentencia de marzo 25 de 1947. Magistrado ponente doctor Manuel José Vargas. Gaceta Judicial. Tomo 62, números 2046 a 2052, pág. 88).

Por lo que hace relación con la pretensión para que se indemnice el daño moral subjetivo a la esposa del causante, y a los hijos de éste, la Sala hará la condena respectiva con la filosofía jurisprudencial reiterada en el sentido de que se presume el afecto entre esposos y entre padres e hijos. Ello explica que se ordene al pago de un mil gramos de oro, al precio que certifique el Banco de la República en el momento en que quede ejecutoriado este proveído, para cada una de las siguientes personas: Mercedes Rubiano viuda de Buitrago, Esperanza, Araminta, Jaime, Alcira, Héctor, Gladys, Ana Silvia, Gustavo y Dori Buitrago Rubiano.

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

Falla:

Primero. Declárase responsable a la Nación Ministerio de Defensa —Policía Nacional—, de los perjuicios sufridos por los demandantes Mercedes Rubiano viuda de Buitrago, Esperanza, Araminta, Jaime, Alcira, Héctor, Gladys, Ana Silvia, Gustavo y Dori Buitrago Rubiano, por los hechos descritos en la *causa petendi* de la demanda.

Segundo. Como consecuencia de la declaración anterior, *condénasele* a pagar a cada una de las personas que a continuación se enlistan, *un mil gramos de oro,* por perjuicios morales subjetivos, con el precio que certifique el Banco de la República en el momento en que quede ejecutoriado el presente fallo. Las personas beneficiadas con esta condena son: Mercedes Rubiano viuda de Buitrago, Esperanza, Araminta, Jaime, Alcira, Héctor, Gladys, Ana Silvia, Gustavo y Dori Buitrago Rubiano, esta condena se hace en concreto.

Tercero. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cuarto. La Nación Ministerio de Defensa —Policía Nacional—, deberá pagar en los términos consagrados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo a las personas beneficiadas con la condena o a quienes legalmente las representen.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.—

Si el sentenciador contesta los planteamientos del demandante pasando por unos esquemas que quizá varíen en su enunciación en el léxico, pero manteniendo sus sentidos y significados, no puede decirse que exista falta al principio de la congruencia.

FALLA DEL SERVICIO.

La falla o falta del servicio es un género de responsabilidad por daño, propio del campo del Derecho Administrativo, es obvio que esa falla o falta puede ser por acción o por omisión, en virtud de un simple hecho, o por la ocurrencia de un riesgo, o por obras públicas o por una operación administrativa, etc., lo mismo que cuando el daño extracontractual es atribuible a un particular.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., cinco de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número S-036 (RI-53). Recurso extraordinario de súplica. Actor: Julio César Ocampo Jaramillo. Recurrente: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—.

El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— ha interpuesto recurso extraordinario de súplica (art. 2º, Ley 11 de 1975) contra la sentencia de seis (6) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988) proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso indemnizatorio ordinario adelantado por el señor Julio César Ocampo Jaramillo a través de apoderado, para recabar condenas contra la Nación (Policía Nacional) y el establecimiento público arriba mencionado. Estima el recurrente que el fallo en cuestión viola, por aplicación indebida y por falta de aplicación, las jurisprudencias de Sala Plena que enumera, dado que hay congruencias ciertas entre lo pedido en la demanda y lo decidido en el pronunciamiento y entre la parte motiva y la parte resolutiva del mismo.

Habiéndose, pues traído a los autos la certificación de la Relatoría de esta Corporación acerca de las sentencias citadas por el recurrente como quebrantadas, es pertinente que se decida lo que corresponda, previos los siguientes prolegómenos:

I. Antecedentes:

1.1. Por conducto de apoderado, el señor Julio César Ocampo Jaramillo ocurrió en demanda presentada a 13 de diciembre de 1983, haciendo uso de la acción indemnizatoria que establecía el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo entonces vigente (Ley 167 de 1941), hoy "de reparación directa y cumplimiento" (art. 86, Decreto-ley 01 de 1984), para recabar:

"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 falla o falta del servicio o de la Administración, determinados 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 demandantes del bien de que trata este proceso o a quien o quienes lo tenía antes de llevarse a cabo la estrategia 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 las 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 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 ($ 30.000.000.00) moneda legal 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 subsista la falla 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 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".

1.2. Se fundamentó el actor en los hechos que seguidamente se transcribe y citó como disposiciones aplicables los artículos 331, 335 y 456 (numeral 3º) del Código de Procedimiento Civil; el artículo 762 del Código Civil; los artículos 1º, 29 (literal a) y 35 del Decreto 1355 de 1970; el artículo 2º del Decreto 2347 de 1971; la sentencia número 124 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle), de fecha 12 de diciembre de 1980 y ejecutoriada el 4 de febrero de 1981, y los artículos 16, 20, 21, 30, 51, 119 (ordinal 2º) y 167 de la Constitución Política. Los aludidos hechos narrados por el libelista, dicen a la letra:

"*Primero.* Por medio de la Resolución número A-0247-YP de 11 de junio de 1969, emanada de la Dirección del Proyecto Pe-

reira 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, ubicado 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 Municipo 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 el lindero con predios de David Muñoz Gallego, Azael Borja y sucesores de Antonio López, hasta la confluencia con la quebradas 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 (400) hectáreas, dos mil ochocientos veinticinco metros (2.825) cuadrados y según los planos números R-00372 y 99373 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 3.328 metros con José Quiceno, 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 demanda la entrega anticipada del bien, cuya expropiación se pretende, el avalúo 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.

"*Séptimo.* 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 plantadas en el predio rural denominado La Sonora, 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 estaba 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 yaraguá (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 provisionalmente 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 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'.

"*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 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 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 lo que se le comunicó por Oficio número 347 de fecha 1º de septiembre de 1976, anotada en el Libro Demandas, Tomo 2º, Folio 17, Partida 13, Matrícula número 806, 807, 808 y 809, folios 135, 136, 137 y 138, Tomo 109. Matrícula número 162, folio 5, tomo 2º. El Cairo.

" 'QUINTO: *Condénase* en las costas el proceso a la entidad demandante'.

"*Décimo.* 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).

"*Décimoprimero.* 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 quienes lo tenían antes de llevarse a cabo la entrega anticipada, con todas sus mejoras y anexidades, y a petición de los herederos y de María Mejía 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.

"*Décimosegundo.* 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 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 prestara 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.

"*Décimotercero.* 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.

"*Décimocuarto.* Pese a que se agotaron todos los procedimientos legales por parte de los 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.

"*Décimoquinto.* 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 ganado recibido de terceros, es decir, arriendo de los pastos" (fls. 84 a 88, cuaderno número 2).

II. De la sentencia recurrida en súplica:

2.1. No atendiendo la sugerencia de la señora agente del Ministerio Público —Fiscal 2ª del Consejo de Estado—, quien conceptuó en el sentido de que las peticiones de la parte actora no debían prosperar, porque en primer lugar, "carece de legitimación por activa", puesto que de la lectura de la providencia del Tribunal Superior de Buga calendada a 12 de agosto de 1983, puede referirse a un proceso ejecutivo seguido en contra del 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 resulta, 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 cómo el señor Ocampo, pues, como ya se dijo, su situación ya había sido resuelta dentro del incidente a que se ha hecho mención".

Además, continuó diciendo la señora Fiscal:

"De la interpretación del artículo 459 del Código de Procedimiento Civil se colige que la entrega o restitución de los bienes que se hubieren 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 cuatro 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 resistentes 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 de 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 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, problamente (sic) 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 a las entidades demandadas y en consecuencia las peticiones de la demanda no pueden prosperar" (fls. 159 a 160).

2.2. La parte motiva de la sentencia de 6 de mayo de 1988, ahora recurrida en súplica, plantea las consideraciones que a continuación se copian:

"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 sentenciado entre a decidir el fondo de la *litis* (cuaderno 3, fls. 119 y ss.). Los hechos en que las mismas se fundan o apoyan, fueron presentados así:

" '*Falta de legitimación 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 el 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 determinará si tenía o no, la calidad de poseedor material. Tal incidente se adelantó y se resolvió en su favor, mediante auto interlocutorio número 55 de 19 de septiembre de 1977 (fls. 41 a 77), en el cual también se ordenó que se evaluara 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 pros-

perar, 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 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 solictarlo 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 el *sub lite* no 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 aquien 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 procesos 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 la 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 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 declara extinguida la obligación, y otra bien diferente que este 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 linderando 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 provisionamiento 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 (1980) (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 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 una 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 terreno de cafetera y plátano en una extensión aproximada de una (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 la caña compuesto de la enramada propiamente y las instalaciones para el procesamiento de la caña y 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, en cuentra también respaldo probatorio en la diligencia de entrega del inmueble, que como 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 procedimiento 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 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 de El Cairo (Valle), quien para tal fin señaló el día diecinueve (19) de octubre de 1982. Llegado el día y la hora indicadas, 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.

" '*A la:* 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 comunicó lo siguiente:

" '1º Consciente de la delicadeza que implica la 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 demás, 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 esa 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 gravedad del problema y más aún que se tiene conocimiento de que los aparceros tiene 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 dar 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,

" 'Policía y amigo,

" 'CP. Rojas Gómez Gustavo

" 'Comandante Estación 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 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 precio 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 «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.

" 'SEPTIMO. Uno de los demandados, el señor Julián Zuluaga pretende que él tiene derecho a 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 no ha habido partición moral 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.

" 'DECIMO. 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 1.265 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 éstos que en copia 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 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 jurisprudencia 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 ese 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 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 repone 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 teoría autónoma de la falta o falla del servicio es clara, sin duda con mayor fundamento, la afirmación de que las entidades estatales son responsables por omisión, pero no de manera absoluta, incondicional, sino relativa, condicionada a la existencia de 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 doctor 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 la 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 acupantes (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 contribuyeron 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 hubiere 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, Celián, 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 éstos constituyeron la empresa comunitaria La Esmeralda, la que ha venido explotando desde 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 legal, 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 debe haberse cumplido dentro de los marcos legales hasta su culminación en la expropiación no había causado perjuicios. Claro que también podría calificarse toda la actuación administrativa como una falla del servicio'.

"El anterior marco legal y jurisprudencial permite al sentenciados 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 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 di-

ciembre de 1980, originaria del Juzgado Segundo Civil de Cartago, que ordenaba la entrega del bien '...*a quien o quienes la tenían antes de levarse 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, desconoció 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 personas 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 que 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 auto-

ridad 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 adecuadas 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 denominado 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 sí el medio 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 usado 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 falta 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 bien número de aparceros, a los cuales 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 Gilberto 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 3 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 de 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 y 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 (sic) 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 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 orien-

tadas 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 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 número 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 que 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 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 éste 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 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 definitivamente quede afirmada e indiscutible una voluntad de la ley que garantice un bien a una parte frente a otra» (Derecho Procesal Civil, Tercera Edición. 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 sí, 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. LXXXIX, págs. 261 y 262).

" 'Que es lo que sucede justamente, a juicio de la Sala, con el auto que diciendo 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 *ejusdem, 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 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 y 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 pueden 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 cuántas 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, 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, págs. 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, 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. Esta 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 consumados, 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 obtenenmos 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, no 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 extemporánea del demandante durante, los tres años anteriores al momento en que fue privado de la posesión, en las cuales debió renunciar 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 one-

rosos, 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 2 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 esta 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 INCORA, 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" (fls. 205 a 249, cuaderno número 2).

2.3. Y como, entre otras causales para que prospere la súplica extraordinaria se esgrime la incongruencia entre la parte motiva, acabada de transcribir, y la parte resolutiva, se copia ésta íntegramente.

Dice:

"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 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 moratorias después de dicho término" (fls. 249 a 250).

III. De las causales del recurso:

3.1. Se trae, en primer lugar, la sentencia calendada a 27 de julio de 1981, adoptada en el expediente número 10348, actora: María del T. Jarava de Mercado, ponencia del honorable Consejero doctor Mario Enrique Pérez Velasco, que respecto a la congruencia que ha de haber entre el *petitum* del libelo y lo decidido por el fallador, dice:

"Ya se anotó que en este proceso se incurrió en la equivocación de anular un acto con respecto al cual existía desistimiento

aceptado. De esta manera se contrarió la jurisprudencia de que la justicia contencioso administrativa es rogada y no oficiosa, pues a esto equivale una sentencia cuya parte resolutiva le da cabida a una pretensión extraña al proceso.

"Lo procedente significa que se contradijo la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, por no haber sido adoptado el cambio de criterio en la forma prescrita en el artículo 24 del Decreto 528 de 1964, motivo por el cual la Sala Plena debe anular la sentencia suplicada y proferir la de instancia.

"Evidentemente, según lo ha sostenido tradicionalmente la jurisprudencia de la Corporación, esta jurisdicción tiene el carácter de rogada, porque quiere decir que para decidir no puede ir más allá de lo pedido por el demandante, teniendo en cuenta las normas indicadas como violadas y expresando siempre el concepto de la violación".

Para corroborar lo expuesto, igualmente menciona, pese a que no es de Sala Plena, sino de la Sección Segunda, lo anotado en fallo de 19 de diciembre de 1984 (Expediente número 9088; *Anales* 1984, 2º semestre) amén de otro fallo del Consejo de fecha 10 de abril de 1942 (*Anales* 1942, números 311-316) que enseña:

"La sentencia debe llevar como contenido el reconocimiento o la declaración de la existencia de un derecho y su correlativa obligación o la inexistencia de los mismos, o la declaración de la existencia o inexistencia legal, de un acto generador de derechos y obligaciones. No puede ser objeto de la esencia la declaración de la existencia de hechos que pueden un derecho en presencia de determinada situación legal, pero que, por sí mismos no son un derecho o una obligación, ya sean éstos patrimoniales o extrapatrimoniales".

3.2. Y en cuanto atañe a la falta de congruencia entre la parte motiva y la parte resolutiva del fallo atacado, dice el recurrente que ello puede observarse al analizar lo anotado en la página 50 del fallo cuando expresa:

"De la lectura atenta el *'petítum'* se desprende fácilmente que el actor no está impetrando en esta ocasión el pago de mejoras, ni su carácter de demandante 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.* Este es el punto jurídico de fondo respecto del cual la Sala hará pronunciamiento más adelante".

La incongruencia sube de punto, al tenor de lo expuesto por el libelista al leer las páginas 52, 68, 74, 80 y 87 y compararlas con lo decidido en el fallo finalmente, al condenar al INCORA "por los daños y perjuicios ocasionados en la operación administrativa de adquisición del predio La Sonora", lo que no tiene que ver con lo registrado en las consideraciones del fallo, lo que desconoce la jurisprudencia que en

dicho sentido sentara la jurisprudencia de la Sala Plena en fallo del ya mencionado, o sea el del expediente número 10348 (27 de julio de 1981, actora: María del T. Jarava de Mercado) cuando señaló:

> "Como en el caso de autos, inadvertidamente, en la parte resolutiva de la sentencia se declaró la nulidad de la resolución ... de la Junta Directiva del ... mediando el desestimiento tantas veces citado, no podía ser objeto de decisión una cuestión sustraida de la controversia y, al serlo, se configuró un error judicial.
>
> "En efecto, el sentenciador fue víctima de un *lapsus cálami*, pues no obstante que en la parte motiva transcribe y acoge como consideración básica el concepto que sobre el desestimiento emitió el señor Agente del Ministerio Público, en la resolución lo desconoce, no observando *el principio de que debe existir congruencia entre las partes considerativa y dispositiva de las decisiones, para no romper así la armonía del silogismo judicial.*
>
> "Es innegable que se está en presencia de una equivocación judicial, como lo reconoce el recurrente, en la transcripción que atrás se hizo, la cual es pertinente enmendar mediante la sentencia de instancia que a continuación se pronuncia" (Subraya del recurrente).

Concluye haciendo un parangón entre esos apartes atrás vistos y la parte resolutiva del fallo al reconocerle al señor Ocampo Jaramillo su carácter de poseedor material de Las Guacas, que forma parte del predio La Sonora, al reconocerle también el derecho a ser indemnizado "por el derecho de posesión material y mejoras existentes en el lote adscrito" y al decretar el avalúo de la indemnización mediante incidente, y más adelante al explicar que "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 (1980), se puede 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", lo que se contradice jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el valor que tiene "cosa juzgada", no sólo las sentencias sino los autos interlocutorios, dado que de tal valor a una actuación posterior, a la conducta desarrollada por el particular al retirar el valor ordenado pagar en la providencia del Juzgado que "supuestamente debería tener el valor de cosa juzgada según la jurisprudencia de la honorable Corte recordada en la parte motiva de la sentencia, lo que no guarda consonancia alguna con lo predicado en la providencia del Juez".

Para resolver, se considera:

A) Fundaméntase el recurso que ahora habrá de estudiarse, en el artículo 2º de la Ley 11 de 1975. Este enseña:

> "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 acoge 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 (5) días siguientes al de la notificación del auto o fallo".

A raíz de la derogación expresa que de la Ley 11 de 1975 hiciera el Decreto-ley 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo vigente), en su artículo 268, se tuvo como desaparecido del derecho positivo esta figura denominada "recurso extraordinario de súplica"; mas al haber sido declarada la inexequibilidad de esa disposición por sentencia de 30 de agosto de 1984, surgieron criterios contrapuestos, acerca de la vigencia de la Ley 11, acerca de los efectos de otra sentencia de la Corte calendada a 29 de noviembre de 1984 ante el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 y acerca de la derogatoria tácita de la citada ley. Sin embargo, esta Sala Plena ha tenido a bien definir el tema por medio de dos pronunciamientos suyos recientes (el 30 de agosto de 1988, actor: Servicios Aéreos Ejecutivos Ltda., Ponente: honorable Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, expediente S-032, y el de 13 de septiembre de 1988, actor: Flota Mercante Grancolombiana S. A., Ponente: honorable Consejero doctor Carlos Ramírez Arcila, expediente S-024), según los cuales el recurso ha revivido este medio de impugnación en virtud de que "la inexequibilidad de una norma que deroga una ley anterior la revive", lo que no sucede "con la derogatoria de una ley que deroga otra anterior".

Igualmente cabe recordar que las dos últimas sentencias de esta Sala Plena que acaban de mencionarse, han reafirmado la ya reconocida doctrina de 25 de marzo de 1981 (expediente 10392, Ponente: honorable Consejero doctor Carmelo Martínez Conn) en torno a los alcances del recurso, cuando la Ley 11 se armoniza con el artículo 24 del Decreto 528 de 1964 que subdividió la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Secciones (art. 22). El artículo 24 obedece a una clara finalidad: "Evitar que las Salas o Secciones de la Corporación actúen como cuerpos separados, como otros tantos Consejos de Estado por fuera de un pensamiento rector". Por ello, la tesis nuevamente puesta en vigor que las sentencias que hayan de aducirse para que pueda prosperar un recurso extraordinario de súplica han de ser de Sala Plena y no de una o varias de las Secciones.

Sentado entonces lo anterior, pasan a analizarse los cargos que el recurrente que en este momento ha propuesto el *sub lite*, ha explicado como se ha visto en los prolegómenos de esta providencia.

B) El primero de los cargos planteados por el recurrente se refiere, como se ha indicado, a la falta de congruencia entre lo pedido en la demanda y lo decidido en la sentencia, porque mientras que en aquélla se solicita la responsabilidad de los demandados "por los daños y perjuicios causados por la falla o falta del servicio o de la Administración", en ésta se condena a los mismos, *solidaria y administrativamente*, siendo "el primer centro de imputación jurídica por *omisión*,

y el segundo por la *operación administrativa* de adquisición de la finca 'La Sonora', ubicada en ...", lo que, dice el impugnador, "no era objeto de debate judicial".

Ahora bien, aunque el principio de la congruencia es básico en los pronunciamientos de los Tribunales de justicia rogada, como lo son los estrados de lo contencioso administrativo, no significa él que sea preciso que las palabras usadas por el demandante sean exactamente los vocablos que use el sentenciador en un caso dado; siempre que las ideas y la comprensión de los fenómenos en uno y otro texto, sean significativamente armónicos, no implica incongruencia. Si el sentenciador contesta los planteamientos del demandante pasando por unos esquemas que quizá varíen en su enunciación en el léxico, pero manteniendo sus sentidos y sus significados, no puede decirse que exista falta al principio de la congruencia. No es que haya así un rodeo o una evasión a la problemática del demandante, sino que quizá se plasmen unos mayores equilibrios que aprehendan mejor la realidad de los temas jurídicos que se deriven del propio libelo, por un lado, y del desarrollo del proceso o juicio que sea secuela de aquél. Si la flexibilidad del idioma no reconoce fronteras, si la investigación emprendida durante el proceso o juicio permite que se definan mejor los fenómenos tratados en la demanda y si del estudio de uno y de otro es posible verificar coincidencias jurídicas que permitan expresarlo de otra forma o manera, no es acertado señalar que exista quebranto al principio de la congruencia. Lo que prohíbe éste es el fallo *ultra petita* o *extra petita*, no una diferencia de vocablos que ejerza una mejor comprensión acerca de las aspiraciones del demandante, según lo que resulte probado o demostrado a lo largo del proceso.

Como dice un autor, "las palabras constituyen unas veces la fortuna de las cosas y, en otras, su desgracia". Las relaciones entre el vocabulario que use alguien y el que maneja otra persona, pueden padecer derivaciones que un lector determinado de ambos textos no encuentre concordes. Pero si los dos se analizan, si se halla que los dos guardan relación de significados coincidentes en los fenómenos jurídicos y sociales del caso, habiendo entre ellos elementos únicos de especificidad, no habrá ciertamente quebranto al principio de la congruencia que, se repite, ha de haber en las sentencias de justicia rogada. El estilo de explicar las cosas varía entre redactor y redactor, por lo que será el estudio de los fenómenos y de las problemáticas lo que servirá de derrotero para saber si hay incongruencia o no.

Cuando, como ocurre en el caso *in exámine*, si a la Nación —Policía Nacional— se le hace responsable en la parte resolutiva del fallo, por *omisión*, y al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, solidariamente con aquélla, por *la operación administrativa de adquisición de la finca La Sonora*, no se está desviando de lo impetrado en la demanda de que a dichos entes se les condene como responsables por los daños y perjuicios causados al señor Ocampo Jaramillo por la falla o falta del servicio o de la Administración, sino que les está dando un contenido más preciso pero de una misma dimensión de significados. Si se ha impetrado que se condene a ambas personas estaduales —la Nación y el INCORA—, esa responsabilidad por hechos atribuibles en conjunto a las dos, sólo puede ser de carácter solidario al tenor de lo preceptuado en los artículos 983 y 1583 del Código Civil, puesto que

el artículo 1568, segundo inciso, *ibídem*, enseña: "Pero en virtud de la convención, del testamento *o de la ley* puede exigirse a *cada uno de los deudores* o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es *solidaria* o *in solidum*". Es decir, el sentenciador, en este aspecto, sólo está calificando de un modo más específico la clase de obligación que surge por los hechos, uno negativo —omisión— atribuible a la Nación (Policía Nacional o Ministerio de Defensa), otro positivo —operación administrativa— endilgable al INCORA. Y lo mismo hace al orientar acerca de la naturaleza de esos hechos, que son los engendradores de la falta del servicio detallados globalmente por el libelista.

No ve, por consiguiente, la Sala Plena que haya habido violación de la reiterada jurisprudencia suya que ha sido traída por el recurrente. No ha sido otorgada una pretensión extraña al proceso la que se encuentra en el primer acápite de la parte resolutiva de la sentencia acusada. Lo indicado en las sentencias de 10 de abril de 1942 y en la de 27 de julio de 1981 sigue siendo tenido en cuenta por la de 6 de mayo de 1988 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y de allí que este primer cargo no tiene vocación de prosperidad.

C) En cuanto atañe a la pretensa "incongruencia entre la parte motiva y la resolutiva de la sentencia", han de analizarse los párrafos en los que la recurrente la observa. Se tiene entonces:

1. Página 50 del fallo: "De la lectura atenta 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 por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle) en el proceso de expropiación del predio La Sonora. Este es el punto jurídico de fondo respecto del cual la Sala hará pronunciamiento más adelante".

2. Página 52 del fallo: "...y otra bien diferente que éste mismo ciudadano acciones ahora para obtener el pago de perjuicios por 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)".

3. Página 68 del fallo: "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. & Jaramillo E. Ltda. y Urbanización La Frontera Ltda., dijo: ..."

4. Página 74 del fallo: "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".

5. Página 80 del fallo: "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..."

6. Página 87 del fallo: "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".

La incongruencia la mira el recurrente en que, en los párrafos transcritos se habla continuamente de falla o de falta del servicio, y, en cambio, en la parte resolutiva de la sentencia impugnada se trata de "los daños y perjuicios ocasionados con la operación administrativa de adquisición del predio La Sonora, cosa totalmente distinta a lo consignado en las consideraciones del fallo".

Quepa recordar aquí que, al tenor de la doctrina, la llamada "falla o falta del servicio" es una de las fuentes de la responsabilidad de la Administración. Que cuando el daño es provocado por una agencia pública, engendra responsabilidad de la Administración si esa falta es una falla del servicio, porque no se puede atribuir directamente a un funcionario individualmente considerado, porque no se trata de una falta personal; la falta personal es ajena a la función; en cambio, la falla del servicio se atribuye al órgano; por eso dice Laferriere, citado por Laubadere, que hay falla del servicio si "el acto dañoso es impersonal, revela un administrador más o menos sujeto a error", y que en la falla personal, no atribuible a la Administración, se revela "el hombre con sus debilidades, sus pasiones y sus imprudencias". Que habría falla personal y no del servicio cuando el acto dañoso se perpetra por el funcionario por fuera de la función, o por razón del fin, cuando el acto, cumplido con ocasión de la función, ha sido provocado por una intención malsana, o por razón de la gravedad, cuando el acto, cumplido en virtud de la función, ha consistido en una irregularidad grosera, en un error flagrante.

De suerte, pues, que la denominada "falla o falta del servicio" es una de las fuentes de responsabilidad de la Administración. Cuando ella se presenta en un caso concreto, la Administración *será declarada responsable* si el daño es de una determinada naturaleza y si presenta ciertas características. Como dice también Laubadere, desde "este punto de vista, la teoría de la responsabilidad del Derecho Administrativo corresponde en general al del derecho civil, mientras que por otros determinados caracteres, la teoría es diferente". "En Derecho Administrativo —continúa el autor— el daño debe ser, 1º Imputable al servicio público; es necesario que él, el servicio público, sea la causa del daño. El daño debido a un hecho de fuerza mayor no entraña responsabilidad de la Administración; del mismo modo, la falta de la víctima exonera total o parcialmente esta responsabilidad. 2º *Cierto*. El daño eventual no ha de ser reparado. 3º *Directo*. El daño indirecto se excluye" (Manuel de Droit Administratif, Onziéme Edition, págs. 127 y ss.).

Recuérdese por último que la falla o falta del servicio puede consistir, como casi siempre ocurre, en una falla anónima en la que el autor no aparece de manera precisa, bajo la forma de un funcionario determinado; que es el servicio en conjunto el que ha funcionado mal.

Por ende, la falta del servicio consistirá, a fin de cuentas, en que el servicio no ha funcionado o en que ha funcionado tardíamente, creando con ello, un daño.

Entonces, como quiera que la falla o falta del servicio es un género de responsabilidad por daño, propio del campo del Derecho Administrativo, es obvio que esa falla o falta puede ser por acción o por omisión, en virtud de un simple hecho, o por la ocurrencia de un riesgo, o por obras públicas, o por una operación administrativa, etc., lo mismo que cuando el daño extracontractual es atribuible civilmente a un particular. Y si el sentenciador de un caso dado, a veces menciona el género y otras veces la especie o las especies en que consista la falta, no ve la Sala Plena que haya incongruencia en el uso indistinto de vocablos, máxime si lo que se pretende con ello, es la mayor elegancia en el lenguaje.

Como la sentencia no es incongruente en sus partes, ha de concluirse que la segunda causal traída a cuento por el recurrente, o sea, el quebranto de la jurisprudencia sentada en el pronunciamiento de Sala Plena de 27 de julio de 1981, tampoco puede prosperar.

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

Falla:

No prospera el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de 6 de mayo de 1988, de la Sección Tercera de esta Corporación.

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

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 29 de noviembre de 1988.

Carmelo Martínez Conn, Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Jaime Abella Zárate, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Carlos Betancur Jaramillo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Antonio José de Irisarri Restrepo, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, José Ignacio Narváez García, Jorge Penen Deltieure, Carlos Ramírez Arcila, Simón Rodríguez Rodríguez,* Ausente; *Consuelo Sarria Olcos,* Ausente; *José Antonio Salazar Cruz,* Conjuez, Ausente; *Julio César Uribe Acosta.*

Nubia González Cerón, Secretaria.

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

VIA DE HECHO.— ACCION DE REPARACION DIRECTA.

La operación administrativa de un acto no notificado, constituye una vía de hecho y permite una acción de reparación directa.

CONSEJO DE MINISTROS. Naturaleza de sus actos.

Frente al concepto exigido para la contratación administrativa en el artículo 137 del Decreto-ley 150 de 1976, el Consejo de Ministros tiene que pronunciarse en forma oportuna, clara y precisa, y con motivación que pueda ser conocida por todos los interesados en el nacimiento del acto jurídico. La negativa en hacerlo, hace nacer responsabilidad para la Administración.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. DAÑO. Prueba.

El perjuicio que condiciona la responsabilidad no es materia de presunción legal y como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado.
Reiteración jurisprudencial.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Colaboró doctor: *Fernando Ospina Henao.*

Referencia: 3182. —Contratos—. Actor: Grancolombiana de Ingeniería y Construcciones Ltda. "GRANDICON". Demandado: Fondo Vial Nacional.

I

Por conducto de mandatario judicial, legalmente constituido, la sociedad Grancolombiana de Ingeniería y Construcciones Ltda., constituida mediante escritura pública número 3225 de 3 de julio de 1953, pasada ante el señor Notario Cuarto de Bogotá, demandó el 19 de

marzo de 1981 al Fondo Vial Nacional, para que con su citación y audiencia se hicieran en su contra las declaraciones y condenas que se precisan en el referido libelo.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcriben a continuación los apartes pertinentes de la demanda.

Petitum:

Se recoge a través de la siguiente literatura:

"En ejercicio de la acción de plena jurisdicción establecida en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, y dentro del término previsto en el artículo 83, inciso 3, *ibidem*, de la manera más respetuosa solicito del honorable Consejo de Estado lo siguiente:

"1. Que se declare la nulidad de la providencia del Consejo de Ministros de fecha 20 de noviembre de 1980 por medio de la cual no se dio concepto favorable al contrato celebrado entre el Fondo Vial Nacional y mis representadas para las obras de mejoramiento de las condiciones de navegación en el Canal del Dique.

"2. Que se declare la nulidad de la providencia de fecha 22 de diciembre de 1980 dictada por el Consejo de Ministros y por medio de la cual se mantuvo la providencia citada en el numeral anterior.

"3. Que se condene a la Nación a indemnizar los perjuicios que se le causaron a mis representadas" (fl. 194).

Causa petendi:

Los hechos que estructuran la *causa petendi* se presentaron así:

"*Hechos.* a) Con fecha 12 de septiembre de 1979 se abrió la licitación pública internacional número 456 por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Fondo Vial Nacional, previas las publicaciones que ordena el artículo 22, numeral 3º del Decreto 150 de 1976, y en cumplimiento de lo ordenado por la Resolución 5327 de 20 de junio de 1979 emanada del Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional—;

"b) Por medio de la Resolución número 2441 de 20 de marzo de 1980 el Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional—, adjudicó al consorcio formado por mis representadas dicha licitación por un valor de $ 1.321.954.080 moneda legal colombiana $ 33.549.391 florines holandeses;

"c) El proceso de la licitación, el del estudio de las propuestas y la adjudicación misma se acomodaron en un todo a las disposiciones legales vigentes (Decreto 150 de 1976), así como al contrato de préstamo número 347/OC-CO celebrado por el Ministerio —Fondo con el Banco Interamericano de Desarrollo—;

"d) Para proceder a la firma del contrato y obtener su correcta y pronta ejecución las sociedades adjudicatarias realizaron las reservas de equipo personal y dinero necesarios;

"e) Igualmente la sociedad extranjera inició y culminó satisfactoriamente todos los trámites necesarios para la incorporación de una sucursal en Colombia requerida para la ejecución del contrato;

"f) El día 24 de julio de 1980 se firmó, por parte de mis representantes, en el despacho del señor Ministro de Minas y Energía, quien actuaba como Ministro *ad hoc* de Obras Públicas y Transporte, debido a impedimentos del titular de dicha cartera, el contrato correspondiente, el cual posteriormente se numeró con el *558/80;*

"g) El representante del Fondo Vial Nacional no hizo lo propio en esa fecha sino que vino a firmarlo en una fecha posterior de la cual no tuvieron noticia las sociedades que represento;

"h) Con fecha 1º de julio de 1980 la firma Ballast Nedam Groep N.V., por conducto de apoderado, se dirigió al Ministro de Obras Públicas y Transporte *ad hoc,* alegando el ejercicio del derecho de petición para adelantar un procedimiento ajeno a las disposiciones legales de impugnar el acto de la adjudicación por supuestas fallas. En desarrollo del mismo procedimiento anormal e ilegal insistió en sus cartas de fechas 18 de septiembre de 1980, dirigida al Presidente de la República y a los honorables Miembros del Consejo de Ministros, y 28 de octubre de 1980, dirigida al Ministro de Obras Públicas y Transporte *ad hoc;*

"i) El procedimiento descrito en el literal anterior fue adelantado sin conocimiento de mis representadas y sin que hubieran tenido la oportunidad de intervenir en defensa de sus intereses;

"j) Simultáneamente, el día 14 de julio de 1980, la misma firma Ballast Nedam Groep N.V. presentó queja ante el Procurador General de la Nación contra el Exministro *ad hoc* de Obras Públicas y Transporte y los demás funcionarios que intervinieron en el proceso de adjudicación del contrato;

"k) El Procurador, en decisión de 6 de noviembre de 1980, haciendo uso de funciones que no le confiere la ley, sancionó disciplinariamente al Exministro y dispuso transcribir su fallo al Presidente de la República al honorable Consejo de Ministros y al honorable Consejo de Estado;

"l) Firmado el contrato y satisfechos los requisitos legales previos, el Consejo de Ministros, agotado el trámite establecido por el artículo 37 del Decreto 150 de 1976 con fecha 20 de noviembre de 1980 no impartió concepto favorable y ordenó la apertura de una nueva licitación;

"m) Lo anterior fue comunicado a las firmas adjudicatarias, por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte en carta de 26 de noviembre de 1980;

"n) El día 28 de noviembre de 1980 los representantes legales de las sociedades adjudicatarias solicitaron al honorable Consejo de Ministros la reconsideración de la medida adoptada por medio de escrito cuyas alegaciones siguen siendo pertinentes;

"o) El Consejo de Ministros en su reunión de 22 de diciembre de 1980 confirmó la improbación, según escueta comunicación enviada por su Secretario a mis representadas con fecha 23 de diciembre de 1980;

"p) En solicitud respetuosa dirigida al excelentísimo señor Presidente de la República los representantes legales de las sociedades afectadas solicitaron copias de las decisiones adoptadas por el Consejo de Ministros en sus sesiones de 20 de noviembre y 22 de diciembre de 1980 con inclusión de las motivaciones a que hubo lugar;

"q) El Secretario del honorable Consejo de Ministros con fecha 7 de enero de 1981 expresó su negativa a la solicitud relacionada en el literal anterior, aduciendo la reserva;

"r) Las decisiones del Consejo de Ministros no fueron notificadas como lo ordenan los artículos 10 y 11 del Decreto-ley 2733 de 1959" (fls. 189 y 190).

II

Alegato presentado por el apoderado de la parte actora:

A folios 284 y siguientes del cuaderno número 1, aparece el texto del alegato presentado por el mandatario judicial de la parte demandante, en el cual se hacen valoraciones de orden jurídico y fáctico, de las cuales se destacan las siguientes:

"1. *La intervención del Consejo de Ministros. Su naturaleza.*

"1.1. El régimen de la contratación administrativa para la época en que surgió la controversia objeto de este proceso se encontraba contenido en el Decreto 150 de 1976. Dicho estatuto establecía en el último inciso del artículo 159 la obligatoriedad de solicitar un concepto al Consejo de Ministros cuando la cuantía del contrato suscrito por un establecimiento público (el Fondo Vial Nacional participa de esa calidad) fuera superior a $ 200.000.000.00 (suma esta sobrepasada por el adjudicado y suscrito). La norma en comento debía complementarse con las contenidas en los artículos 37 y 27 del mismo Decreto que, en su orden, ordenaban un estudio previo por parte de la Secretaría jurídica de la Presidencia de la República y limitaban el ámbito del concepto a la legalidad y/o conveniencia del contrato suscrito.

"1.2. A la luz de las normas comentadas se encuentra al Consejo de Ministros actuando única y exclusivamente después de que todo el proceso de formación de la voluntad administrativa se ha desarrollado. Indudablemente el ente administrativo interesado en contratar forma su voluntad a través del proceso de

contratación indicado en la ley y el cual, en nuestro amplio medio jurídico, se componía (y compone) de (i) la apertura de una licitación de cualquier tipo o de un concurso, según el caso, mediante los cuales se invitaba a proponer a todas aquellas personas inscritas en el registro de proponentes dentro de un término prefijado, (ii) el recibo, estudio, avaluación, consideración y comparación de las ofertas entregadas oportunamente, y (iii) a la adjudicación del contrato al proponente considerado más adecuado.

"1.3. Existiendo un contrato la pregunta que surge es cuál es el papel del Consejo de Ministros en el proceso de formación de la voluntad administrativa? La respuesta a este interrogante está implícita en el párrafo anterior. Ninguno, así tajante. También la respuesta anterior encuentra su sustento en la misma ley que establece el principio de la autonomía del ente administrativo descentralizado e impone el llamado control o acción de tutela. Entonces, cuál el objeto de su participación? Este interrogante lo establece el artículo 39 del Decreto 150 de 1976 al disponer que él es un paso necesario para el perfeccionamiento del contrato. Ahora, obviamente, es necesario definir el alcance de la palabra perfeccionamiento del contrato. Será un elemento subjetivo indispensable para la formación de la voluntad, o por el contrario, será simplemente un elemento objetivo para la ejecutabilidad de las obligaciones contraídas? Ambas alternativas merecen estudiarse separadamente.

"1.4. Ya atrás me declaré convencido de que la voluntad administrativa terminaba de formarse con la adjudicación del contrato. Ello implica, necesariamente, que desde mi punto de vista, el perfeccionamiento del contrato no hace parte del proceso de formación de la voluntad. Este escrito, ciertamente civilista, tiene su razón en las mismas disposiciones enunciadas atrás y, particularmente, en que los elementos concedidos a la Administración para formarse su conocimiento son (i) los términos y condiciones que ella misma elabora para sometimiento de los posibles interesados, y (iii) la oportunidad que se le brinda de evaluar a sus anchas las propuestas que se le hayan presentado incluso a través de un sistema comparativo. Estos dos pasos fundamentales conforman todo el elemento volitivo que viene a expresar en el contrato, previa una adjudicación. En el mismo sentido que expresa la doctrina al decir que el contrato se perfecciona al tiempo de la adjudicación. La expresión perfeccionamiento utilizada por los autores se debe entender como el momento en el cual se perfecciona la voluntad administrativa o consentimiento. De lo expuesto resulta que supeditar el perfeccionamiento del contrato a la aprobación posterior del Consejo de Ministros no configura una etapa para la obtención del consentimiento puesto que éste quedó formado completa y válidamente con anterioridad. Adicionalmente se arguye que de no ser ello así se violaría y desconocería el atrás referido principio de la autonomía del ente administrativo descentralizado.

"1.5. El perfeccionamiento tiene, por ende, como objeto apenas otorgarle eficacia a las obligaciones válidamente pactadas en el contrato sometido a ello. Yendo, aún más allá, es viable

afirmar que los requisitos de perfeccionamiento constituyen una condición suspensiva. Los fundamentos de esta tesis han venido siendo expresados a lo largo de los últimos puntos y, por tanto, resulta inútil repetirlos. Sin embargo anoto que esta afirmación se basa en la eficacia de las obligaciones contraídas que conduce a su inexigibilidad hasta tanto no se hayan dado los pasos necesarios para el perfeccionamiento aludido. Tampoco sobra anotar que la adjudicación genera una obligación de hacer; celebrar el contrato y cumplir con todos los requisitos para su perfeccionamiento.

"1.5. *(bis)* Como conclusión se llega a que el perfeccionamiento sólo constituye un paso en virtud del cual las obligaciones contraídas válidamente adquieren eficacia. Esta conclusión es la misma incorporada en el artículo 202 del Decreto 150 de 1976 que prohíbe la ejecución de los contratos que no estuvieren debidamente perfeccionados.

"1.6. Visto todo lo anterior, enmarcado dentro de la más pura teoría de la formación de la voluntad, es indispensable adentrarse en la razón de la existencia del concepto del Consejo de Ministros. Ella sólo cabe como un ejercicio válido y necesario del control de tutela y únicamente entendible dentro de nuestro particular régimen presidencial. La tutela es, naturalmente, una función de inmenso arraigo privado pero incorporada al derecho administrativo de tal forma que se ha hecho indispensable en el ejercicio del poder público.

"1.7. Ya delimitada la actuación del Consejo de Ministros como una forma legal y particular *(sui géneris)* del ejercicio del control o acción de tutela se concluye, sin lugar a equívocos, que el concepto favorable exigido del referido Consejo de Ministros en las disposiciones contenidas en los artículos 159 *in fine* y 37 del Decreto 150 de 1976, es un acto administrativo típico. Por consiguiente, como tal es objeto de los controles jurisdiccionales establecidos en la ley para dicha clase de actos.

"1.8. No faltará quien interprete como un acto político esta actuación del Consejo de Ministros y, por ende, manifieste que escapa en un todo a el control jurisdiccional. Sin siquiera entrar a definir el punto me pregunto qué de político tiene este concepto en un régimen no autoritario? Desde mi punto de vista absolutamente nada y lo cual está corroborado por el inciso 3º del artículo 27 del Decreto 150 de 1976 cuando ata y refiere el concepto a la legalidad y a la conveniencia. El acto político tiene por característica el no estar normado o reglamentado. El hecho que los actos políticos tengan, generalmente, por base razones de conveniencia no da lugar a subsumir en esa categoría los llamados actos administrativos discrecionales para así excluirlos del control jurisdiccional. La doctrina contemporánea ya hace mucho tiempo que superó esa etapa de los poderes omnímodos del príncipe y concluyó en la necesidad y la legalidad del control jurisdiccional para dichos actos. El honorable Consejo de Estado en diversas sentencias ha sentado este principio en forma inequívoca. Finalmente es prudente recordar lo dicho atrás sobre el papel neta-

mente administrativo desempeñado por el Consejo de Ministros al conceptuar sobre el contrato. En esa oportunidad quedó establecido sin lugar a dudas que la intervención del Consejo de Ministros se debe a la acción de tutela que gobierna a la Administración descentralizada.

"1.9. Para reiterar la naturaleza administrativa de la intervención del Consejo de Ministros me cabe reseñar la opinión predominante en la doctrina colombiana de sostener que la actuación del Consejo de Estado al revisar los contratos administrativos constituye un acto meramente administrativo puesto que es, al igual que la actividad del Consejo de Ministros, una actuación de simple control administrativo. Es obviamente indispensable tanto en el caso descrito como en la actuación del Consejo de Ministros aplicar el criterio material para definir la naturaleza del acto. Esto, lo que he hecho a lo largo de lo ya escrito.

"2. *El concepto. Clase de acto administrativo que comporta.*

"2.1. Definido y ubicado como un acto administrativo el concepto del Consejo de Ministros es indispensable desentrañar que clase de acto es. Fundamentalmente resulta importante a más de interesante, determinar si es un acto reglado o uno discrecional al igual de si participa de la naturaleza de una aprobación o de una autorización o de un visto bueno.

"2.2. Los actos administrativos se dividen, según la libertad de actuación de la Administración, en reglados o discrecionales. Los primeros son aquellos en los cuales la voluntad administrativa poco o nada puede realizar respecto de la decisión a tomar. Efectivamente su labor casi que se limita a constatar la ocurrencia de los supuestos de hecho de la norma para aplicar la consecuencia jurídica que ella misma impone. Naturalmente lo reglado admite grados divisibles en más o menos reglados dependiendo de la libertad dada por la ley al funcionario quien, en todo caso, es totalmente autónomo en la interpretación de los hechos. La potestad discrecional le permite estimar subjetivamente a la Administración algunas de las condiciones para la toma de la decisión administrativa que se plasma en el acto. Los autores convienen con toda razón, en que no existe potestad discrecional absoluta por el solo hecho de que ella se deriva de una norma que impone las condiciones en que puede ser ejercida dicha potestad.

"2.3. Deslindado el ámbito de la potestad en la forma dicha en el punto anterior conviene proceder a enmarcar el acto administrativo del Consejo de Ministros en alguna de las dos o, por qué no declararlo mixto por participar de ambas. Con este objeto debe analizarse cuidadosamente la disposición que contiene el último inciso del artículo 27 del Decreto 150 de 1976. La norma traída a colación refleja dos situaciones distintas: a) El contrato es objetado por ilegal, y b) El contrato es objetado por inconveniente. Una y otra merecen ser analizados independientemente

aunque no sobra advertir que son los dos únicos caminos que puede tener en cuenta el Consejo de Ministros para objetar el contrato.

"2.3.1. La legalidad es, en principio, algo que no le es dable estimar a la Administración puesto que ella está dada. Crear su propia legalidad además de un absurdo conlleva una violación de la obligación constitucional de obedecer y hacer cumplir las leyes. Ni siquiera en el caso de que los textos legales sean oscuros o existan lagunas puede hacer una estimación ya que le resulta inevitable tomar los principios de hermenéutica que la ley para ese efecto ha establecido. De lo anterior se concluye inedefectiblemente que la potestad del Consejo de Ministros es netamente reglada en cuanto hace relación con su posibilidad de objetar el contrato por razones de ilegalidad. La actividad que debe desarrollar se limita a constatar el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la ley para la celebración del contrato. Como consecuencia de esta labor el Consejo de Ministros sólo podrá (i) aprobar el contrato y disponer que siga su curso, o (ii) objetar el contrato presentando sus razones para ello y ordenar su devolución a quien lo sometió a su consideración para que adopte las reformas a que haya lugar o inicie las acciones contencioso administrativas necesarias para obtener su declaratoria de nulidad. Lo dicho reafirma que el Consejo de Ministros actúa en ejercicio del control de tutela.

"2.3.2. La otra y última alternativa otorgada por la ley al Consejo de Ministros para objetar el contrato es su inconveniencia. La conveniencia ha sido desde tiempos pretéritos la descripción más clara de la potestad discrecional puesto que en su misma definición va envuelta la facultad de observar las circunstancias y decidir conforme al criterio del observador. Debe dejarse expuesto aquí que la Administración está, en todo caso, vinculada en su decisión al fin de su razón de ser. Esta opinión es aceptada por la inmensa mayoría de los autores así como por los Tribunales incluyendo a esa honorable Corporación. Optar por la inconveniencia no es sinónimo de irresponsabilidad o arbitrariedad sino, por el contrario, es actuar responsablemente en el ejercicio de la función administrativa. La decisión del Consejo de Ministros debe tomarse después de analizar serena y responsablemente las circunstancias que dieron origen a la celebración del contrato y los cambios que en ellas se hayan podido dar para sorpresa si estos últimos incluso transformados en nuevos hacen inconveniente la realización del contrato. En todo caso el Consejo de Ministros debe expresar que utiliza la inconveniencia de la misma manera que cuando objeta por ilegalidad para que así no vaya haber lugar a confusiones respecto de las objeciones.

"2.3.3. Hasta ahora he analizado independientemente cada una de las posibilidades que le entregó el legislador al Consejo de Ministros en cuanto a la aprobación de los contratos administrativos sujetos a ella. Es oportuno entonces analizarlas conjuntamente en consideración a que ellas constituyen los únicos motivos que puede alegar el mencionado Consejo al objetar el contrato que se le somete. Indudablemente si reúno lo antes expuesto sobre

la legalidad y la inconveniencia debo concluir en la tesis particular de una potestad mixta la cual es extraña a nuestro ordenamiento jurídico, además de generar múltiples problemas en la aplicación de la ley. Las potestades son regladas o discrecionales en la medida en que una u otra prime. En el caso de intervención del Consejo de Ministros parece verse una balanza inclinada en favor de la reglada. Al disponer la norma la posibilidad de objetar el contrato por ilegalidad o inconveniencia está expresando claramente que la Administración debe fundar su decisión en una u otra. Lo expresado implica una motivación tan sencilla, aun cuando obligatoria, que hace subsumir el acto dentro del ámbito de los reglados en razón a (i) estar limitada la actuación de la Administración a uno cualquiera de los dos caminos y (ii) deber informar dentro del cuerpo del acto cual camino escogió para mantener a salvo sus derechos y los de los particulares. Habiendo dos alternativas o caminos para la objeción (no se entienda que el fin se debe ajustar al medio ya que ello implica, en la generalidad de las veces, desviación de poder) es mandatorio expresar cuál la que dio origen a la objeción. Esta aseveración es importante ya que uno u otro camino tiene y conlleva unas subdecisiones, por llamarlas de alguna manera, distintas. Ya expresé en los puntos anteriores éstas aunque repetirlas en este instante no sobra: La ilegalidad debe subsanarse siempre que sea factible como ocurre, si estuviera vigente el Decreto 150 de 1976, cuando no se hubiera pactado la cláusula de garantías o, incluso bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983, cuando el contrato haya sido firmado por un funcionario incompetente, en tanto que cuando existe inconveniencia debe devolverse recomendando o no que se disponga la apertura de una nueva licitación para la celebración del contrato objetando con sujeción a las condiciones que declare. En ninguno de los dos casos se rompe el principio de la autonomía del ente administrativo descentralizado pues es al último a quien le compete decidir los pasos que deba seguir indistintamente de las recomendaciones de quien objetó el contrato. Cosa distinta, para lo cual también sirve considerar lo expuesto en los acápites anteriores, es la extensión de la motivación del acto. En el caso de la ilegalidad resulta claro que ella debe ser pormenorizada mientras que en el de la inconveniencia no aparece clara la necesidad en ahondar más allá de expresar que se objeta por inconveniente. Interesa recalcar en este instante la importancia de expresar el motivo de la objeción (ilegalidad/inconveniencia) en razón que de esta forma se protegen los derechos de las personas afectadas por la decisión administrativa quienes, entonces, con certeza jurídica podrán hacer uso de los recursos de ley. Así se les brinda apropiadamente la oportunidad de ejercitar su derecho de defensa. De lo contrario se les estaría violando ese derecho además de que se les abocaría a librar una lucha quijotesca contra molinos de viento (hipótesis) tal vez inexistentes la cual repugna a la seguridad jurídica.

"2.3.4. Encuadrado el acto administrativo del Consejo de Ministros como uno reglado la nulidad de los acusados es de bulto. Baste no más leer las certificaciones o constancias dirigidas por el Secretario del honorable Consejo de Ministros fechadas el

15 de mayo de 1981 sobre las decisiones tomadas con respecto al contrato objetado para encontrar que el referido contrato no obtuvo concepto favorable por razón ninguna. Se me antoja que por estar prevista en la decisión de 20 de noviembre la apertura de una nueva licitación pueda derivarse como tácito el motivo de inconveniencia. Inconveniente sería, más bien, adoptar un criterio de esa naturaleza cuando de la ley se deriva la necesidad de expresar la razón y cuando en la misma se ordena para el caso de recomendar la apertura de una nueva licitación el establecimiento de las condiciones en que puede ser abierta. De esas condiciones (las que debe tener la nueva licitación en caso de optarse por abrirla) inferirá quien el acto examine la inconveniencia. También al intérprete le resultará así facilitado el proceso de escudriñar si bajo el amparo de la inconveniencia se esconden unos móviles totalmente distintos e, incluso, ilegales que origina, en cualquiera de los dos eventos traídos a cuento, desvió de poder. El legislador quiso en todo caso mantener toda la contratación administrativa libre de los menores resquicios de discrecionalidad para así evitar la comisión de abusos y moralizar la Administración. Resulta, por ende, insostenible la tesis de la inconveniencia presunta además que su adopción haría irrealizable el control jurisdiccional de los actos administrativos contrariando en esa forma el principio de la seguridad jurídica que informa todo el derecho colombiano e, igualmente, en consideración a que de esa forma se burlaría el derecho de defensa establecido y garantizado por la Constitución Nacional.

"2.3.5. A pesar de que el objeto de este proceso no es determinar si el proponente favorecido con la adjudicación de la licitación abierta por el Fondo Vial Nacional para el acometimiento de la construcción de las obras para el mejoramiento de las condiciones de navegación en el Canal del Dique, no sobra recordar los hechos que rodearon el proceso de adjudicación y los acaecidos hasta la firma del contrato y su envío el Consejo de Ministros. Naturalmente me referiré aquellos pertinentes y debidamente demostrados dentro del expediente.

"2.3.5.1. Al cumplir con el encargo propuesto en el contrato que celebra con el Fondo Vial Nacional la Compañía de Estudios e Interventorías CEI Ltda., expresó respecto de la oferta presentada por las sociedades actoras:

"2.3.5.1.1. Haber encontrado un error en la tasa de cambio utilizada para la conversión en pesos colombianos de los florines holandeses cotizados para el Grupo VI.

"2.3.5.1.2. Observa que los cuadros sobre inversiones presentados hicieron dispendiosa la labor determinante de la inversión mensual para cada uno de los grupos.

"2.3.5.1.3. Declara no comprobado el rendimiento mínimo exigido para las dragas.

"2.3.5.1.4. Encuentra del examen del programa de trabajo imposible terminar las fajinas antes que los pilotes; y no acorde con los pliegos el dragado de mantenimiento y la conformación final del dique.

"2.3.5.1.5. No consigue interpretar definidamente la carta presentada como aclaratoria por los proponentes y, no obstante esa declaración de incapacidad interpretativa, dice que en ella se condicionó, desvió y alejo de los pliegos la propuesta.

"2.3.5.1.6. Considera la oferta como la de precio más bajo repitiendo que no cumple con el equipo mínimo exigido, se condiciona y se desvía de los pliegos, no cumplirá en el plazo ofrecido y presenta discrepancias numéricas.

"2.3.5.2. La Junta de Licitaciones del Fondo Vial Nacional en las tres sesiones en que estudió las propuestas observó detenidamente los reparos presentados por la firma consultora que la había evaluado técnicamente. La Junta referida no encontró asidero a los reparos e, incluso, llegó hasta descalificar el informe del CEI. En las reuniones se leyó y analizó juiciosamente la carta aclaratoria conviniéndose en que en manera alguna condicionaba la propuesta. Respecto del rendimiento de las dragas debatió el tema en diversas oportunidades llegándose, incluso, a sugerir la probabilidad de solicitar una aclaración al proponente sobre la base de que con ello no se rompía el equilibrio (igualdad) de los oferentes. En este punto no se encontró un consenso técnico unánime aunque, conforme a la opinión de a quien se le debía adjudicar la licitación solicitada en las dos últimas reuniones a los miembros (técnicos inclusive) de la Junta de Licitaciones y Contratos se estimó su cumplimiento por la generalidad de ellos. Si no hubiese sido así no cabría razón válida para efectuar la recomendación que cada uno dio. También tuvo en cuenta la Junta el concepto del Consejo Superior de Obras Públicas que indicaba como más conveniente la oferta presentada por el consorcio formado por las sociedades actoras.

"2.3.5.3. El Procurador General de la Nación considera, en el fallo de 6 de noviembre de 1980 dictado con ocasión de la investigación administrativa adelantada contra el Ministro de Obras Públicas *ad hoc* que adjudicó el contrato licitado, que la propuesta se alejaba de los pliegos al ofrecer dos en lugar de 5 dragas. También concluye que la garantía de seriedad de la propuesta no era suficiente. Así mismo indica que en cuanto al nivel de dragado, actas de obra, excavaciones en el canal y relocalización de oleoductos la oferta no se acomodó al pliego y que no cumplirá en el plazo ofrecido. El Procurador, como lo expuse en mi demanda no podía de ninguna manera juzgar la conducta del Ministro sin violar la ley. No obstante la violación flagrante de ella por parte de este dignatario se puede decir que su fallo tiene como fundamento unos hechos que en ningún caso probó y que, por el contrario, se encontraban negados a lo largo de los documentos que tuvo oportunidad de examinar. En lugar de considerarlos probados contra la evidencia presentada, ese funcionario debió practicar pruebas técnicas que lo llevaran a uno

u otro convencimiento pero de ninguna manera actúa justa y equitativamente suplantando el técnico en la apreciación de unos hechos que, por la naturaleza de su profesión y cargo no está en posibilidad de interpretar profesionalmente.

"2.3.6. Como se puede observar de los reparos relatados todos, sin excepción, iban dirigidos a descalificar la propuesta favorecida con la adjudicación en razón a su presunta falta de cumplimiento con los términos de la licitación. Aceptando, en gracia de discusión la veracidad de esas glosas (las cuales fueron presentadas en varias oportunidades por la prensa escrita y objeto de varios escritos dirigidos a toda clase de autoridades administrativas por un licitante no favorecido en primer lugar) y que ellas hayan sido igualmente consideradas ciertas por el Consejo de Ministros, entonces la objeción del contrato debía tener como sustento la ilegalidad. El por qué de esta aseveración tiene su asidero en la disposición del artículo 25, inciso primero del Decreto 150 de 1976 que indica, entre otras, la necesidad de adjudicar a la propuesta que esté ajustada al pliego de condiciones. Llevar a cabo una adjudicación contraviniendo lo dispuesto en la norma citada implica contrariar la ley y de allí el que la consideración de la improbación tuvo que haber sido la ilegalidad. El Consejo de Ministros o cualquier otra entidad administrativa que deba emitir concepto sobre un contrato suscrito por otro ente administrativo está en la obligación, en caso de no encontrar ajustado a la ley el contrato presentado a su consideración, procurar lo necesario para que se demande su nulidad ante los Tribunales competentes.

"2.3.7. Los hechos probados dentro del proceso indican claramente que todo se refiere a la legalidad y, por lo tanto, el Consejo de Ministros al improbar el contrato debió precisar todas las faltas legales encontradas y calificarlas (subsanables o insalvables) en vista de que de una y otra categoría se derivan consecuencias distintas. El propósito del legislador es el mantenimiento y la salvación del contrato administrativo y por ello en la primera parte del último inciso del artículo 27 del Decreto 150 de 1976 ordena la diferenciación de las causas reputadas ilegales en reformables o no. Al no precisar el Consejo de Ministros siquiera el fundamento de su objeción (ilegalidad o inconveniencia) violó con el acto respectivo de manera flagrante la disposición legal en comento y, naturalmente, desconoció íntegramente el derecho de defensa de mis representados.

"2.4. Finalizado lo relativo a la discrecionalidad y lo vinculado o reglado debo proseguir la tarea de enmarcar el acto del Consejo de Ministros como de autorización, de aprobación o de visto bueno. Este propósito demanda definir cada uno de tales actos siguiendo a la generalidad de la doctrina.

"2.4.1. La autorización es un acto administrativo en virtud del cual un ente superior o el contralor, dependiendo de si es parte de la administración central o se trata de un ente descen-

tralizado, respectivamente, previa solicitud del inferior o controlado, permite a este último proceder a dictar otro acto administrativo distinto e independiente.

"2.4.2. La aprobación es un acto administrativo mediante el cual se le da eficacia jurídica a un acto administrativo válido y preexistente. El acto aprobatorio lo dicta bien el superior jerárquico en el caso de la administración central o bien quien ejerce el control de tutela en administración descentralizada. La Administración examina en esta etapa la legalidad y la conveniencia del acto que le es sometido a su aprobación por otro funcionario de la misma Administración.

"2.4.3. El visto bueno guarda las mismas características que el aprobatorio pero sólo se solicita y se dicta para declarar la legalidad.

"2.5. Vistas estas definiciones es viable clasificar el del Consejo de Ministros como uno de aprobación. El fundamento de esta conclusión es el que existe un acto anterior válido que se somete a examen relativo al cumplimiento de requisito legales y de oportunidad, mérito o conveniencia. Lo anterior tiene su base en el inciso 3º del artículo 27 del Decreto 150 de 1976 tantas veces citado.

"2.6. Resulta de interés la calificación anterior puesto que determina el instante en que debe dictarse y el alcance que tendrá el acto. Dentro del ámbito en que se encuentra el Fondo Vial Nacional naturalmente se enfrenta, como ya se avanzó, ante un acto aprobatorio que se dicta en ejercicio del control de tutela. Esa tutela la tiene, por regla general, el Ministerio de Obras Públicas pero dentro del estatuto contractual de la Administración diseñado por el Decreto 150 de 1976 se le entregó, por excepción, al Consejo de Ministros. Lo importante es definir cuál es la consecuencia del acto que objeta el contrato. Mientras el acto sea dictado observando todas sus formalidades que incluyen, la manifestación de si la decisión se tomó con base en la ilegalidad o la inconveniencia, las obligaciones derivadas del contrato carecen de eficacia. En ese momento es cuando la Administración debe buscar fórmulas que le permitan hacer efectivo el acto objetado puesto que lo importante es que el contrato produzca efectos pero si vistas todas las alternativas viables la salvación del contrato no es factible, es menester optar por buscar una salida legal mediante la cual el acto objetado desaparezca del mundo jurídico acudiendo, para este solo efecto, a la revocación o a demandar su nulidad. Con base en que el acto administrativo que objeta el contrato suscrito se dicta en uso de las facultades de control de tutela es por lo que el ente contralor carece de funciones para anular el acto sometido a su aprobación y, por ende, en caso de objetarle sin que encuentre posibilidades de mantener la subsistencia del acto objetado debe acudir a una cualquiera de las vías atrás descritas.

"2.7. Por el momento de los requisitos esenciales del acto administrativo sólo interesa mirar el relativo al objeto. Según las normas de los artículos 27, 37 y 159 del Decreto 150 de 1976 el objeto del acto del Consejo de Ministros es declarar si el acto sujeto a aprobación está ajustado a la ley y es conveniente. Bien por ilegal, bien por inconveniente o bien por ambas, puede el ente aprobador denegar la aprobación. He de volver aquí sobre lo mencionado antes relativo a la necesidad de expresar, en caso de objeción, si ella se debió a ilegalidad o a inconveniencia. También es necesario repetir la obligatoriedad de buscar, en caso de ilegalidad, soluciones que impliquen el mantenimiento del acto y su futura eficacia. Esto se hace por medio de la expresión de los vacíos o faltas legales en que incurre y disponiendo sus reformas o enmiendas en la medida de lo posible jurídicamente. De esta forma se mantienen, igualmente, a salvo los derechos de los particulares derivados del acto sometido a aprobación así como la seguridad jurídica que en últimas persigue la Administración. Si el acto no determina las razones de la improbación nace viciado y, por ende, susceptible de ser declarado nulo. En el caso presente se da el caso de un acto anulable por haber omitido manifestar en la decisión la ilegalidad o la inconveniencia o ambas por las cuales se objeta.

"2.8. La argumentación antecedente está sentada sobre la piedra angular de que acto aprobado y el acto aprobatorio son dos actos independientes, distintos y válidos. La doctrina en general comparte esta tesis.

"2.9. Existe una tendencia doctrinaria auspiciadora de la teoría del acto complejo. Así las cosas resultaría la voluntad administrativa sólo formándose cuando se complete el acto aprobatorio y, por consiguiente, las obligaciones únicamente nacerían al mundo jurídico a partir del mismo. Igualmente el administrado carecería de derecho alguno en caso de objeción. No comparto, en absoluto, la tesis esbozada principalmente fundado en la ley que le otorga competencia al ente aprobador para ese único efecto y, por ende, haciendo irrevocable su decisión por ser el resultado de una función de control. No puede existir un acto complejo cuando se trata del ejercicio de la tutela puesto ella tiene por objeto controlar las decisiones, que de por si implican una manifestación positiva de la voluntad, y no concurrir con su voluntad para conformar uno complejo. Además, el acto complejo es uno solo formado por la concurrencia de la voluntad de varias entidades administrativas que únicamente nace con la última de esas voluntades. Si se estuviera frente a un acto complejo no tendría explicación la previsión legal contenida en el inciso 1º del artículo 27 del Decreto 150 de 1976 relativa a la irrevocabilidad puesto en ella se predica de actos administrativos y en ese instante no existiría uno en razón a que aún no ha sido expresada la voluntad concurrente del Consejo de Ministros. Igualmente la tesis criticada lleva a la conclusión que el consentimiento no se forma sino una vez dictado el acto aprobatorio el cual repugna con el ordenamiento legal colombiano según el cual, como ya expresé en otro aparte de este escrito, se configura con el acto de adjudicación.

La ley, en este caso el Decreto 150 de 1976, es clara al establecer que la aprobación, entre otras más, es un requisito para el perfeccionamiento del contrato ya válidamente suscrito y no un paso en la formación de la voluntad administrativa. En inmenso yerro caen quienes son partidarios de tan absurda tesis" (fls. 284 a 293).

III

Alegato presentado por el procurador judicial del Fondo Vial Nacional:

A folios 243 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el estudio jurídico presentado por el apoderado del Fondo Vial Nacional, en el cual sustenta su perspectiva jurídica respecto de este asunto, haciendo valoraciones de todo orden.

Dada la importancia de la materia jurídica controvertida, se transcribe buena parte de la referida sustentación. Allí se lee:

"I. *Advertencias previas y generales.*

"1.1. Los hechos que dan origen a este proceso se llevaron a cabo bajo la vigencia del Decreto 150 de 1976.

"1.2. El proceso se inició bajo la vigencia total de la Ley 167 de 1941. Según ella las excepciones se podían proponer hasta la citación para sentencia (art. 110) hoy inexistente, que era posterior en el juicio ordinario, a los alegatos (C. C. A., 130, 3); en este proceso caben, pues, excepciones (Ley 153 de 1987, art. 40).

"1.3. La Ley 2ª de 1976, ordena en su artículo 25 que ningún documento sujeto a los impuestos de timbre y papel sellado pueda, ser tenido como prueba sin que el impuesto se haya pagado.

"1.3.1. Aunque el impuesto de papel sellado se suprimió en 1981, numerosas pruebas se rindieron y aportaron cuando estaba vigente. Deben, pues, tomarse en cuenta las disposiciones (Ley 153 de 1887, art. 39). Y esa ley gravaba y grava aún 'las copias, extractos y certificados que expidan los funcionarios oficiales' (art. 14, numeral 11). Numerosas pruebas aportadas por el actor no cumplen con estos requisitos, luego el honorable Consejo de Estado no puede aceptarlas ni tenerlas en cuenta.

"II. *Excepción de inepta demanda.*

"2.1. *Ignorancia de los actos acusados.*

"2.1.1. Las sociedades actoras pretenden ignorar, al tiempo de iniciar su acción (de paso: Cómo se las arreglaron para presentarla el 19 de marzo, antes de la 'Ley Emiliani'?), el texto de los actos acusados; dice así la demanda:

"'...mis representados no conocen la motivación de esos actos administrativos, ni tienen certeza sobre los términos de la parte resolutiva. Simplemente se han visto abocados a actuar

sobre presunciones puesto que se les han vulnerado sus más mínimos derechos constitucionales, por lo tanto, estamos enfrentados en este punto concreto a un hecho administrativo...'

"2.1.2. Consecuentes con su ignorancia, en el *petitum* solicitaron que se declarara la nulidad de las decisiones del Consejo de Ministros y que se les pagara una indemnización; para lo cual ejercían la acción de plena jurisdicción o que 'como gusteis' (Para usar el nombre de la obra de Shakespeare), se les indemnizara sin anular, para lo cual ejercían —como el honorable Consejo quisiera— la acción indemnizatoria directa.

"2.2. *Los hechos.*

"2.2.1. En realidad, ¿Qué ocurrió? Con el debido respeto, pero acudiendo al refranero popular, creo que los actores 'ensillaron antes de traer las bestias', y procedieron antes de tiempo.

"Y por ello pecaron contra la técnica jurídica.

"Corrijo aquí, en vista de lo probado en el proceso mi impresión original, consignada en el memorial con el cual impugné el auto admisorio.

"2.2.2. Cómo ignoraban —o pretendían ignorar— qué había, demandaron alternativamente. Es decir: Ejerzo una acción, si hay acto, o la otra si hay hecho.

"2.2.3.1. Dice el profesor Hernando Devis E., en su Compendio de Derecho Procesal (Bogotá, 1972, T. 1, pág. 354).

"Para la admisión de la demanda se requiere que no haya duda acerca de cuáles son las declaraciones que se solicitan o la condena que se pide contra el demandado o el efecto constitutivo que se persigue, si se trata del proceso de conocimiento; y de la clase y monto de la orden de pago que se busca, si de proceso ejecutivo. En una palabra: Se requiere que aparezca clara la pretensión o el objeto de la demanda. Además se deben cumplir los otros presupuestos procesales de la acción y de la demanda.

"Tampoco es necesario denominar jurídicamente la petición, es decir, que no hace falta calificar la pretensión que se quiere ejercitar (la llamada acción en sentido material, como algunos dicen); por ejemplo: Reivindicatoria, pauliana, de nulidad o de simulación, de filiación, de petición de herencia, etc., pues es suficiente que no haya duda sobre lo que se pide. E inclusive si el actor usa una denominación inadecuada, no es ello obstáculo para que si el Juez encuentra probados los hechos y claro el sentido de lo que se pide, se pronuncie favorablemente, desatendiendo tal impropiedad, porque es al juzgador a quien corresponde calificar jurídicamente la pretensión incoada, ya que la naturaleza de ésta no depende del nombre que se le dé, sino de los hechos en que se la fundamenta. Pero el Juez no puede separarse de la pretensión que emana del conjunto de la demanda y que precisa el objeto de litigio y de la decisión.

"2.2.3.2. Sobre el particular ha dicho el honorable Consejo (sentencia, julio 23 de 1970, *Anales* LXXXIV, números 437-438, doctor Oswaldo Abello; citado por Antonio José Arciniegas 'Estudio sobre Jurisprudencia Administrativa', Bogotá 1982, T. a, págs. 31 y ss.).

"'...impone el examinar si la pretensión indemnizatoria está vinculada a un acto administrativo, a un hecho o a una operación de esta clase. No es dable a quien acude a los Tribunales trocar ni calificar *ad libitum* las especies jurídicas, como no es potestativo de quien administra justicia prescindir de los ordenamientos procesales, ni pretender desvirtuar interpretando aquellos que son lo suficiente explícitos. El fraude a la ley no puede tener ningún pretexto. La ley, según el señor Caro, no puede autorizar el legicidio. El despotismo de los Jueces no puede consistir precisamente en amañar los textos legales, así se quiera proteger esta empresa con la flamante bandera de la interpretación científica o colocarla bajo los conmovedores auspicios de la equidad. En equidad gustaban de proferir sus decisiones los antiguos parlamentos franceses y bien sabido es que uno de los gritos más resonantes que precedieron a la Revolución, fue el de las gentes exasperadas que clamaban «líbrenos Dios de la equidad de los parlamentos».

"'En nuestro ordenamiento procesal de las contenciones que surjan de las relaciones entre los particulares con las entidades estatales, o entre estas mismas, se establece una determinante distinción entre el acto, el hecho u operación administrativa. Tal distinción que proviene de lo dispuesto en los artículos 66, 67, 68 y 83 de la Ley 167 de 1941 y 28 del Decreto 528 de 1964, debe tener consecuencias y efectivamente las tiene, como que es distinto el régimen según se trate de accionar contra un acto o contra un hecho u operación'.

"2.3. *Consecuencia.*

"En consecuencia, la demanda es inepta, por indebida acumulación de acciones.

"2.4. *Acumulación de pretensiones.*

"No se diga que se trata de acumulación de pretensiones. La pretensión es la misma: Que se indemnice a las sociedades actoras. Lo que hay es acumulación (?) de *acciones*: La del artículo 67 (plena jurisdicción) y la del artículo 68 (indemnización directa), cuya diferencia se establece en la jurisprudencia atrás citada.

"2.4.2. Pero aún en el caso de ser 'pretensiones' ellas son contradictorias. Y basta leer la demanda para ver que no son subsidiarias. Luego la acumulación es indebida.

"2.5. *Cómo proceder, acción a resolver.*

"2.5.1.1. Dice la jurisprudencia del honorable Consejo que en estos casos es reiterada: Debe estudiarse la acción que pueda

tramitarse (sentencia de 16 de junio de 1977, *Anales*, T. XCI, 453-454; auto, Sala Plena, agosto 27 de 1968; auto, 11 de octubre de 1979).

"2.5.1.2. Como se ha dicho, las actoras tenían la posibilidad —que enuncian en la demanda— de intentar acción de plena jurisdicción (demandar el acto jurídico y el resarcimiento de perjuicios, según el artículo 67 del Código entonces vigente) o la directa de indemnización (consagrada en el artículo 68 del mismo Estatuto), para lo cual tenían dos medios: Demandar el hecho o demandar la operación administrativa.

"2.5.2. *Acción de plena jurisdicción.*

"2.5.2.1. Para demandar la nulidad de un acto administrativo, base fundamental de la acción de plena jurisdicción, es preciso que el acto esté notificado y ejecutoriado. Tanto es así que a la demanda se debe acompañar 'copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución'.

"2.5.2.2. La copia que se aportó al proceso (para mi gusto, en forma ilegal), no tiene la constancia de su publicación, ni de su notificación, ni de su ejecutoria.

"En el proceso no se demostró que la notificación se hubiera hecho (afirmación con salvedades que adelante expondré).

"2.5.2.3. Pero no sólo no hay esa constancia, sino la prueba, no desvirtuada de que la notificación no se hizo.

"En efecto, el doctor Luis Carlos Neira, representante legal de una de las actoras y apoderado judicial de ambas en el proceso, afirmó, según transcribí atrás, en la demanda:

" 'Las decisiones del honorable Consejo de Ministros no fueron notificadas... (Hecho r) ...mis representados no conocen la motivación de esos actos administrativos ni tienen certeza de la parte resolutiva. Simplemente se han visto abocados a actuar sobre presunciones puesto que se les han vulnerado sus más mínimos derechos y garantías constitucionales...' (segundo cargo, hoja número 2 de la demanda —fl. 191 vto. *in fine*—).

"Ahora bien: Según el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil la demanda tiene carácter de confesión; luego está aceptado por las actoras que no hubo notificación.

"Es más: El segundo de los cargos que se hacen es, precisamente, el no haber hecho la notificación.

"2.5.2.4. Sin notificación no hay ejecutoria y no cabe, por tanto, la acción de plena jurisdicción.

"2.6. *Acción indemnizatoria.*

"2.6.1.1. Los actores, al pedir la indemnización por vía directa, se basaron en que hay un *hecho administrativo.*

"2.6.1.2. En efecto, en la demanda dice:

" 'Por lo tanto estamos enfrentados en este punto concreto a un hecho administrativo (cargo segundo) ...ahora de prosperar el segundo cargo sobre la base de que nos encontramos en frente de un hecho administrativo...' (Demanda).

"2.6.2.1. Sin embargo, describen claramente una operación administrativa.

"2.6.2.2. El Código de 1941 diferenciaba entre 'hecho' y 'operación administrativa', el artículo 68 comprendía ambos casos, que la doctrina cobijó bajo la denominación genérica de 'vías de hecho', sin que las dos especies perdieran su propia identidad.

"Hecho es una actuación única: Tumbar una casa, romper una tubería, dar muerte a un ciudadano.

"Operación es un conjunto de actos y hechos.

"2.6.2.3. El Consejo de Estado ha dicho (sentencia, junio 14 de 1961, Magistrado doctor C. G. Arrieta. *Anales 1961,* T. 63, página 147, citado 'Diccionario Jurídico' de María Elena Giraldo, Bogotá, 1982, pág. 118).

"Genéricamente, el acto administrativo sea escrito o no escrito (tácito), está constituido por la manifestación de voluntad que hace la Administración con el objeto de producir efectos de derecho; la operación administrativa no es otra cosa que la consecuencia forzosa del ordenamiento que la precede, escrito o tácito, plasmado en el acto administrativo. Característica común a éste y aquella, es la voluntariedad con que aparecen a la vida jurídica: Ambos se producen por el querer de la Administración enderezado a generar determinados efectos de hecho y de derecho. Los actos materiales que forman la operación, son pues, el fruto de la actividad voluntaria y del obrar de la Administración. Es hecho administrativo el acaecimiento que se produce sin la intervención de la voluntad administrativa. Así el criterio diferencial entre el hecho administrativo y la operación no puede ser exclusivamente el de la materialidad de los actos, sino por modo principal la voluntariedad del agente. Ante la anterior distinción, las acciones contenciosas se presentan así: El artículo 67 de la Ley 167 de 1941 estructura la noción de responsabilidad del Estado por el acto administrativo escrito, o, en ocasiones, por las operaciones, administrativas originadas en una decisión escrita, con excepción de la operación administrativa de liquidación tributaria, sujeta a régimen especial (art. 271, C. C. A.). El artículo 68 consagra la responsabilidad estatal por razón de la operación administrativa originada en un acto administrativo tácito y por el hecho administrativo, sobre la base objetiva de la falta de servicio o del riesgo creado.

"2.6.3.1. La jurisprudencia, tanto administrativa como civil ha sido muy amplia en cuanto a estos tecnicismos. Reconoce que el derecho de defensa no se puede supeditar a formalidades.

"2.6.3.2. Empero, aquí concurren unas circunstancias especiales:

"El representante legal de la compañía holandesa —y apoderado de ambas— mi joven distinguido colega doctor Luis Carlos Neira Mejía, es un brillante abogado que, además tiene su oficina con su padre, el eminente jurista doctor Carlos Neira Archila y con esa gloria del derecho que es Guillermo Ospina Fernández, Decano por muchísimos años de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana. Profesor, Autor, Magistrado de la honorable Corte, Abogado de la Presidencia, Superintendente de Sociedad, Embajador en Holanda, *et sic de coeteris*.

"El Representante de Grandicon es el doctor Carlos Villamil Cháux, quien fuera Gerente del INCORA; en la Junta de esta compañía se sientan (ver el extracto de la Cámara de Comercio) eminentes abogados; los doctores Alvaro Torres, Jaime Parra, Jaime Aponte, entre otros.

"El interpretar la demanda es preciso tener en cuenta quiénes y por qué la redactaron.

"Todas estas ilustres personas no iban a fallar en establecer su demanda ni puede decirse que las sociedades no tuvieron derecho de defensa. Al contrario! se excedieron en él.

"Y al hacerlo establecieron la disyuntiva, clara, tajante, o acto administrativo o hechos. Si las decisiones del Consejo de Ministros, han sido notificadas hay un acto; si no están notificadas hay un hecho.

"Sobre el particular es ilustrativa la sentencia de 23 de julio de 1970 (citada por Antonio José Arciniegas 'Estudios sobre Jurisprudencias Administrativas', Bogotá 1982, T. I, pág. 32).

"El término operación tiene en el Código Contencioso Administrativo, dos aceptaciones inequívocas; en los artículos 68 y 83 tercer inciso, se entiende por operación administrativa un conjunto de hechos y por esos en el primero de ellos se advierte que cuando la causa de la violación sea un hecho o una operación administrativa, para pedir el restablecimiento del derecho no es necesario ejercitar la acción de nulidad. La razón de ser de esta advertencia es obvia. A su vez el artículo 271 al expresar que 'toda persona a quien se exija un impuesto definitivamente liquidado, tiene acción para pedir se revise la operación administrativa correspondiente...' se entiende por tal un conjunto de actos, o lo que algunos tratadistas conocen como una operación de procedimiento. El descoyuntamiento de la acción de plena jurisdicción mediante la formulación separada y temporalmente distinta de las dos súplicas que la integra, no logra la virtud de cambiar esa acción en la mera indemnización de perjuicios. La ley no da lugar a esa manipulación portentosa, y en derecho no se conocen ni la piedra filosofal para cambiar una sustancia en otra, ni la lámpara de Aladino que ponga a nuestra disposición las maravillas ocultas. En aquella disciplina todo es riguroso, práctico y serio".

"2.6.3.3. Es decir, había la tercera, la posición correcta, la combinación de las dos: La decisión, proseguida del hecho que la da a conocer. Es la típica operación administrativa.

"2.6.4. Y como en la demanda debe identificarse con precisión lo que se impugna, y aquí no se hizo, la demanda es inepta.

"2.7. *Contradicciones internas.*

"2.7.1. No soy —ni lejos— marxista. Pero no puedo pasar por alto la enorme contradicción de la demanda, en sus propias implicaciones.

"2.7.2. Ya se vio como los actores alegan, repetidamente que no conocen las decisiones del honorable Consejo de Ministros; expresamente dicen:

"'...como lo he reiterado varias veces, mis representados no conocen la motivación de esos actos administrativos...'

"2.7.3. Sin embargo, acusan la actuación oficial por *falsa motivación.*

"Hacen falta comentarios? Creo que no.

"2.7.4. Entonces, por razón misma de imposibilidad física y metafísica, por imposibilidad lógica, la demanda es inepta, así sea contra el acto o contra el hecho.

"2.8. *Leyes fiscales.*

"2.8.1. La expedición de copias oficiales es un acto que causa impuestos; como dije atrás, la ley fiscal exigía papel sellado y exigía y exige impuestos de timbre en algunas actuaciones. El papel sellado hubo de usarse hasta el 3 de abril de 1981, fecha en que entró en vigencia la Ley 30 de ese año. Y curiosa fecha, ¿no es verdad? —la demanda se presentó, con todo y anexos, el 19 de marzo de 1981— había que pagar los impuestos que, por esas copias, ordenaba la ley.

"2.8.2.1. Según el artículo 2º de la Ley 2ª de 1976.

"Se extenderán en papel sellado: 'Los escritos y actuaciones que se dirijan o se surtan ante las ramas legislativa, ejecutiva y jurisdiccional del poder público, del Ministerio Público...'

"Y según el artículo 3º *ibídem.*

"'No causan el impuesto de papel sellado...tampoco las copias o certificados que pida una entidad de derecho público con destino a actuaciones exentas'.

"2.8.2.2. No siendo este proceso actuación exenta, las copias que el actor acompañó a la demanda se han debido extender en papel sellado.

"2.8.2.3. Y como según el artículo 8º de la Ley 2ª citada.

"'Ningún instrumento o actuación sujeta al impuesto de papel sellado podrá ser admitido por funcionarios oficiales ni tenido como prueba mientras no se pague el impuesto...'

"Esos documentos no se pueden tener en cuenta.

"2.8.3.1. Por otro lado, el artículo 14 de la misma ley (y éste está vigente) establece.

"Causan el impuesto de timbre nacional:

"'11. Las copias, extractos y certificados que expidan los funcionarios oficiales...'

"2.8.3.2. Y dice el artículo 25 *ibídem:*

"'Ningún instrumento o actuación sujeto al impuesto de timbre podrá ser admitido por funcionarios de públicos, ni tenido como prueba mientras no se pague el impuesto...'

"Luego la mayoría de los documentos que aportaron las actoras no puede ser tenido como prueba, ni admitido.

"2.8.4. Los más importantes, en ese orden de ideas, son los actos acusados, que no cumplen este requisito. Al presentarse así, el honorable Consejero sustanciador ha debido rechazar la demanda, pues faltaba el requisito básico de acompañar 'una copia del acto acusado'; aceptada la demanda, el error subsiste y debe declararse probada la excepción de inepta demanda, que aquí propongo.

"2.8.5. Nota Bene.

"No sobra advertir que la Nación estuvo y está exenta de los impuestos de timbre y papel sellado.

"III. *Los hechos de la demanda.*

"3.1. Los hechos que relata la demanda son *'grosso modo'* ciertos.

"Uno podrá discrepar de algunos conceptos que se deslizan en ellos v. gr.

"Cuando dicen que el Procurador actuó con funciones que no le confiere la ley; o como cuando distinguen entre el Ministro de Obras (e) y el Representante del Fondo Vial Nacional, y otras similares. Y habrá algunos que no me constan. Pero, como digo, su enunciación parece cierta.

"3.2. Empero, discrepo en algunos puntos importantes:

"3.2.1. La redacción general se enfoca a fijar como causa de decisión (o como su motivación para ser exactos) del honorable Consejo de Ministros, la actuación de Ballast Nedem Groep N.V. y la decisión del señor Procurador sobre las quejas presentadas. Eso no se demostró en el juicio.

"3.2.2. Tampoco se demostraron en el proceso —no me constan y tampoco son presunciones— los hechos señalados con la letra d. Al contrario de la inspección de libros de contabilidad resultó lo contrario.

"3.2.3. No se demostró que la actuación de la Procuraduría se hubiese seguido sin la intervención de las actoras. Además no era necesaria: Se juzgaba al doctor Alberto Vásquez, no a la licitación.

"3.3. Finalmente: La decisión de la Procuraduría quedó en firme nadie la impugnó ni ante el Procurador, ni ante el honorable Consejo.

"IV. *El primer cargo.*

"4.1. *La responsabilidad de las actoras.*

"4.1.1. Según este cargo, se han violado los artículos 16 y 20 de la Constitución ligándolo a supuestas violaciones de unos artículos del Decreto 150 de 1976; por haber 'hechos responsables a dos particulares'.

"4.1.2. Pero nunca indicó qué responsabilidades se atribuyeron a los particulares.

"De qué se les hizo responsables? Nunca se dice.

"4.1.3. El cargo, pues, es inane. Y formularlo, es temerario.

"4.2. *Las supuestas violaciones al Decreto 150 de 1976.*

"4.2.1. *Primer grupo.*

"4.2.1.1. Dicen las actoras que según los artículos 27, 37 y 159 del Decreto 150 de 1976, el Consejo de Ministros sólo puede abstenerse de aprobar los contratos sometidos a su consideración por ilegalidad —que debe ser subsanada, si es posible— por inconveniencia que sólo puede basarse en hechos posteriores a la adjudicación, o de justo y fundado temor de perturbación del orden público.

"Y que como ello no es así, hay falsa motivación.

"4.2.1.2. En primer lugar: Las actoras afirman no conocer la decisión del honorable Consejo y mucho menos sus motivos.

"Como ya dije: Cómo saber si esos motivos fueron legales, o de conveniencia? Y si fueron de conveniencia, cómo saber si se referían a hechos anteriores o posteriores a la adjudicación? Y, por sobre todo: Cómo afirmar que hay falsa motivación?

"Yo no conozco, ni de lejos, la teoría de la relatividad; ¿puedo afirmar que ella es mala porque los reporteros han dicho que gracias a ella Hiroshima y Nagasaki sucumbieron a la bomba atómica? No sería temerario el decirlo?

"Pues también es temerario accionar con base en suposiciones. Y más como en este caso, cuando esas suposiciones son falsas.

"4.2.1.3. La demanda da a el tercero inciso del artículo 27 del Decreto 150 de 1976 el carácter de taxativo. Veamos su texto:

"De los efectos de la adjudicación. Ejecutoriada la resolución de adjudicación, ésta es irrevocable y obliga, por lo mismo, a la entidad y al adjudicatario.

"Cuando la ley subordine el perfeccionamiento de un contrato, a la aprobación o revisión de un organismo o autoridad

superior, la adjudicación no producirá otro efecto que el de obligar a la entidad contratante y al adjudicatario a cumplir los demás requisitos establecidos para el caso.

"Si el organismo o autoridad superior improbaren el contrato por encontrarlo ilegal, deberán adoptarse las reformas ordenadas y, si ello fuere posible, iniciarse la tramitación para celebrar uno nuevo, si para esto último hubiere autorización legal. Si lo negare por considerarlo inconveniente, podrán iniciarse la tramitación para celebrar un nuevo contrato pero dentro de las condiciones que con dicho fin señale quien lo negó.

"Como puede comprobarse de la simple lectura, el artículo regula dos posibilidades: La ilegalidad del contrato o su inconveniencia; pero no excluye los demás. Basta suponer un ejemplo, para argumentar por el absurdo (o no tanto, pues en este caso se acusó a los actores de haberlo hecho):

"La propuesta con base en la cual se firma el contrato contiene 'multitud de errores de cálculo' y de copia; una de las últimas, v. gr., hace que un precio, en vez de ser $ 15,32 sea de $ 15,32, lo que significa un claro error aritmético. Así, el Consejo de Ministros, por 'error aritmético', negaría su aprobación.

"Claro que en el concepto de conveniencia cabe todo; inclusive la legalidad. Pero aquí quiero destacar solamente que el texto no es taxativo, ni limitativo: Regula dos casos, sin decir nada de lo demás.

"4.2.1.4. No objeto el planteamiento teórico de la demanda sobre cuál es la actuación del Consejo en caso de ilegalidad. Pero no es cierto o por lo menos aquí se demostró otra cosa que 'en el caso que nos ocupa no se dio ninguna de las condiciones que pudieran hacer ilegal el contrato'.

"El actor aportó una copia de la resolución del señor Procurador, de fecha 6 de noviembre de 1980, folios 39 y siguientes del cuaderno principal, que da cuenta de numerosas ilegalidades. Esa providencia está en firme y no fue demandada y goza de presunción de legalidad.

"Por lo tanto, corresponde a las actoras demostrar que los hechos allí narrados no ocurrieron.

"Y aquí una pequeña divagación: La demanda ataca la resolución porque el Procurador sancionó a un Ministro, lo cual, según ellas, no podía hacer y porque no entendió los descargos del Ministro ni decretó unas pruebas periciales.

"El primer cargo es inane: Tuviera o no facultad para sancionar, los hechos son ciertos. En cuanto al segundo cargo, por ley no puede aceptarse: El Procurador tiene capacidad para entender lo que falla. Y por último, en cuanto a las pruebas, la resolución —no contradicha— dice (fl. 44 del cuaderno principal, *in fine* página 6 de la resolución).

"Por intermedio del abogado visitador, subcomisionado, la delegada para la contratación administrativa practicó todas y cada unas de las pruebas..."

"La aseveración de la demanda es, pues, un infundio.

"Las ilegalidades, pues, ocurrieron. Y eran de tal naturaleza que su corrección resultaba imposible, pues significaba corrección de la oferta de Stevin Dredging Grandicon:

"a) El equipo ofrecido no era el pedido (lo cual quedó demostrado en el plenario, como veremos adelante). Si este error se corrige, las actoras debían cambiar su oferta;

"b) No hay discriminación del programa de trabajo. Obviamente, esa corrección significa cambio de la oferta. *Et sic coeteris.*

"4.2.1.5.1. El libelo de la demanda pretende limitar los motivos de conveniencia a los que se presenten después de la adjudicación. Para ello argumenta que es necesario limitar el 'concepto de conveniencia, pues de no hacerlo así nos enfrentaríamos ante una facultad omnímoda y arbitraria que, en todo caso repugna a nuestro ordenamiento legal...'

"Para concluir que:

" 'Al tenor del artículo 27 y de los principios que gobiernan nuestro derecho público la inconveniencia se refiere a los hechos y estos son todos aquellos que se presenten con posterioridad a la adjudicación...'

"4.2.1.5.2. Pues bien: En primer lugar hay un silogismo sofístico. Bajo el supuesto de que las premisas fueron ciertas —y no lo son— de ellas no se concluye que los hechos que soportan la conveniencia sean los posteriores a la adjudicación.

"4.2.1.5.3. La premisa mayor, es decir la necesidad de poner límite a la facultad del Consejo de Ministros, no es cierta, en el sentido de que le atribuyen las actoras. El único límite es la ley lo demás es negar, con un poco de populismo jurídico, las facultades discrecionales.

"El artículo 27 del Decreto 150 de 1976 confiere al organismo superior, en este caso el honorable Consejo de Ministros, una facultad discrecional; la misma palabra *'conveniencia'*, lo está indicando.

"En memorial por medio del cual impugné el auto admisorio de la demanda hice numerosas citas de autores tanto extranjeros como nacionales y de jurisprudencias que señalan que, como lo dice en síntesis afortunada Vedel.

" 'Cuando al contrario, la Administración dispone de un poder discrecional su decisión no puede ser juzgada desde el punto de vista de la oportunidad: Ella será oportuna o inoportuna, es decir afortunada o desafortunada, pero no será ilegal porque precisamente en la Administración se deja libre de escoger en un sentido, o en el otro' (c. fr. memorial citado, pág. 6).

"4.2.1.5.4. Si la competencia no es reglada, mucho menos se puede decir que la decisión debe basarse en este o en aquel hecho.

"Lo que sí puede afirmarse es que el planteamiento de que la decisión del superior se debe basar en hechos posteriores a la adjudicación repugna a la lógica.

"El artículo 37 del Decreto 150 de 1976 dice que los contratos de más de $ 10.000.000.00.

"Requieren concepto favorable del Consejo de Ministros.

"El concepto del honorable Consejo Ministerial versa, también, sobre el contrato y sobre sus elementos constitutivos: Licitación propuesta, capacidad y calidad del contratista, disponibilidad de fondos, etc.

"Y esto por varias razones obvias:

"a) El inferior no puede obligar al superior;

"b) El superior juzga sobre las actuaciones del inferior y decide sobre ellas;

"c) La ley ordena que el Consejo conceptúe sobre el contrato, no sobre hechos posteriores.

"4.2.1.6. La disertación comprendida en los cuatro numerales inmediatamente anteriores demuestra que la argumentación de la demanda es falsa.

"Pero el hecho protuberante es que la motivación del Consejo de Ministros no es juzgable, porque es una facultad discrecional. Esa motivación no fue demostrada en el proceso. Es más: No podía ser demostrada.

"En el memorial por medio del cual impugné el auto admisorio dije:

"En segundo lugar las determinaciones del Consejo de Ministros están amparadas, en el hecho, por la discrecionalidad de la ley, y en su lectura no se encuentra motivación de ninguna naturaleza.

"Finalmente esa motivación, por disposición expresa de la ley no puede buscarse a través de juicio, ni de ninguna otra manera ya que las decisiones del Consejo de Ministros son secretas por expresa disposición legal.

"En efecto, el artículo 9º de la Ley 63 de 1923, orgánica del Consejo de Ministros, establece, con una claridad que no admite interpretación diferente:

" 'Las sesiones del Consejo de Ministros como cuerpo consultivo, son absolutamente reservadas, y no podrá revelarse ni el nombre del Ministro a cuyo estudio haya pasado cada asunto, materia de consulta'.

"Habiendo, pues prohibición legal para conocer las motivaciones que tenga el Consejo de Ministros para tomar alguna determinación, se pone de relieve la discrecionalidad de sus actuaciones, y, la motivación que haya tenido está sustraída, por disposición legal, además de la extensa doctrina y jurisprudencia atrás citada, el conocimiento de los Jueces.

"4.2.1.7. Pero, sin que quiera decir que las decisiones impugnadas tuvieron como base los hechos que se enumeran en el punto VII, de este escrito, pongo de presente que cualquiera de ellos es suficiente para que el honorable Consejo de Ministros no aprobara el contrato con las actoras.

"Como dije atrás, la decisión de la Procuraduría, quedó en firme; las fallas allí señaladas son pues, ciertas. Ellas dieron origen, en el Ministerio Público, a una sanción; podrían —y lo digo como simple posibilidad— ser la causa para que el honorable Consejo no aprobara el contrato?

"Esa providencia fue origen de un gran escándalo. Los periódicos aportados lo prueban. Por ello podría decirse en palabras de la demanda que han surgido hechos que afectan de tal manera a los contratistas favorecidos que ya no le merezcan a la Administración la suficiente confianza?

"4.2.2. *Segundo grupo.*

"4.2.2.1. Dice la demanda que los artículos 189 y 190 del Decreto 150 de 1976 señalan taxativamente las causales de nulidad de los contratos y que sólo el honorable Consejo de Estado puede declararlas.

"4.2.2.2. En primer lugar: Nadie ha dicho, y menos aún, probado, que las decisiones impugnadas tuvieran como base una nulidad.

"4.2.2.3. Tampoco es cierto que la enumeración sea taxativa.

"El artículo 189 comienza diciendo que:

"'Además de los casos previstos en las disposiciones vigentes...'; y el 190 reza:

"'Cualquier otro vicio u omisión no comprendido en el artículo anterior...'

"4.2.2.4. Es discutible que el honorable Consejo de Ministros pueda o no declarar las nulidades. Pero es absolutamente cierto, que, en su presencia —y no afirmo ni niego su existencia— lo menos que puede hacer es no aprobar el contrato.

"4.2.3. Para finalizar este capítulo de comentarios al primer cargo de la demanda: Las actoras pretenden someter al honorable Consejo de Ministros al simple papel de 'firmón', rey de burlas en un proceso en el cual, fatalmente, deben aprobar lo hecho por los funcionarios subalternos, limitando su actuación a reglas que las mismas actoras inventan.

"No: El Consejo de Ministros tiene, por encima de todo una responsabilidad política (si se quiere evitar la palabra diríamos, con Vedel, que es una responsabilidad sobre la oportunidad), que ejerce discrecionalmente y sobre cuya motivación la ley ha establecido la más absoluta reserva. Aquí la ejerció: Sus motivos no fueron conocidos y por lo tanto no se pueden tachar de falsos.

"Además hay una larga lista de hechos, probados, que no se ajustan a la ley; cualquiera de ellos —y no sé si esos u otros movieron al Consejo— es suficiente para justificar la decisión, que es, por lo tanto, legal.

"V. *El segundo cargo.*

"5.1. Dicen las actoras que se violaron los artículos 10 a 13 del Decreto 2733 de 1959, vigente por entonces, por falta de aplicación, de lo cual puede resultar que hay un *hecho,* y no un acto administrativo.

"5.2.1. Ya demostré (memorial de impugnación al auto admisorio, numeral 4.2.1.6. de este escrito) que las decisiones del Consejo de Ministros se *comunican,* no se notifican. Así lo dispone el artículo 6º del Decreto 146 de 1977.

"Y por qué?: Porque ellas son secretas y su motivación no puede conocerse (art. 9º de la Ley 63 de 1923).

"5.2.2. Por consiguiente, si las determinaciones no se hubiesen comunicado, el cargo sería errado pues no se habría violado el Decreto 2733 de 1959 sino el 146 de 1977.

"5.2.3. De todas maneras, la decisión de 22 de diciembre de 1980 se comunicó en legal forma a las actoras. En efecto, si se leen el contenido de la Carta SCM435 de diciembre 23 de 1980 (fl. 89, cuaderno principal) y de la decisión (fl. 199 *ibídem*) se encontrará que son idénticas.

"5.2.4. En cuanto a la decisión de 20 de noviembre de 1980, la decisión fue comunicada el 26 de noviembre de 1980 por la Secretaría del Ministerio de Obras Públicas, en cartas (fls. 83 y 84) que las actoras confiesan haber recibido y cuyo contenido es exacto al de la decisión (fl. 200).

"5.3.1. Pero aún en el caso de que se debiesen notificar y no se hubiesen notificado, la transgresión sería inane a los fines de la demanda porque se habría generado una operación administrativa (no un hecho como dicen las actoras), suficientemente conocido por Grandicon y por Stevin Dredging, que, aun cuando mal, lo demandaron.

"5.3.2. Además, qué hubiese pasado si no se notifican?

"5.3.2.1. En primer lugar, que contra el 'acto jurídico' no cabría acción.

"5.3.2.2. Y que contra la actuación de la Administración cabrá acción indemnizatoria directa que se intentó y sustanció; está para su fallo.

"5.3.3.1. La falta de notificación, o la notificación defectuosa no originan la nulidad del acto. La notificación, en sí misma, —o, a *contrario sensu*, su falta— no son demandables. Ha dicho el Consejo de Estado (Auto, agosto 30 de 1977, citado en el Diccionario Jurídico, T. III, pág. 205):

" 'Las notificaciones consisten en el medio legal suficiente para hacer conocer a las partes o a los interesados las determinaciones que se tomen en procedimientos administrativos o judiciales. No constituyen actuaciones que pongan fin a un procedimiento, pues éstos finalizan por actos administrativos o por autos o sentencias en los procedimientos judiciales. Por lo mismo las notificaciones no son actos administrativos que reúnan las exigencias que la doctrina y la jurisprudencia exigen para la estructuración jurídica de éstos. Las notificaciones son simplemente parte de un proceso judicial o administrativo y por eso las propias notificaciones no son susceptibles de recursos, pues éstos recaen o están instituidos en contra de los actos administrativos, autos o sentencias. Por eso la pretensión del demandante de buscar mediante un juicio ante esta jurisdicción la nulidad de una notificación, va en contra del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, que exige como requisito previo para recurrir ante esta jurisdicción que se haya agotado la vía gubernativa, lo cual ocurre cuando los actos o providencias no son susceptibles de los recursos por esta vía, o cuando tales recursos se han decidido. Sólo los actos administrativos son susceptibles de anulación de conformidad con los artículos 62 y 65 del Código Contencioso Administrativo, por lo mismo la notificación cuya nulidad solicita el actor, no es acto capaz de someterse a un proceso de esta jurisdicción en busca de su nulidad. Por otra parte, no sólo el artículo 12 del Decreto 2733 de 1959 habla de la notificación por conducta concluyente cuando dice que una notificación mal hecha deja sin efectos la providencia que con ella se notifica, «a menos que la parte interesada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales», como lo está haciendo el actor; sino también el artículo 330 del Código de Procedimiento Civil, prevé el caso de que el interesado aún sin el lleno de exigencias formales, se dé por enterado del contenido de una providencia, como lo hace el actor con la demanda que ahora ha presentado ante esta Corporación, en relación con la Resolución 482 de 1977 dictada por el INTRA'.

"5.3.3.2. Siguiendo la lógica de la jurisprudencia transcrita, cuando las actoras impugnaron los actos demandados, se notificaron por conducta concluyente.

"VI. *El tercer cargo.*

"6.1. Atacan a la Nación las sociedades actoras porque, según ellas, el Procurador 'sólo puede vigilar la conducta de los

" 'funcionarios y empleados que no queden bajo la jurisdicción especial de la Cámara y el Senado de la República; y porque

"'aparentemente la decisión del Consejo de Ministros fue tomada considerando el fallo emitido por el Procurador General de la Nación...'

"6.2. Sea lo primero repetir tres cuestiones básicas:

"a) No se ha demostrado la motivación del honorable Consejo de Ministros; mucho menos que fuera la decisión del señor Procurador;

"b) La decisión del señor Procurador está en firme;

"c) En ella se declaran probadas muchas irregularidades de la adjudicación que nos ocupa.

"6.3.1. A pesar de que la determinación de la Procuraduría está en firme y de que el interés de las actoras en cuestionar su parte decisoria es muy controvertible pues no hace sino imponer una sanción a un exfuncionario, que no la controvirtió, su ataque no puede pasar desapercibido.

"6.3.2. La censura se basa en que el Procurador no tenía la facultad para sancionar al Ministro, porque ella sólo compete a la Cámara de Representantes y porque el artículo 26 de la Ley 25 de 1974, en su enumeración no comprende a los Ministros del Despacho.

"6.4.1. Admitamos, en gracia de discusión que el Procurador no puede sancionar a los Ministros. Lo que no tiene la menor duda es que puede investigar los procesos de contratación; así lo dice el artículo 7º de la Ley 25 de 1974, que fija la competencia en el Procurador delegado para la contratación administrativa, que según la resolución, fue quien inició el proceso.

"6.4.2.1. Acreditados los hechos que dan origen a la sanción, dentro de la hipótesis aceptada en gracia de discusión, debían adoptarse dos procedimientos: Uno, pasar los antecedentes a la Cámara, para que ésta acusara al Ministro ante el Senado; y sancionar a los empleados subalternos.

"6.4.2.2. Pero aún en este caso, los hechos que el Procurador estimó como base para su sanción, siguen siendo ciertos: No se han desvirtuado.

"Cuando a juicio de la Procuraduría hay hechos que deben sancionarse, puede el honorable Consejo de Ministros aprobar un contrato en cuya formación hay antecedentes posiblemente punibles? No es suficiente motivo de inconveniencia la sanción?

"Debía el honorable Consejo aprobar la adjudicación de un contrato en cuya formación hay antecedentes que están *sub júdice*?

"6.4.2.3. Pues bien: Siempre en la hipótesis de que el Procurador no tenía facultades para sancionar al Ministro, sino para pedir su enjuiciamiento a la Cámara, podemos concluir que se equivocó al imponerle una pena. Ha debido dirigirse a la Cámara.

"¿Esa equivocación veda al Consejo de Ministros el conocimiento de los hechos? No siguen siendo ciertos? ¿Y no es cierto el dicho popular de que 'el que calla otorga'? Por qué el Ministro sancionado no se alzó contra la pena?

"6.5. Pero resulta que el Procurador sí tiene la facultad de sancionar Ministros o Exministros. Para verlo, sólo falta leer el fallo, en el aparte.

"1. El factor 'competencia', al cual me remito y para cuya inteligencia es preciso recordar que se dictó cuando aún tenía 'legalidad aparente', el Acto legislativo número 1 de 1979.

"6.6. Algo que ya está dicho: No es suficiente motivo, para no aprobar el contrato el que el Procurador, a quien correspondía bajo la vigencia del Acto legislativo número 1 de 1979 'defender los intereses de la Nación, el patrimonio del Estado', diga que en su formación hubo anomalías que, según su criterio deben ser sancionadas?

"Hoy, declarado inexequible el Acto legislativo número 1 de 1979, todavía corresponde al Procurador 'defender los intereses de la Nación'. 'En estas condiciones, puede decirse que el atender las objeciones del Procurador, hechas públicas y causa de escándalo es violar la ley'?

"6.7. Dos últimas consideraciones al texto de la demanda, que dice que el Procurador no entendió los descargos del Exministro y no designó peritos.

"Estas aseveraciones son gratuitas; si el Exministro creyó que hacían falta peritajes, ha debido pedirlos.

"Por otra parte, de las seis anomalías que se predican de la adjudicación, sólo la primera requiere de peritos para los que no sabemos ingeniería. Y resulta que, en este juicio se demostró que, como lo dice el cargo del Procurador 'se ofrecieron dragas distintas a las pedidas en los pliegos sin que en los planos que adjunta esté demostrado dicho caballaje y no hay forma de establecerlo'.

"Y debe tenerse en cuenta que la licitación era para un trabajo de dragado.

"VII. *Cuestiones de hecho.*

"7.1. *Introducción al tema.*

"Está demostrado:

"Que la demanda es inepta.

"Que no se impusieron responsabilidades a las actoras.

"Que la facultad de aprobación del honorable Consejo de Ministros es discrecional y secreta su motivación.

"Que las decisiones del honorable Consejo de Ministros no se notifican: Se comunican.

"Que la resolución por medio de la cual el señor Procurador General de la Nación sancionó al Ministro que hizo la adjudicación es legal, está en firme y señala graves anomalías en el proceso de adjudicación.

"Por otro lado, la demanda confiesa —y en ello basa su segundo cargo— no conocer la motivación del honorable Consejo de Ministros aquí impugnada. En el proceso —salvo un documento que enseguida analizo— no hay nada que enseñe, ni aún por indicios, qué motivos tuvo el honorable Consejo de Ministros para negar la aprobación del contrato.

"En cambio, se comprobaron numerosas fallas en la organización de las actoras, en su propuesta y en el proceso de adjudicación, amén de un escándalo posterior producido por la irregularidad. Analizar estos puntos se dedica este aparte.

"7.2. *El concepto de la Secretaría Jurídica.*

"7.2.1. En el cuaderno de pruebas de las actoras aparece el memorando 339 por medio del cual el señor Secretario Jurídico de la Presidencia remite al señor Secretario del honorable Consejo de Ministros los antecedentes del contrato. En él hace un resumen de la tramitación y concluye informando que no se hicieron las reservas presupuestales, ni se constituyeron las garantías de que trata el artículo 36 del Decreto 150 de 1976 y que en la tramitación del contrato y en su adjudicación hubo.

"'...notorias deficiencias que no obstante haber sido consideradas superadas (sic) por la Junta de Licitaciones del Ministerio de Obras Públicas y Transporte ocasionan en concepto de este despacho una situación de confusión y de falta de claridad acerca de los desarrollos del contrato, que determinan la inconveniencia de su aprobación por parte del Consejo de Ministros'.

"Y propone una resolución idéntica en su texto a la demandada.

"7.2.2. No existe ninguna prueba, ni aún indiciaria que demuestre que el memorando fue conocido por el honorable Consejo de Ministros.

"La identidad del texto sólo comprueba que el Consejo aprobó la redacción vaya con el gusto! Qué discutieron los Ministros? ¿En qué se basaron? ¿Quién defendió una tesis y atacó otra? ¿Qué Ministros asistieron? ¿Hubo unanimidad, o simple mayoría? Todo entra, como la demanda, en el reino de las suposiciones. Y ya en él, porqué no suponer que el señor Secretario del honorable Consejo dijo que el señor Secretario Jurídico consideraba inconveniente la aprobación, en vista de que había errores numéricos en la propuesta Grandicon Stevin Dreging y que no había en ella equipos de dragado adecuados; y que el Consejo encontró válida la argumentación?

"7.2.3. Además el memorando hace dos glosas:

"7.2.3.1. La primera: No había ni presupuesto, ni garantías.

"Esta falla, en principio es subsanable, cuando se incorpora el presupuesto proveniente del empréstito— lo cual, empero, es una complicadísima operación administrativa.

"Pero, para los efectos del proceso: No se probó que hubiera empréstito, ni partida presupuestal aprobada por ley.

"En estas condiciones: Era subsanable?

"7.2.3.2. La segunda: Los antecedentes hacían inconveniente la aprobación.

"Sobre los antecedentes hablaré en el siguiente numeral. La inconveniencia y el señor Secretario Jurídico usó exactamente el vocablo que usa el artículo 27 del Decreto 150 de 1976 como su nombre lo indica es facultad discrecional.

"El Consejo actuó dentro del límite que le fija la ley; ni más, ni menos. Y consideró inconveniente el contrato.

"7.3. *Las irregularidades.*

"7.3.1. Aclaración previa.

"Como he dicho no conozco las razones del honorable Consejo Ministerial; las actoras confiesan no conocerlas; en el proceso no se probó ninguna. Sin embargo hay tal cúmulo de errores y fallas en la propuesta presentada por las actoras y en el proceso de licitación y adjudicación que cada una de ellas sería suficiente para justificar la actuación impugnada.

"7.3.2. *La resolución de la Procuraduría.*

"Analizada ya en algunos aspectos a lo largo de este memorial, debe estudiarse aquí bajo otra luz. Pero conviene poner de presente algo que ya se dijo:

"En el supuesto de que el señor Procurador no pudiese sancionar a un Exministro, los hechos que merecían la sanción no han sido desvirtuados. Al contrario, fueron comprobados en el juicio. La sanción es ajena al proceso; los hechos que la motivan, no.

"Y, además, esa resolución hoy está en firme, no ha sido atacada y caducó el tiempo para hacerlo y había caducado al momento de iniciarse el proceso.

"De ello se desprenden importantísimas cuestiones:

"A. El hecho de que el Procurador denunciara irregularidades por providencia que ya estaba en firme cuando se reunió el Consejo de Ministros el 20 de noviembre de 1980, esto por sí mismo suficiente motivo de conveniencia para no aprobar el contrato;

"B. Más aún, si las impugnaciones que hacen las actoras a la resolución van dirigidas a la competencia del Juez y no a la

realidad de los hechos; como si quien se roba varios millones —y perdón por el ejemplo, pero es obvio— deja de ser ladrón porque lo sanciona un Juez Municipal!;

"C. Siguiendo la tesis de la demanda, según la cual el Consejo de Ministros sólo puede negar la aprobación a un contrato por inconveniencia y que 'ésta se refiere a los hechos y éstos son todos los que se presenten con posterioridad a la adjudicación', la resolución del Procurador (aun cuando se refiere a hechos de antes) *es posterior.*

"Y posterior, también, el escándalo público que se formó, del cual dan fe las numerosas publicaciones periódicas aportadas al expediente. Este no es un hecho suficientemente grave para que fuese inconveniente aprobar el contrato? Ruego a los señores Magistrados ojear los periódicos aportados que son de varias partes, muestra apenas de lo que decía toda la prensa del país y encontrar que tamaño escándalo hacía inconveniente la aprobación del contrato.

"7.3.3. *Los cargos del Procurador.*

"7.3.3.1. Insuficiencia del equipo de dragado.

"Basta leer la Resolución de la Procuraduría (fls. 73 y ss. del cuaderno principal) cotejándolo con el experticio rendido en este proceso por los doctores Carlos Calvache y Aníbal Franco (fl. 269, cuaderno número 3) para verificar que las actoras incumplieron las condiciones mínimas de la licitación, en el cual se exigían cinco (5) dragas con potencia conjunta de 7.200 H.P., en las bombas; y en cada bomba una potencia no inferior a 1.000 H.P. o en su defecto atrás con rendimiento no inferior a 1.400 m3/h. de trabajo y con ciertas condiciones (Ver pliego de licitación, Resolución de la Procuraduría, dictamen de los peritos Calvache y Franco).

"Las compañías actoras ofrecieron dos dragas, no cinco. Con potencia total conjunta en sus bombas de 5.680 H.P. Por consiguiente *estaban obligadas* a demostrar que esas dragas tenían un rendimiento de 1.400 m3/h. *Y no lo hicieron.*

"Lo dice el acta de adjudicación en un pliego que curiosamente se perdió el 6 de noviembre de 1985 transcrito por la Procuraduría. Y lo comprueba el peritaje Calvache-Franco, rendido en este juicio, sin objeción alguna, en forma clara:

"Como puede comprobarse en las anteriores transcripciones y en el expediente (Anexo número 3, fls. 183 y ss.), el proponente Grandicon-Stevin no suministró ningún dato relativo al rendimiento de tales dragas y menos la prueba fehaciente exigida en los pliegos de condiciones, adendo número 1 de octubre 23 de 1979 (fl. 271, cuaderno número 3).

"Finalmente: Lo dice también el señor Ministro de Obras *ad hoc* (Carta número 0589 de septiembre 3 de 1980, cuaderno fls. 83 y ss.).

"La cuestión no es de poca monta ni un simple requisito burocrático: Se trata de un trabajo de dragado que exige ciertas condiciones; el mejoramiento de las condiciones de navegación del Canal del Dique, incluía, según aviso de la licitación.

"Se excavarán aproximadamente 17.000 m3 con dragas hidráulicas...(Ver cuaderno II).

"Era, pues, el equipo básico.

"No identificarlo, sería un 'inconveniente', y serio.

"7.3.3.2. *Condicionamiento de la oferta.*

"A. Excavaciones más allá de 3 metros.

"El pliego de la licitación contiene normas para excavaciones hasta 3 metros (Sección 8) y para excavaciones de 3 a 9 metros (Sección 9). La carta-condición dice:

" 'Nuestra oferta se ha basado en que debemos excavar o dragar hasta una profundidad de 3 metros bajo el nivel de reducción'.

"Puede verse que es una clara modificación al pliego, que 'choca directamente' con él, y que excluye del valor total de la oferta valores apreciables.

"B. *Actas de obra.*

"En el contrato, que forma parte de los pliegos de licitación, se especifican actas mensuales.

"El consorcio Grandicon-Stevin en su carta, condiciona la propuesta a actas semanales. ¿Por qué? simplemente porque en una semana ha habido menos evaporación y por consiguiente los volúmenes son mayores. Y así se draga más (y se gana más), sin que aparezca en el presupuesto que sirve de base para la adjudicación.

"C. *Oleoductos.*

"Según la Sección 7, el contratista debía negociar y pagar (se le reembolsaría luego) el valor de relocalización de acueductos, incluidos '...todos los gastos directos e indirectos' que sean necesarios para llevar a cabo los trabajos.

"En la carta dicen que no pagarán materiales. Y así el valor de su propuesta disminuye.

"D. Plazo —cantidades de obra— programas.

"El programa de inversiones termina en el mes 17; en el programa de trabajo la barra se extiende hasta el mes 29 para tres *ítems* y hasta el mes de 30 para un *ítem*, al no hacer ninguna aclaración al respecto, el consorcio logra que en la evaluación de su oferta, no se le computen los reajustes que forzosamente habrá que aplicarles a las inversiones que se hagan desde el mes 17. Las

partidas que estarían sujetas al reajuste, o sea las que sobrepasan el mes 17, suman $ 64.515.018, y los reajustes valdrían $ 21.635.757, suma que no se tuvo en cuenta al evaluar la propuesta.

"E. Pero, lo que es más importante: El condicionar la oferta ya *modifica, per se* y sin fundamento legal, las condiciones de la licitación, en favor de las actoras y en contra de las demás licitantes.

"7.3.3.3. *Otros puntos.*

"La falta de discriminación de los programas de trabajo y las discrepancias en la póliza de seguros de que habla la Resolución de la Procuraduría son claras en ese documento, e irrebatibles. A ellas me remito.

"7.3.4. *Las pruebas en el proceso.*

"7.3.4.1. *Personería de Stevin Dredging B.V. de Colombia.*

"El Ministerio glosó los documentos de incorporación a Colombia de la Sucursal del Stevin Dredging B.V. Al firmar el contrato se suscribió un acta (cuaderno número 1, fls. 12 y ss.) en la cual se dejó constancia de que no se habían llenado las formalidades que exige el Código de Comercio.

"Expliquemos el caso: Con las escrituras número 2348 de mayo 13 de 1980 y 3352 de junio 26 de 1980, ambas de la Notaría 1ª de Bogotá se protocolizaron los documentos de constitución de la sociedad sin que se autenticaran las firmas de los funcionarios competentes. Al conocer la glosa, el Cónsul de Colombia en Amsterdam produjo, el 14 de julio de 1980 un certificado en que dice que los documentos protocolizados aquí en mayo son auténticos; ese certificado se protocolizó en la Notaría 1ª mediante escritura 3892 de 16 de julio de 1980.

"Al notar las incongruencias, pedí una inspección sobre los protocolos y, el día de la diligencia, la escritura 3892 había desaparecido (cuaderno número 3, fl.) por lo cual pedí que se compulsara copia a la Procuraduría, a lo que no accedió el Magistrado comisionado, porque dos días después 'apareció'.

"Es preciso puntualizar unos hechos:

"1º Los documentos de cuya identidad se trata están protocolizados —por lo menos eso dice el Notario— desde el 13 de mayo de 1980. Estaban allí, en la Notaría, en Bogotá, el 14 de julio de 1980. Cómo hizo el Cónsul para autenticarlos?

"2º El Cónsul 'autenticó' (?) los documentos el 14 de julio. El Acta de la Inspección se lee (Cuaderno pruebas, fl. 2 acta).

"También se exhibe, y examina, el libro índice alfabético de escrituras de mil novecientos ochenta (1980), según los meses. En el mes de julio y bajo la letra 'H', que es la inicial de apellido de la persona que presenta los documentos para su protocolización, aparece, en el sector renglón, el nombre de 'Holguín Pombo

Jorge Eduardo', quien con fecha quince (15) de ese mes presentó los documentos que se protocolizaron mediante la escritura número treinta y ocho noventa y dos (3892) tantas veces mencionada.

"Ahora bien, examinemos itinerarios: Si el Cónsul hubiera expedido su 'certificado' a las 8 a.m. de 14 de julio de 1980, y acto seguido se hubiese llevado al aeropuerto (trayecto que he hecho y que demora 1 hora); en el aeropuerto se gasta otra hora y van 2; de Amsterdam es preciso hacer conexión a cualquier capital europea, preferiblemente a París o Madrid, o a Frankfur en lo cual se gastan, en vuelo 2 horas y en aeropuertos 4. De allí se toma avión a Bogotá, que gasta por lo menos 15 horas: Y tenemos 23 horas de horario apretado, casi imposible, que colocaría al Miguel Strogoff de la Stevin, en nuestra capital el 15 de julio a las 7 a.m. en el aeropuerto (Descontando el cambio de horario). Pero eso no pasa así: Porque los aviones a Colombia vuelan por la noche: Para mí es imposible que el 'certificado' hubiera llegado el 15.

"13. Pero, ¿cómo dice el Notario que 'el doctor Holguín P.' con fecha quince (15) de ese mes presentó los documentos que se protocolizaron... Si el famoso 'certificado' aparece autenticado el 16 de julio por el Ministerio de Relaciones?

"Son demasiadas coincidencias, casi todas subsanadas a última hora *'in extremis'* y, vaya de qué modo! Y algunas, sin subsanar.

"Todo ello arroja una capa de duda sobre la manera como se incorporó Stevin Dredging B.V. en Colombia. Pero deja en claro que faltó un requisito, puesto que el Cónsul (¿si sería el Cónsul?) no podía autenticar en Amsterdam los documentos que estaban en Colombia.

"7.3.4.2. *La solvencia de Stevin Dredging B.V.*

"Para comenzar: Según los documentos aportados (Ver propuesta de las actoras, fl. 14) la sociedad se fundó en 1925. Sin embargo, en el detalle (*ibidem,* fl. 197) dice que tiene 129 años!

"Las publicaciones del expediente dan cuenta de una difícil situación del conglomerado del cual hace parte Stevin Dredging, especialmente de su matriz, Royal Volker Stevin, N.V.

"En la inspección judicial realizada en Asterdam se comprobó, también con certificado de la Cámara de Comercio, que en los balances de Stevin Dredging B.V., aparecen unas dragas, que esas dragas aparecen en los balances de 'Royal Volker Stevin, N.V.' pero que son de Adriana Valker Baggumaatschappij Nederland V.B. y de la compañía de Dragados Internacionales S. A. of Panamá. Se comprobó, también que 'es costumbre mercantil que las sociedades matrices presenten como propios activos pertenecientes a las filiales'.

"No se comprobó —y anoto que el Ministerio no autorizó mi viaje a la diligencia, lo que sí hicieron las actoras con su apoderado, quien concurrió a ella— es que las filiales puedan incluir esas propiedades en sus activos.

"El apoderado judicial de Stevin Dredging B.V., quien es suplente del representante legal ha dicho que este último no fue citado en forma legal para absolver un interrogatorio de parte, lo cual no es cierto, se le citó por edicto, conforme a la ley.

"El manifestó, también, no conocer el domicilio de su principal y —supongo pretende que frente a esa afirmación quería que se lo citara a él—. Pues bien: Las pruebas que yo pido, se me deben decretar como yo lo considere, no como la contraparte quiera; en los documentos oficiales figura un señor Coepjin como representante legal de la actora: A él se lo citó. Si no compareció, es su culpa y culpa del apoderado que no probó la ausencia del principal.

"En estas condiciones los hechos afirmados por mí se presumen ciertos y por consiguiente se presume cierto que Stevin Dredging B.V. incluyó bienes ajenos en su balance, sin notas aclaratorias, con lo cual lo falsea.

"7.3.4.3. *Situación financiera de Grandicon.*

"En el dictamen rendido por los señores Francisco Tocancipá y Policarpo Castillo se pone de presente que hay diferencias entre el balance presentado por Grandicon para la licitación y el que figura en sus libros: Que hay tachaduras y enmendaduras (lo que se comprobó en la inspección) en los libros. Y ellos confiesan no haber chequeado comprobantes, externos, lo que resta valor a su dictamen.

"7.4. *El nuevo Ministro.*

"El doctor Alberto Vásquez, Ministro de Minas y encargado —por el impedimento del titular— del de Obras, después de hacer la adjudicación, se retiró.

"La adjudicación fue muy controvertida; la Contraloría la objetó (Ver publicaciones y cuaderno de actas); los asesores del Ministro hicieron serios reparos en distintos campos.

"Así las cosas, se encargó al nuevo Ministro de Minas y Energía, doctor Humberto Avila Mora, de manejar la licitación. Y no vio claras las cosas, empezando porque para ajustar el proceso debía cambiarse la póliza original del contrato; otra falla! Consultó a los abogados del Ministerio de Obras quienes dijeron (ver memorando) que una vez adjudicado el contrato tenía que firmarlo. Sin embargo, no lo hizo en una reunión inicial (Ver acta, ver demanda) sino posteriormente, previa consulta al Consejo de Ministros.

"La carta en que hace la consulta (verla en el anexo número 4) es una tremenda acusación contra el proceso de licitación y pone al descubierto todas las anomalías atrás relacionadas.

"7.5. *Conclusión.*

"En el proceso no se demostró cuál fue el motivo que tuvo el honorable Consejo de Ministros para negar su aprobación al contrato. Algo apunta, más que a la Resolución de la Procuraduría, a la carta del Ministro Avila Mora; o los dos documentos, conjugados.

"Empero, más que ellos mismos, los hechos que comentan, que se probaron en el proceso y que son imposibles de corregir porque de hacerlo se desmejorarían las condiciones de los demás licitantes —cualquiera, y son muchos— era suficiente para que el Consejo, dentro de la ley, negara la aprobación de contrato. Así, el Consejo Ministerial sólo cumplió la ley.

"VIII. *Ausencia de perjuicio.*

"8.1. *La doctrina.*

"Dijo el Consejo de Estado (sentencia, junio 24 de 1965. Citada 'Diccionario Jurídico', T. II, pág. 822):

"Para la Sala es indiscutible siguiendo la doctrina y la jurisprudencia, que para el perjuicio sea resarcible es necesario que sea cierto y efectivo, es decir, que no puede dar materia de resarcimiento el perjuicio hipotético, esto es, el que sólo es posible o eventual, o en otras palabras: El que podría producirse o no producirse.

"Y en otra oportunidad (sentencia, junio 28 de 1967 *ibídem*, pág. 825): 'Para que un perjuicio sea objeto de indemnización se requieren dos condiciones: Que sea real (cierto) y que pueda determinarse su cuantía, aunque el daño no se haya causado, en su totalidad en el momento actual'.

"Y la honorable Corte, en sentencia de enero 26 de 1967 (Héctor Roa G. Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema de Justicia, Bogotá, 1978, Tomo II, páginas 597-98):

"Antes que todo se requiere la existencia de una obligación que goce de plena eficacia jurídica y que por lo mismo esté protegida por la ley y deba ser cumplida por el deudor. No ofrecen esta característica las obligaciones naturales ni las que nacen de un contrato afectado de invalidez. En casación de 15 de noviembre de 1949 expresó la Corte que el incumplimiento de una obligación surgida de un contrato viciado de nulidad absoluta, 'no puede originar derecho para reclamar y obtener indemnización de perjuicios contractuales'.

"Otro elemento de la acción indemnizatoria consiste en el perjuicio que el incumplimiento del deudor le cause al acreedor. Se tiene por tal perjuicio la lesión o menoscabo que sufre el patrimonio del acreedor a consecuencia inmediata o directa del incumplimiento. Ese menoscabo debe ser cierto y no simplemente eventual o hipotético y comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. Como el perjuicio resarcible ha de ser resultado necesario del incumplimiento, sucede que entre éste y el daño debe existir una relación de causa a efecto. De aquí que en esta

materia de reparación de perjuicios ocasionados por la violación de un contrato, se requiera demostrar los tres elementos de culpa, de daño y de relación de causalidad entre una y otro.

"En síntesis: Para que haya indemnización se requiere que haya daño y que esté originado en algo ilegal.

"8.2. *Ausencia de daño.*

"8.2.1. Creo haber demostrado que no hubo ilegalidad en la actuación demandada, con lo cual la acción indemnizatoria pierde su base. Pero, además: En el proceso no se ha demostrado que las actoras sufrieran perjuicios.

"Para que haya 'condena *in génere*', se requeriría que hubiese perjuicios; aquí no los hay.

"8.2.2. El actor en su demanda no narra ni un hecho que puedan indicar su ocurrencia. Se limita a decir (primer cargo).

" 'Finalmente destaco que cualquier particular que haya resultado favorecido con una adjudicación de un contrato administrativo tiene el pleno derecho para exigir del Estado una indemnización...'

"Y adelante (segundo cargo):

" '...en consecuencia solicito que la indemnización que damando...'

"Y en el acápite 'demanda'.

" 'Que se condene a la Nación a indemnizar los perjuicios que se le causaron a mis representadas'.

"No pidió, ni aportó, una sola prueba tendiente a demostrar perjuicios: Los 12 documentos que adjuntó a la demanda, y los 12 que pidió con ella prueban actuaciones del Estado que nada tiene que ver con el daño; los que solicitó en el memorial de pruebas, tampoco.

"8.2.3. En las pruebas que solicitó la Nación, por mi conducto, hay unas cifras sobre sumas gastadas por las actoras en preparar la licitación. La pérdida de esas sumas no es un daño, es la consumación de un riesgo que todo licitante toma. Tanto los ganadores como los perdedores; y estos, si pierden en primera o última instancia.

"8.2.4. Tampoco puede decirse que el daño es la utilidad dejada de percibir. En primer lugar porque la norma que consagra el concepto habla de 'hacerla cesar'; aquí no había encargo aún; pues el contrato no estaba perfeccionado. Y porque ni aún de lejos se demostró que tal utilidad existiese.

"IX. *Conclusión y peticiones:*

"9.1. De lo expuesto se deduce:

"9.1.1. Que la demanda es inepta:

"a) Por indebida acumulación.

"Con todo, como la doctrina dice que debe atenderse la pretensión o acción admisible, hay que aceptar la demanda indemnizatoria.

"Se demandó un hecho administrativo, cuando existe una operación administrativa.

"Luego la demanda es inepta.

"Quod erat demostrandi;

"b) La demanda impugna los actos acusados por falsa motivación. Pero afirma no conocer la motivación.

"Eso la hace inepta y *temeraria;*

"c) No se aportaron al proceso los actos acusados en forma que pueda ser admitida por el honorable Consejo de Estado.

"9.1.2. La demanda se basa en falsa motivación del honorable Consejo de Ministros. Pero:

"a) Esa motivación es secreta y no se puede conocer;

"b) No se demostró cuál fue;

"c) La demanda dice que se ocasionó por una resolución del honorable Procurador y que ésta es ilegal porque el no tenía facultad para sancionar a un Ministro. Sobre este punto.

"1. No se demostró que eso fuera cierto.

"1.1. La resolución está en firme.

"1.1.1. Los hechos en que se basa la resolución son ciertos y suficientes para justificar, legal y moralmente, la decisión del honorable Consejo de Ministros;

"d) En el proceso se demostraron por lo menos 15 fallas protuberantes en la oferta de las actoras, cualquiera de las cuales pudo dar origen a la decisión ministerial y la justifican legal y moralmente.

"9.1.3. Aún sí, contra toda evidencia, no se aceptare la argumentación anterior, las actoras no demostraron haber sufrido perjuicios, luego no cabe condena.

"9.2. Por ello solicito:

"9.2.1. Que se rechacen las súplicas de la demanda.

"9.2.2. Que se condene en costas a las actoras.

"9.2.3. Que se declare que hubo temeridad de las actoras en promover esta demanda y se les condene en consecuencia.

"9.3. Pido también, que se conceda una audiencia pública y en su oportunidad, se fije la fecha.

"Tiene por objeto y causa esta solicitud la conveniencia de señalar en un expediente gigantesco, numerosas piezas que de otra manera son difíciles localizar; la importancia de los temas jurídicos en debate" (fls. 243 a 282).

IV

Vista Fiscal:

La Fiscal Segundo de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, rindió su concepto de ley, el cual obra a folios 299 y siguientes del cuaderno número uno. Allí, bajo el rubro *consideraciones*, se destaca:

"Al folio 201 del cuaderno número 1, aparece copia auténtica de la proposición aprobada en la sesión de noviembre 20 de 1980 del Consejo de Ministros, Acta número 111.

"Esta decisión junto con la contenida en el Acta número 115 de diciembre 22 de 1980 confirmando la anterior y visible a folio 199 del cuaderno 1, son los actos administrativos acusados en la presente demanda.

"La decisión del Consejo de Ministros dice textualmente lo siguiente:

" 'El Consejo de Ministros no imparte concepto favorable al contrato celebrado entre el Fondo Vial Nacional y el Consorcio integrado por las Compañías Stevin Gredging B.V. de Holanda y Grancolombiana de Construcciones —Grandicon Ltda.— de Colombia, con fecha 24 de julio de 1980, para el mejoramiento de las condiciones de navegación del Canal del Dique y ordena la apertura de una nueva licitación en conformidad con lo dispuesto en el contrato de préstamo celebrado con el BID.

" 'Es fiel copia tomada del Acta número 111 de 20 de noviembre de 1980' (fl. 201).

"Como se observa, ni en esa proposición ni en la que la confirmó, se expresaron los motivos y las razones que se tuvieron en cuenta para no aprobar el mencionado contrato.

"Más aún, atendiendo a una solicitud de los interesados, el Secretario del Consejo de Ministros, contestó: 'En atención a su comunicación número 575 de diciembre 23 de 1980 dirigida al señor Presidente de la República, me permito informarles que de conformidad con el reglamento del Consejo de Ministros, las actas del mismo y demás documentos que de ellas hacen parte son de carácter estrictamente reservado, por consiguiente no se puede dar trámite a la solicitud presentada' (fl. 91, cuaderno número 1).

"Durante el trámite del presente proceso, tampoco se solicitaron ni se allegaron pruebas tendientes a esclarecer el punto anterior, así pues que nos encontramos frente a una proposición del Consejo de Ministros que se limitó a decir que *no* aprobaba un contrato. Dentro del proceso de contratación que se venía desarro-

llando, esta decisión del Consejo de Ministros bien puede ser considerada como un acto de simple trámite, que en un momento dado y sobre todo cuando es aprobatoria impulsa el trámite de la contratación. Haciendo una similitud con lo que sucede con algunas actuaciones jurisdiccionales, tal vez se podría pensar que cuando la decisión del Consejo de Ministros es negativa o sea que no aprueba el contrato, como en el presente caso y teniendo en cuenta que tal determinación le pone fin a la actuación administrativa, esa determinación revestiría entonces el carácter de acto administrativo.

"Ahora bien, volviendo a la demanda, en ella se afirma que los actos acusados adolecen de falsa motivación ya que en el contrato no se dio ninguna ilegalidad y tampoco se podía alegar la inconveniencia.

"Es prácticamente imposible, por desconocer las causas que tuvo en cuenta la Administración para abstenerse de aprobar el contrato, entrar a analizar si existió alguna ilegalidad y en qué consistió ésta. En lo referente a la inconveniencia, ésta debe entenderse en relación directa con un determinado contrato y no a la necesidad de realizar la obra objeto de la licitación, que puede en un momento dado seguir siendo de suma importancia y de interés general.

"El segundo cargo de la demanda plantea por una parte la falta de motivación del acto administrativo acusado, y a renglón seguido se afirma que ante la ausencia de motivación de la providencia y habiéndose vulnerado los derechos y las garantías de las sociedades actoras, se enfrentan a un *hecho administrativo* (se subraya) y en consecuencia se solicita que la indemnización se decrete de conformidad con lo establecido en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo o sea sin lugar a declarar la nulidad de los actos del Consejo de Ministros (fl. 191, cuaderno 1).

"Lo anterior indica que no existe en las demandantes una total seguridad sobre la calificación de acto administrativo que se dio al pronunciamiento del Consejo de Ministros y realmente la situación tal como se presenta explica la confusión. Para este despacho la anterior circunstancia es una prueba más para inclinarse a pensar, que la actuación de la Administración en este caso debe calificarse como una actuación de trámite dentro del proceso de contratación. Es oportuno anotar, que en el presente caso, el contrato tanto por su naturaleza como por su cuantía, exigía para su perfeccionamiento la aprobación del Consejo de Ministros y la revisión del Consejo de Estado. El Decreto 150 de 1976 establecía éstos requisitos, lo que indica que la actuación del Consejo de Ministros fue precisamente en cumplimiento de la ley. Por otra parte, el artículo 27 del Decreto 150 de 1976 le otorgaba al Gobierno la facultad de aprobar o no los contratos, ya fuera por ilegalidad o por inconveniencia. Ahora bien, obrando el Consejo de Ministros dentro del marco legal, ejerciendo como se vio las facultades establecidas, se podría decir que tal proceder acarrea la obligación de pagar perjuicios?

"No hay que perder de vista, que la facultad de contratación de la Nación está radicada en el Presidente de la República (art. 120-13 de la C. N.) quien ejerce esa función según el caso conjuntamente con el Ministro del ramo, o delegándola en ellos o en los Jefes de Departamentos Administrativos. En el caso en estudio la contratación debía llevar el concepto del Consejo de Ministros, organismo éste presidido por el señor Presidente de la República, quien de esta manera ejercía la facultad de contratar que le otorga la Constitución Nacional.

"Si el Consejo de Ministros se ajustó a la ley, no puede calificarse esa actuación al mismo tiempo de ilegal y pretender que genere indemnización de perjuicios, pues tal razonamiento sería contrario a la lógica. Si la ley permite que la Administración actúe de una determinada manera y así procede la Administración, es obvio que tal facultad no puede generar una sanción o un castigo para ese ente administrativo que así actúa. Si eso hubiera querido el legislador, así lo hubiera establecido muy claramente, o simplemente no hubiera contemplado la obligación a cargo de Consejo de Ministros. Si se obra pues en cumplimiento de lo que la ley ordena, no se puede decir que se está obrando mal pues una conducta no puede ser legal e ilegal al mismo tiempo, no puede ser y no ser. Así lo da a entender la misma norma que establece la obligación a cargo del Consejo de Ministros al decir '...Cuando la ley subordine el perfeccionamiento de un contrato a la aprobación o revisión de un organismo o autoridad *superior, la adjudicación no producirá otro efecto que el obligar a la entidad contratante y al adjudicatario a cumplir los demás requisitos establecidos para el caso*' (art. 27, inciso 2º del Decreto 150 de 1976) (Se subraya).

"La adjudicación en este caso, *no produce* el efecto que pretenden las sociedades actoras, cual es el derecho a que se le reconozcan perjuicios, pues como ya se dijo la Administración obró aquí en virtud de lo establecido en la ley. Además la ley misma establece cuáles son los únicos efectos que podrían existir y los supuestos perjuicios que se pretenden reclamar no están contemplados en la norma.

"Si la ley hubiera querido consagrar un derecho especial como sería el caso de una indemnización para el adjudicatario, lo hubiera establecido, pero por el contrario dice que la adjudicación en esos casos allí previstos no produce ningún otro efecto 'que el de cumplir los demás requisitos establecidos para el caso'.

"El tercer cargo de la demanda nuevamente se refiere a los motivos de la decisión del Consejo de Ministros. Se supone que la determinación de la Administración fue tomada con base en el fallo emitido por el Procurador General de la Nación, fallo este que, a juicio de las compañías demandantes, es inconstitucional e ilegal. Se explica luego lo que a juicio de las demandantes constituyó la mencionada ilegalidad.

"El cargo anterior más parece un ataque a la actuación del Procurador que un argumento en contra el acto administrativo

que se demanda. Hubiera sido pues más procedente en el trámite del proceso disciplinario y no en éste en donde no se está discutiendo la legalidad de esa providencia de la Procuraduría, sino la del Consejo de Ministros.

"Por otra parte, la demanda parte de una apariencia, de una suposición para formular el cargo, pues como ya se ha dicho y repetido, la decisión del Consejo de Ministros carece de motivos en consecuencia no se puede afirmar que precisamente el fallo del Procurador haya sido la causa de ella.

"El juzgador pues, no puede con base en suposiciones entrar a decidir.

"Siguiendo lo expuesto en la demanda, encontramos que los cargos que en ella se hacen en relación con la motivación del acto acusado, resultan ser producto de la imaginación del demandante, pues no existiendo la manifestación escrita de las razones que tuvo la Administración para tomar su decisión, no es posible anular esa decisión. Los cargos así formulados en la demanda, no pueden prosperar.

"Por lo expuesto, esta Fiscalía se permite solicitar a la honorable Sala, se nieguen las súplicas de la demanda" (fls. 299 a 303).

V

Consideraciones de la Sala:

A) Como el procurador judicial de la parte demandada propuso, en el momento procesal oportuno, la excepción de inepta demanda, la Sala entrará a estudiar los hechos en que ella se estructura con el fin de precisar si es posible o no entrar a desatar el fondo de la *litis*.

En las páginas 21 y siguientes de este proveído se recoge la literatura jurídica que le permite al excepcionante afirmar, en síntesis, que la parte actora, pretendiendo ignorar, al tiempo de iniciar la acción, el texto de los actos acusados, solicita, en el *petitum*, que se declare "...la nulidad de las decisiones del Consejo de Ministros..." y que se les pague una indemnización, para lo cual ejerce "...la acción de plena jurisdicción; o que se les indemnice sin anular, para lo cual ejerce la ...acción indemnizatoria directa". En otras palabras, se demandó en forma alternativa. "Ejerzo una acción, si hay acto, o la otra si hay hecho". Este planteamiento lleva al mandatario judicial del centro de imputación jurídica demandado, a concluir: "En consecuencia, la demanda es inepta, por indebida acumulación de acciones... No se diga que se trata de acumulación de pretensiones. La pretensión es la misma: Que se indemnice a las sociedades actoras. Lo que hay es acumulación de *acciones:* La del artículo 67 (plena jurisdicción) y la del artículo 68 (indemnización directa), cuya diferencia se establece en la jurisprudencia atrás citada".

Para la Sala la excepción así estructurada no está llamada a prosperar, por las siguientes razones:

Primera: Es correcta la perspectiva jurisprudencial que maneja el excepcionante cuando recuerda que tradicionalmente la Corporación ha exigido que el demandante sea claro en la demanda al vincular sus pretensiones ora a un *hecho* ora a un *acto administrativo,* pues no le está permitido "trocar ni calificar *ad libitum* las especies jurídicas". Esa seriedad se viene demandando aún con más celo después de la vigencia del Decreto 01 de 1984, que consagró la acción relativa a contratos, pues sólo así es posible al Juez hacer un manejo claro de muchos aspectos, entre ellos, el relacionado con la caducidad.

Pero frente a la tesis anterior, la jurisprudencia de la Corporación desde hace ya bastantes años, se vio obligada a manejar matices jurídicos, no de antítesis, pero sí de síntesis, para hacerle frente a irregulares situaciones creadas por la Administración. Por ello ha sostenido que la operación administrativa de un acto no notificado, constituye una vía de hecho y permite una acción de reparación directa. Así, en sentencia de catorce de junio de mil novecientos sesenta y uno (1961), con ponencia del Consejero Carlos Gustavo Arrieta, se destacó:

> "El artículo 67 consagra el principio de la responsabilidad estatal por razón del acto administrativo escrito. En ese precepto se parte de la base de que existe la prueba preconstituida de la decisión, de la violación y del daño. Como el acto debe estar publicado, notificado, ejecutado, o comunicado, se cumplen todos los requisitos legales que le dan vida o que lo hacen oponible. El ordenamiento adquiere autonomía y fuerza reguladora. En sí mismo encierra toda una situación que no requiere de elementos distintos de los que él mismo contiene en su texto para crear derechos y obligaciones. De consiguiente, la acción se dirige contra un acto que en sí mismo lleva la prueba de su existencia y de su oponibilidad, de la infracción legal y del perjuicio. Todos los elementos de juicio indispensables para el juzgador están contenidos en un documento y en su correspondiente notificación.
>
> "De allí que el artículo 86 exija que se presente copia del acto con las constancias de su publicación, notificación o ejecución.
>
> "Pero esta regulación de orden procesal no establece diferencias sobre la naturaleza jurídica del acto administrativo escrito y del acto administrativo verbal. Simplemente se limita a reglamentar, para efectos jurisdiccionales y probatorios, un procedimiento expedito y sencillo, compatible con las decisiones escritas, *pero incompatible con aquellos ordenamientos cuya existencia real no se conoce sino a través del acto material que los ejecuta.* En uno y otro caso, las situaciones creadas para el particular, para la Administración y para el juzgador, son distintas y, de consiguiente, la regulación ha de ser diferente.
>
> "De conformidad con esta interpretación, el artículo 67 *autoriza el contencioso de plena jurisdicción contra toda decisión escrita de la Administración* que lesione derechos de los particulares, bien sea un acto administrativo simple y autónomo, o un acto administrativo complejo. Con apoyo en esa norma se pueden atacar

también aquellas operaciones administrativas que tienen su origen directo o inmediato en una decisión escrita, porque al obtenerse la nulidad del acto principal, causa y razón de los actos materiales de ejecución, se puede alcanzar el objetivo esencial de la acción. El restablecimiento del derecho implicaría la indemnización de los daños ocasionados por los actos materiales de cumplimiento de la decisión anulada... El artículo 68 consagra el principio de la responsabilidad estatal *por razón de la operación administrativa no escrita y del hecho administrativo*. La figura jurídica que ese precepto designa con el nombre de operación administrativa, no es más que una decisión no exteriorizada, seguida de los actos materiales de ejecución. *Esa resolución no se ha escrito, no se ha publicado, ni se ha notificado. Simplemente se ha ejecutado. Sólo en virtud de su realización material es conocida por los particulares, en tal forma que se confunden la etapa decisoria y la de ejecución.*

"A la inversa de lo que ocurre con el acto administrativo escrito, en el cual aparece en forma clara la situación jurídica de la Administración y del particular, los motivos que se han tenido para crearla y todos los demás factores que sirven para valorar su ilegalidad y el daño que genera, su forma de cumplimiento y los procedimientos de su ejecución, *en el acto administrativo tácito no se contiene elemento de juicio alguno y el único punto de referencia que ofrece es el acto material que lo ejecuta.* Consiguientemente, la posición de la Administración y del individuo es distinta no sólo en cuanto a la valoración jurídica de la decisión, sino en cuanto a la prueba de su existencia.

"Es esa la razón para que la ley estructure el contencioso contra las operaciones administrativas materiales sobre la base del acto físico de cumplimiento, único elementos demostrable, y del consiguiente daño. Sólo a través de ese acto material se puede configurar la acción y la responsabilidad. *De allí que no sea necesario solicitar ni decretar la nulidad de una decisión que sólo se conoce parcialmente y por los efectos que originó su ejecución, aunque ese ordenamiento haya sido realmente contrario al derecho.*

"El acto administrativo escrito o tácito, la operación administrativa en todas sus faces, y los actos materiales de ejecución, conllevan la idea de voluntariedad y de intención. Hay en ellos siempre un propósito determinado. Distintas son las características del hecho administrativo involuntario, porque éste carece de relación directa con una decisión o acto administrativo escrito o tácito, y sólo surge con ocasión del cumplimiento de un acto, de una operación o de la prestación de un servicio, pero sin que la voluntad administrativa del Estado haya intervenido como elemento generador inmediato del suceso. De allí que en estos casos la doctrina jurídica y el artículo 68 estructuren la responsabilidad estatal sobre la base objetiva de la falta de servicio o del riesgo creado. No hay decisión alguna que atacar, legal o ilegal, ni nulidad que proferir..." (Subraya la Sala).

La perspectiva jurisprudencial anterior, se reiteró en sentencia de siete (7) de marzo de mil novecientos sesenta y tres (1963), con ponencia del Consejero doctor Gabriel Rojas Arbeláez. Entonces se recordó:

> *"El hecho básico de la acción es la carencia de un pronunciamiento sobre las peticiones elevadas y la súplica es la de que se reparen los perjuicios* provenientes de esa omisión, los que se hicieron mayores por el hecho de que el municipio se hubiera apresurado a demoler la edificación existente, privando así a la actora de la renta que allí tenía... de los documentos presentados y de la narración relativa a los hechos, se comprende que *la demandante vincula el derecho al hecho jurídico de la omisión administrativa que da lugar al resarcimiento de perjuicios al tenor del artículo 68 de la Ley 167 de 1941. LA ABSTENCION O NO HECHO DEL ADMINISTRADOR SE CONVIERTE EN UN HECHO PARA EL ADMINISTRADO, DEL QUE LE PUEDEN PROVENIR DAÑOS PATRIMONIALES,* como ocurre en el caso de autos, en que la renuencia de la Alcaldía a resolver sobre la petición de licencia para edificar, privó al demandante de los ingresos que le hubiera producido la edificación. *La Constitución, por otra parte, consagra para los ciudadanos el derecho de obtener pronta resolución de sus peticiones, en atención precisamente a que las resoluciones tardías o la omisión en producirlas puede perjudicar gravemente al peticionario. LOS HECHOS, PUES, A QUE SE REFIERE EL ARTICULO CITADO, NO SON SOLO LOS POSITIVOS SINO TAMBIEN LOS NEGATIVOS;* de lo que se deduce que la demandante fundamentó bien su acción en tal precepto y que no se puede prescindir de la consideración de tal fundamento *aunque los demás que se dieron a la demanda resultaran improcedentes"* (Subrayas de la Sala).

Finalmente, en sentencia de diciembre dos (2) de mil novecientos ochenta y tres (1983), expediente número 2668, actor: Alvaro Flórez Bernal, con ponencia del Consejero doctor: Carlos Betancur Jaramillo se destacó:

> "Ha dicho la jurisprudencia que la responsabilidad del Estado se compromete con actos administrativos, hechos, operaciones y vías de hecho; que cuando el perjuicio es producido por un acto, la única acción resarcitoria posible es la de plena jurisdicción, en la que el restablecimiento es la consecuencia directa de la anulación de aquél; y que cuando el daño proviene de un hecho, de una operación o de una vía de hecho, la acción deberá ser de reparación directa o de responsabilidad extracontractual.
>
> "Así mismo se ha sostenido que no puede el interesado elegir a su arbitrio una u otra acción.
>
> "Se ha concretado también que cuando el perjuicio no proviene del acto, ya que se estima legal, sino de la defectuosa ejecución del mismo, la acción será de reparación directa.
>
> "En el asunto *sub júdice* la Administración dictó la Resolución 069 de abandono a favor del Estado y vendió directamente esa mercancía a la Cooperativa del DANE.

"Es lógico pensar, entonces, que la situación encajaba en la hipótesis de la responsabilidad por actos administrativos. *Pero, aquí surge la variante.*

"La Administración no notificó adecuadamente esa resolución. Debió hacerlo personalmente, no sólo para facilitar su control a nivel gubernativo mediante los recursos, sino para permitir el rescate de la mercancía abandonada, mediante el pago de todos los derechos, multas y recargos.

"Ha dicho la jurisprudencia reiterada de la Corporación que las notificaciones ordenadas en el Decreto 2733 para actos que pongan fin a una actuación administrativa (la declaración de abandono encaja en esta clasificación) deberán ser personales y que sólo cuando éstas no puedan cumplirse se harán por edicto. En otras palabras, esta segunda forma de notificación no puede ser sino subsidiaria y cuando la primera, razonablemente, no pueda lograrse.

"Sigue en esto orientación similar a la plasmada en el Código de Procedimiento Civil. Formas de notificación que están vinculadas a la garantía del debido proceso.

"Igualmente se ha sostenido que el acto administrativo no notificado carece de eficacia, es inoponible y no puede ejecutarse por la Administración. Y cuando se habla de falta de notificación se entiende también la inadecuada, con idénticos efectos en cuanto a eficacia... LA OPERACION ADMINISTRATIVA DE EJECUCION DE UN ACTO ADMINISTRATIVO NO NOTIFICADO CONSTITUYE UNA VIA DE HECHO Y PERMITE UNA ACCION DE REPARACION DIRECTA, YA QUE SI EL AFECTADO NO TUVO CONOCIMIENTO DEL ACTO, SINO SOLO DE SU EJECUCION, MAL PODRIA EXIGIRSELE LA IMPUGNACION DE AQUEL" (Subrayas de la Sala).

A la luz de la filosofía jurisprudencial anterior, es claro para la Sala que, en el *sub lite*, el hecho fundamental en que se apoya la acción, se deja manejar como una vía de hecho, pues el actor se queja reiteradamente de que la providencia que en su momento debió tomar el Consejo de Ministros es un acto administrativo, apreciación que hace suya la Sala, y que, como tal, "...se debió notificar a las partes interesadas..." conforme a lo preceptuado en los artículos 10, 11, 12 y 13 del Decreto 2733 de 1959, lo que en puridad de verdad no ocurrió.

Al interpretar la demanda, buscando poner en marcha los principios generales que se consagran en el artículo tercero del Código Contencioso Administrativo, y en particular el de *la eficacia*, que demanda remover de oficio los obstáculos puramente formales, para evitar las decisiones inhibitorias, la Sala encuentra que la interpretación que hace del libelo es necesaria y correcta, pues el actor insiste, al sustentar el segundo cargo, que lo que impetra no es la nulidad de los actos del Consejo de Ministros sino la indemnización correspondiente, a la luz de lo preceptuado "...por el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo..." Agrégase, a todo lo anterior, que el sentenciador encuentra que su tarea consiste en buscar la justicia para quien la impetra, y que para la realización de esa bella tarea, tiene un

amplio poder para la valoración fáctica y jurídica de las circunstancias legales, generales y particulares del caso. Para llegar a ella, el sendero que debe transitar es el que se deja precisado en la literatura jurisprudencial anterior, y, por lo mismo, no vacila en recorrerlo.

Segunda: En el manejo de las realidades fácticas, probadas dentro del proceso, la Sala encuentra que las comunicaciones que obran a folios 83 y 84 del cuaderno número 1, no son reales notificaciones de ningún acto administrativo del Consejo de Ministros, pues no se cumplieron las exigencias de los artículos 10 y siguientes del Decreto 2733 de 1959. Además, ellas están suscritas por la Secretaria General del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que no era la competente para llevar a cabo esa tarea. La que aparece al folio 89 del mismo, suscrita por el Secretario del honorable Consejo de Ministros, tampoco puede dársele tal alcance, pues se limita a informar a los doctores Luis Carlos Neira Mejía y Carlos Villamil Cháux, que éste "...confirmó la determinación adoptada en la sesión de 20 de noviembre de no impartir concepto favorable al contrato a celebrarse entre el Fondo Vial Nacional y el consorcio integrado por las Compañías Stevin Gredging B.V. de Holanda y Grancolombiana de Construcciones —Grandicón Ltda. de Colombia— para el mejoramiento de las condiciones de navegación del Canal del Dique". En esta materia no puede perderse de vista que la notificación personal debe ajustarse a la ritualidad consagrada en el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, que ordena, en lo pertinente, que se debe levantar un acta, "...en la que se expresará en letras la fecha en que se practique, el nombre del notificado y la providencia que se notifica, acta que deberá firmarse por aquél, el secretario, y el empleado, cuando fuere el caso. Si el notificado no sabe, o no puede o no quiere firmar se expresará esta circunstancia en el acta y firmará por él un testigo que haya presenciado el hecho...", nada de lo cual se hizo en el caso en comento. Agrégase a todo lo anterior, que la referida nota es bien informal, pues a los interesados no se les comunican las causas, motivos o razones que el Consejo de Ministros valoró para llegar a tal determinación. La Sala se encuentra, pues, ante una operación administrativa de ejecución de un acto administrativo no notificado, que constituye una vía de hecho, y, por lo mismo, facultaba a la parte afectada para instaurar la acción de reparación directa. No de otra manera podría calificarse la determinación del Consejo de Ministros de ordenar "...la apertura de una nueva licitación en conformidad con lo dispuesto en el contrato de préstamos celebrado con el BID" (cuaderno 1, fl. 180) y de no impartirle "...concepto favorable al contrato celebrado entre el Fondo Vial Nacional y el consorcio..." demandante.

Tercera: El procurador judicial de la parte demandada acepta que para circunstancias particulares del caso, del alcance de las que se dejan analizadas, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido firme en el sentido de predicar que se debe estudiar la acción que pueda tramitarse. Recuerda, además, que ella ha sido amplia en enseñar que el "...derecho de defensa no se puede supeditar a formalidades...", pero a renglón seguido entra a enlistar algunos detalles, que él denomina *"especiales"*, como es la calidad de los juristas que redactaron la demanda, para concluir: "Al interpretar la demanda es preciso tener en cuenta quiénes y por qué la redactaron. Todas éstas

ilustres personas no iban a fallar en establecer su demanda ni puede decirse que las sociedades no tuvieron derecho de defensa. Al contrario! Se excedieron en él. Y al hacerlo establecieron la disyuntiva, clara, tajante; o acto administrativo o hechos. Si las decisiones del Consejo de Ministros, han sido notificadas hay un acto; si no están notificadas, hay un hecho".

La Sala no acoge la anterior perspectiva de valoración jurídica para interpretar la demanda, pues esta bella tarea judicial debe llevarse a cabo por el sentenciador sin subjetivismos, sin que pueda detenerse a indagar cuál fue el profesional del derecho que se encargó de impetrar justicia, pues transitando por el sendero sugerido, corre el riesgo de manejar vivencias de contradicción y prejuicios subliminales. Quizás por ello, Piero Calamandrei enseña que: "Optimo es el abogado de quien el Juez, terminada la discusión, no recuerda ni los gestos, ni la cara, ni el nombre; pero recuerda exactamente los argumentos que, salidos de aquella toga sin nombre, harán triunfar la causa del cliente" (Elogio de los Jueces, pág. 42).

Manejado el caso a la luz de la filosofía que informa la operación administrativa de ejecución de un acto administrativo no notificado, que constituye una vía de hecho, la caducidad alegada tampoco se da, pues la demanda se presentó mucho antes de que se consumaran los tres años de ley.

Por las razones expuestas, las excepciones propuestas no prosperarán.

B) Dentro del informativo quedaron plenamente demostrados los siguientes hechos:

Primero. Que agotado el procedimiento legal de la licitación, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional— adjudicó al consorcio demandante, formado por las sociedades Grancolombiana de Ingeniería y Construcciones Limitada —Grandicon— y Stevin Dredging B.V., el contrato número 558 de 1980, suscrito el día 24 de julio de 1980, el cual tenía por objeto la ejecución de "...las obras que sean necesarias para el mejoramiento de las condiciones de navegación del Canal del Dique..." cuyo monto se fijó un mil trescientos veintiún millones novecientos cincuenta y cuatro mil ochenta pesos ($ 1.321.954.080.00) y treinta y tres millones quinientos cuarenta y nueve mil trescientos noventa y un florines holandeses (DFL 32.549.391), como se lee en las cláusulas primera y cuarta del mismo (cuaderno número 1, fls. 10 y ss.).

Segundo. Que en cumplimiento de lo ordenado en la ley, y también en la cláusula vigésimaquinta del contrato en antes citado, éste necesitaba para su *"perfeccionamiento"* entre otros requisitos, de la aprobación del Consejo de Ministros, la cual, fue negada en sesión que éste tuvo el día veinte (20) de noviembre de mil novecientos ochenta (1980), sin que el consorcio hubiese podido saber, en ningún momento, cuál la causa, motivo o razón para ello.

Tercero. Que a los representantes del consorcio se les negó la expedición del documento en que constara el alcance de las decisiones adoptadas por el honorable Consejo de Ministros, con el argumento

de que a la luz de lo preceptuado en el reglamento del mismo, las actas y demás documentos que de ella hacen parte "...son de carácter estrictamente reservado..." (cuaderno número 1, fl. 188).

Cuarto. Que el Consejo de Ministros, en esa misma sesión, ordenó "...la apertura de una nueva licitación en conformidad con lo dispuesto en el contrato de préstamo celebrado con el BID" (cuaderno número 1, fl. 201).

C) A la luz de lo alegado y probado, la Sala encuentra que en el caso en comento, sí se patentiza la irregular actuación de la Administración, en contra del consorcio demandante, como pasa a precisarse.

Las funciones del Consejo de Ministros están fijados en la Ley 63 de 1923, siendo unas de carácter consultivo y otras de naturaleza decisoria. Sobre el particular, el doctor Jaime Vidal Perdomo, en su obra Derecho Administrativo, Octava Edición, Editorial Temis, páginas 84 y siguientes, enseña:

> "Las funciones decisorias son aquellas que le están atribuidas por la Constitución, las leyes, o el Código Fiscal, dice la ley comentada; entre ellas, las más corrientes son las de calificar la urgencia evidente que exime de la licitación en los contratos del Estado y la de dar concepto para que el Presidente de la República pueda suscribir contratos con la Nación; igualmente, debe dar conceptos para operaciones de crédito y la aprobación de los acuerdos de obligaciones y de ordenación de gastos.
>
> "Para las funciones decisorias se establece por la Ley de 1923, la solidaridad entre los miembros del Consejo que la hayan tomado, respecto de los perjuicios que con ellos sufra la Nación.
>
> "Las funciones consultivas se realizan por medio de dictámenes que emite el Consejo de Ministros a solicitud del Presidente o de un Ministro y la ley dispone que no obligan ni a uno ni a otro".

Dentro del marco anterior es incuestionable que el referido organismo ha debido emitir, en su momento, el concepto exigido para la contratación administrativa en el artículo 37 del Decreto-ley 150 de 1976, y notificarlo a los interesados, en legal forma, pues él es, en su esencia jurídica, un verdadero acto administrativo, pues el Consejo, en estos casos, actúa en ejercicio de una competencia netamente administrativa, asignada por la ley. Agrégase a todo lo anterior que si él era desfavorable, ha debido indicar por qué causa o motivo, esto es, si por encontrarlo *ilegal* o por *inconveniente*, pues para ambas posibilidades la ley le brinda al contratista, y también a la Administración, los remedios indicados en el artículo 27 del referido estatuto. Esto explica que en la mencionada normatividad se consagre:

> "Si el organismo o autoridad superior improbaren el contrato por encontrarlo ilegal, deberán adoptarse las reformas ordenadas y, si ello no fuere posible, iniciarse la tramitación para celebrar uno nuevo, si para esto último hubiere autorización legal. Si lo negare por considerarlo inconveniente, podrá iniciarse la tramitación para celebrar un nuevo contrato pero dentro de las condiciones que con dicho fin señale quien lo negó".

La Sala no acoge la tesis expuesta por el Secretario del honorable Consejo de Ministros, en la nota que el día siete (7) de enero de mil novecientos ochenta y uno (1981), dirigió a los doctores Luis Carlos Neira Mejía y Carlos Villamil Cháux, en la cual exterioriza su negativa a expedir el texto de las decisiones adoptadas, por ese organismo, en sus sesiones de 20 y 22 de diciembre de 1980, con el argumento de que "...las actas del mismo y demás documentos que de ellas hacen parte son de carácter estrictamente reservado..." Y no la hace suya, porque en tratándose de los conceptos relacionados con la contratación administrativa, el alcance de los mismos, su motivación, etc., no pueden ser secretos. Aceptar la tesis contraria sería hacer nugatorio el control interno de la Administración. Esta, como es bien sabido, debe encuadrar su conducta dentro del marco de la legalidad imperante y ello explica bien que sea ella misma la más interesada en que su actuación sea en todo momento ajustada al ordenamiento jurídico. No de otra manera podría explicarse el nacimiento de la jurisdicción contencioso administrativa. Por ello Eduardo García de Enterría, recuerda que:

> "...Hoy ya el recurso contencioso administrativo no es un recurso montado desde dentro de la propia Administración y en su propio interés, sino que es un heterocontrol (valga el término), un control arbitrado por auténticos Jueces, un control jurisdiccional pura y simplemente, y, por consiguiente, en interés de los demandantes, salvo en los supuestos excepcionales de acciones populares, aunque en todo caso produzca siempre saludables efectos de buena Administración..." (La Lucha contra las Inmunidades del Poder. Editorial Civitas, pág. 21).

Pero es más: Para la Sala es verdad jurídica que en casos como el presente el silencio del Consejo de Ministros respecto del concepto, no puede considerarse como decisión *ficta* en ningún sentido, y, menos, en el negativo, pues ésta toma de posición, hace imposible saber, si la improbación tiene apoyo en razones de orden legal o de inconveniencia. La posibilidad que tienen tanto el contratante como el contratista de ajustar la contratación para hacer desaparecer los reparos, explica bien que del simple silencio no se pueda inferir cuál debe ser el comportamiento posterior. En otras palabras: En casos como el presente, el Consejo de Ministros tiene que pronunciarse en forma oportuna, clara, precisa, y con motivación que pueda ser conocida por todos los interesados en el nacimiento del acto jurídico. La negativa en hacerlo, hace nacer responsabilidad para la Administración. Por ello Sayagues Laso, enseña:

> "El contenido del acto debe ajustarse enteramente a las normas del derecho objetivo —Constitución, leyes y reglamentos— así como a los principios generales del derecho. La actividad de la Administración se desarrolla bajo el principio de legalidad, en el sentido más amplio de la expresión, y por lo tanto los actos administrativos tienen que ajustarse al mismo. Sobre esto hay unanimidad de opiniones" (Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Cuarta Edición, págs. 441 y ss.).

D) A la luz de la valoración jurídica anterior, debe quedar muy en claro que la Sala hace el manejo de este asunto contra la Administración, por haber tomado una decisión no exteriorizada, no escrita,

no publicada, ni notificada en legal forma. Por una decisión que simplemente se ejecutó, lo que le permitió al consorcio contratista conocerla, confundiéndose así, como en antes se destacó, los momentos de decisión y de ejecución. Ello explica bien que no entre en consideraciones de naturaleza jurídica para examinar si en puridad de verdad el concepto estuvo bien o mal motivado, cuál su causa, cuál su fin. Por ello se destacó también, con citas jurisprudenciales, que *"...en el acto administrativo tácito no se contiene elemento de juicio alguno y el único punto de referencia que ofrece es el acto material que lo ejecuta"*. (Subrayas de la Sala).

Es verdad jurídica, como lo afirma el apoderado del centro de imputación jurídica demandado, que en el caso en comento no hubo contrato, pues ello se deduce de lo preceptuado en el artículo 27, inciso segundo del Decreto-ley 150 de 1976, y también del texto de la cláusula vigésimaquinta del acuerdo de voluntades que se recogió en el documento suscrito bajo el número 558 de 1980, pero ello no impide al sentenciador examinar, a la luz de las pretensiones del demandante, qué impidió que lo hubiera. Si al final del examen de conducta se verifica que simplemente se estructuró una vía de hecho, deben ordenarse las indemnizaciones correspondientes por los daños causados y probados. Es que los particulares no pueden quedar sujetos al simple capricho del administrador de turno, ni la ley ni el derecho toleran que haya actos administrativos secretos. Si el Consejo de Ministros al estudiar el acuerdo de voluntades suscrito por las partes, llegó a la conclusión de que la propuesta presentada por el consorcio demandante, en la licitación internacional, "...adolecía de graves fallas, que fueron puestas de presente en el proceso de adjudicación, por la Contraloría General de la República...", como reiteradamente lo ha predicado el mandatario judicial del Fondo Vial Nacional, a lo largo de este proceso, el concepto demandado por la ley, de tan alto organismo oficial, ha debido registrar esa filosofía que muchos denominan *"del pero"*. El precio del contrato es bueno, "pero", el plazo es conveniente, "pero", la firma es seria, "pero". Si así se hubiese procedido, el contratista, se repite, habría sabido a qué atenerse, y, de contera, habría podido conocer las nuevas condiciones que para contratar ha debido señalar el Consejo de Ministros, si los reparos eran de simple *"inconveniencia"*.

E) Aunque la Sala maneja el presente caso con la filosofía ya destacada en antes, esto es, del hecho que causa daño patrimonial, desea sí, y para darle fuerza de convicción el proveído, destacar que no es de recibo para el caso en comento, la tesis del apoderado de la parte demandada, en el sentido de que decidir, "...cuando la ley lo ha facultado para hacerlo, qué es conveniente y qué no es conveniente para el país, es una facultad típicamente discrecional del Ejecutivo, de la Administración..." (cuaderno número 1, pág. 120). Y no es, porque a la luz de lo que preceptuaba el artículo 27 del Decreto-ley 150 de 1976, el contratista tenía derecho a saber si la no aprobación se apoyaba en razones de *"ilegalidad"*, con el fin de que se adoptaran las reformas que en el concepto se debían precisar, si ello era posible. Ahora bien, si los reparos eran de *"inconveniencia"*, también se han debido poner en conocimiento de las partes vinculadas en la relación precontractual, entre otras cosas, para poder encuadrar la conducta

dentro de la normatividad que las autoriza para "...celebrar un nuevo contrato, pero dentro de las condiciones que con dicho fin señale quien lo negó..." (Decreto 150 de 1976, art. 27, inciso final). Aquí cabe preguntar: Cómo podría dársele desarrollo a esta última parte del precepto si se desconocen las *"condiciones"* de que trata el precepto?

En materia de actos discrecionales parece conveniente recordar que tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen predicando que en ellos hay elementos reglados suficientes como para no tolerar ni permitir una abdicación total del control de los mismos. "Estos elementos —enseña Eduardo García de Enterría— son, por de pronto, la misma existencia de la potestad, de cuyo ejercicio dimana el acto, la extensión concreta de esta potestad, *que es imposible que sea totalmente indeterminada, y, en fin, la competencia para ejercitarla.* Estos son siempre elementos necesariamente reglados. Luego lo son normalmente, aunque pueden no darse o darse en distinta medida, las formas determinantes para el ejercicio de la potestad y en fin, el fondo parcialmente reglado; puede haber, en efecto, una regulación, y, además, ordinariamente, la hay, no totalmente discrecional, sino parcialmente discrecional en cuanto al fondo, que obliga, pues, a considerar o a partir de ciertos elementos reglados previos (por ejemplo, ascenso por elección entre funcionarios, pero dentro del primer tercio de la escala de la categoría inmediatamente anterior, entre los que tengan tantos años de antigüedad o tales cualificaciones)" (La Lucha contra las Inmunidades del Poder. Editorial Civitas, págs. 26 y 27).

El artículo 27 del Decreto 150 de 1976 no consagraba, en su literatura, derecho o facultades para que la Administración decidiera, sin ninguna consideración, lo que quisiera. El *fin* de la potestad discrecional es también un elemento reglado de las mismas. Por ello el mismo tratadista en antes citado predica:

> "...las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, *pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por ley, y en todo caso de la finalidad pública, de la utilidad o interés general.*
>
> "Es al hilo de esta observación como se monta la técnica de control de la desviación de poder. El acto discrecional que se ha desviado de su fin, del fin en vista del cual el ordenamiento otorgó el poder, ha cegado la fuente de su legitimidad. Incurre en un vicio, que, naturalmente, puede ser fiscalizable por los Tribunales..." (Obra citada, pág. 27).

El artículo 27 del Decreto 150 de 1976 no autorizaba, se repite, al Consejo de Ministros para conceptuar a su simple gusto, dejando *in mente retenta,* la causa, motivo o razón de la decisión. La normatividad lo obligaba a exteriorizar esos aspectos sustanciales, entre otras cosas, para que los interesados, en el nacimiento de la relación contractual, pudieran transitar por el sendero que la misma ley les señalaba, ora enmendando los entuertos, ora para iniciar la tramitación de una nueva licitación.

Por ello se enseña, también, que toda potestad discrecional *se apoya en una realidad de hecho* que funciona como supuesto de

hecho de la norma de cuya aplicación se trata. "Este hecho ha de ser de una realidad como tal hecho, y ocurre que la realidad es siempre una: No puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra. La valorización política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro...no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo..." (Obra citada, págs. 31 y 32).

En el caso en comento, y por lo que respecta al concepto de ilegalidad, ella debió ser verificada, y, por lo mismo, dada a conocer, para que los interesados llenaran, de ser posible, los vacíos detectados. El Consejo de Ministros estaba obligado a indicar las violaciones que el proyecto de contrato presentaba, a la luz de la ley y del derecho. En estas materias no puede la Administración, frente a mandatos tan claros y precisos, como el artículo 27 del Decreto 150 de 1976, dejar campo abierto a la especulación, o a la duda.

Finalmente, la Sala encuentra que el concepto de *"inconveniente"*, de que trata el precepto jurídico en antes citado, no consagra una facultad discrecional de la Administración. A través de esa literatura se da entrada a los llamados *"conceptos jurídicos indeterminados"*. Respecto de éstos, García de Enterría, enseña:

> "...procede recordar la diferencia entre discrecionalidad y lo que los juristas alemanes llaman los conceptos jurídicos indeterminados. Estos conceptos jurídicos indeterminados, o que se contienen en lo que también se llaman las normas flexibles, son consustanciales a toda la técnica jurídica y no constituyen una particularidad del Derecho Público.
>
> "El *arbitrium boni viri*, el 'standard' de conducta del buen padre de familia, la buena fe, el orden público, o las buenas costumbres como límite de la autonomía de la voluntad, o simplemente los conceptos de fidelidad, respeto, fuerza irresistible, ejemplo corruptor, uso natural de las cosas, etc., todos estos conceptos (unos, conceptos de valor; otros, conceptos de experiencia), bien conocidos en la doctrina general del derecho, *son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata*...un error común y tradicional, y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas, *ha sido confundir la presencia de conceptos de esa naturaleza en las normas que ha de aplicar la Administración con la existencia de poderes discrecionales en manos de ésta.* Algunos ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Administrativo: Justo precio, utilidad pública (como concepto legal), urgencia, circunstancias excepcionales, orden público, etc.
>
> "Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta *no puede ser*

más que una: O se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio, o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, podemos decir en términos del Derecho Privado; o en nuestro campo: O hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es, etc., *tertium non datur.* Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, *pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio.* Si el Ministro, por ejemplo, tiene potestad discrecional para ascender a los funcionarios de una categoría y pasarlos a la categoría superior, tan justo será, desde el punto de vista del derecho, que escoja a Juan, que escoja a Pedro, como que escoja a Antonio. Aquí, cualquiera de estas soluciones, alternativamente, es igualmente justa, y precisamente porque lo es, existe libertad de decisión (la discrecionalidad consiste esencialmente en una libertad de elección), procediendo ésta en virtud de otros criterios materiales distintos de los jurídicos, que por ello no pueden jurídicamente ser fiscalizados. *En la aplicación de un concepto jurídico indeterminado la ley —por hipótesis— no nos da resuelto, como ocurre en los conceptos jurídicos determinados (por ejemplo, la fijación de la mayoría de edad), la solución concreta de cada caso, de modo que ésta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según la naturaleza del concepto; pero lo característico es que ese valor propio del concepto o esa experiencia a que el concepto remite deben ser objeto de UNA ESTIMACION JURIDICA SEGUN EL SENTIDO DE LA LEY* que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión. Ley que ha configurado éste con la intención expresa de acotar un supuesto concreto, aunque su precisión reste indeterminada; de este modo la aplicación de estos conceptos será justamente un caso de aplicación de la ley. *Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de LIBERTAD, sino un proceso de juicio o estimación, que ha de atenerse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse, por otra, al sentido jurídico precios que la ley ha asignado, con la intención de que la solución posible SEA SOLO UNA,* el concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea. *Justamente por esto, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado-discrecional, porque no admite más que una solución justa, es un proceso de APLICACION E INTERPRETACION DE LA LEY, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, NO ES UN PROCESO DE LIBERTAD DE ELECCION ENTRE ALTERNATIVAS IGUALMENTE JUSTAS,* o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales.

"La funcionalidad inmediata de ésta fundamental distinción se comprende en seguida: *Allí donde estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, allí cabe con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación*...por ejemplo, el concepto de casa ruinosa, típico concepto jurídico indeterminado. Ante una casa determinada no cabe más que una sola solución justa: La casa es ruinosa o no es ruinosa. *Es claro entonces que esta determinación no puede ser objeto de una facultad discrecional, sino que se trata de un problema de aplicación de la ley en un caso concreto.* El Tribunal Supremo, con absoluta corrección, no ve ningún obstáculo en entrar en el fondo de si existe o no existe casa ruinosa en el caso particular, y de rectificar, por consiguiente, el juicio de la Administración..." (Obra citada, págs. 32 y ss.).

A la luz de la literatura jurídica anterior y también del alcance del artículo 27 del Decreto-ley 150 de 1976, la Sala concluye que cuando el Consejo de Ministros rinde concepto en materia de contratación administrativa, no ejerce poderes discrecionales. Maneja conceptos jurídicos indeterminados, y, por lo mismo, no es posible presentarlos, como ya se destacó en antes, con la filosofía que informa la discrecionalidad, o dentro de un marco de ejercicio de *la libertad.* Ello explica, igualmente, que en casos como el presente, el Consejo de Estado sí pueda juzgar tales actos.

F) La Sala no se detiene a hacer consideración alguna respecto de las sanciones aplicadas por la Procuraduría General de la Nación al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, porque el desconocer la motivación dada por el Consejo de Ministros, a su negativa de aprobar el proyecto de contrato, ignora si tal realidad fáctica la determinó o no. Ahora bien. Si como lo predica el procurador judicial del centro de imputación jurídica demandado, las irregularidades ocurrieron, y eran de naturaleza que su corrección resultaba imposible, qué impedía que fueran conocidas por los interesados y por la misma opinión pública? Toda discusión que se haga en torno a hipótesis no deja de ser un juego de calistenia jurídica o fáctica, pero no permite llegar a verdades jurídicas de ninguna naturaleza. De ahí la importancia de que los actos de la Administración, cuando se producen regularmente, se motiven.

G) Para la Sala es incuestionable que la conducta de la Administración, en el caso en comento, privó al demandante de la oportunidad de beneficiarse del contrato que le fue adjudicado, el cual no alcanzó a tener existencia legal por la conducta contraria a derecho del Consejo de Ministros, como en antes se precisó. Dentro de este marco de realidades fácticas es claro igualmente, que el derecho protege la relación precontractual ya que ésta se rige en principio por la normatividad que informa la contractual.

Dentro de la perspectiva anterior bien cabe predicar que el Consejo de Ministros, al no encuadrar su conducta dentro de los parámetros legales indicados en el artículo 27 del Decreto-ley 150 de 1976, ley de la relación negocial, dio lugar a la ruptura de ésta, impidiendo así la celebración del negocio jurídico proyectado, sin que el demandante hubiese podido saber, la causa, motivo o razón de la referida

conducta omisiva. Estos comportamientos no los tolera el derecho, y se convierten en fuente de indemnizaciones, en la medida en que se acredite, por todos los medios legales el daño.

H) *El daño.* Tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como la del Consejo de Estado han sido reiterativas en el sentido de que "...el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, *debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y en cuánto lo ha afectado.* Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, *a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración"* (Corte Suprema de Justicia. Sentencia de noviembre 10 de 1944. Magistrado ponente: Doctor Hernán Salamanca. Gaceta Judicial. Tomo 58, números 2016 a 2018, pág. 113).

> "En un contrato bilateral en que una de las partes está libre de incumplimiento de lo de su cargo y la otra ha faltado en todo o en parte a lo del suyo, incurriendo así en culpa, aquella tiene opción para insistir o desistir y, en uno y otro caso, *para que el culpable le indemnice el perjuicio; pero, como es de lógica elemental, para que haya lugar a indemnización se requiere que haya perjuicios, los que quieren demostrarse porque la culpa, por censurable que sea, no los produce de suyo. Vale esto como decir que quien demanda que se le indemnice debe comprobar que los ha sufrido. Más todavía: Bien puede haber culpa y haberse demostrado perjuicios y, sin embargo, no prosperará la acción indemnizatoria, porque no se haya acreditado que éstos sean efecto de aquella; en otros términos, es preciso establecer el vínculo de causalidad entre unas y otros"* (Corte Suprema de Justicia. Sentencia febrero 27 de 1946. Magistrado ponente doctor Ricardo Hinestroza Daza. Gaceta Judicial. Tomo 60, números 2029 a 2037, pág. 59).

Examinada la realidad probatoria, dentro del proceso, la Sala se encuentra con la especial circunstancia de que el apoderado de la parte actora se limitó a predicar, en los literales d) y e) de la *causa petendi,* que: "Para proceder a la firma del contrato y obtener su correcta y pronta ejecución las sociedades adjudicatarias realizaron las reservas de equipo, personal y dinero necesario". Igualmente, que "...la sociedad extranjera inició y culminó satisfactoriamente todos los trámites necesarios para la incorporación de una sucursal en Colombia requerida para la ejecución del contrato". No obstante estos predicamentos, no aportó al proceso una sola prueba orientada a demostrar el daño. Qué equipo se reservó? Cuánto personal se comprometió o estuvo en disponibilidad para poner en marcha el contrato? Qué dinero y con qué costo se comprometió para la mejor realización de los trabajos licitados? La sociedad extranjera, en puridad de verdad, sólo vino a incorporar la sucursal en Colombia, requerida para la ejecución del contrato, con ocasión de éste, o con anterioridad ya se había impuesto esa tarea, para atender otros frentes de negocios? Todo esto lo ignora

la Sala, en el momento de proferir el fallo. Tampoco se solicitó la práctica de un dictamen orientado a concretar el monto del daño, excepción hecha de los que obran a folios 135 y siguientes del cuaderno número 3 y 179 y siguientes del mismo. En lo pertinente del primero se lee:

"*Noveno.* Absolviendo el cuestionario en cuanto a la suma gastada en la tramitación de la oferta de Licitación número 456 de 1979, han sido examinados los siguientes comprobantes:

"1. Póliza de Seguros de la Compañía La Nacional número 11-124-762-R-332020, garantizando la seriedad de la oferta de la Licitación Pública número 456 por ciento cincuenta millones de pesos ($ 150.000.000.00) moneda corriente, vigente desde el 2 de diciembre de 1979 al 1º de agosto de 1980; que demuestra lo siguiente:

"Prima de seguro garantizando la oferta	$ 696.165.00
"Gastos de expedición de la póliza	$ 100.00
"Impuesto a las ventas	$ 104.425.00
"Total	$ 800.690.00

"(fl. 138, cuaderno número 3)".

En el segundo experticio, se registra:

"Literal C: 'Cuál es el valor de los gastos en que ha incurrido Grandicon con motivo de su participación en la Licitación internacional número 456 de 1979 del Fondo Vial Nacional, para lo cual se indicarán:

"'(I) Si se ha registrado en una cuenta especial.

"'(II) Si se hallan debidamente respaldados por comprobantes de contabilidad y documentos internos.

"'(III) Si en su opinión todos los gastos que se han contabilizado se causaron realmente y por motivo de la participación de la sociedad en la citada licitación'.

"Desarrollo: El valor de los costos incurridos por Grandicon Ltda., con motivo de su participación en la Licitación internacional número 456 de 1979 del Fondo Vial Nacional, asciende a la suma de $ 285.810.91 los cuales:

"'1. Sí fueron registrados en una cuenta especial, y su valor total se cargó en definitiva a pérdidas y ganancias.

"'2. Hecha la respectiva revisión de la cuenta en mención, comprobamos que estos gastos se encuentran debidamente respaldados por comprobantes de contabilidad y documentos internos llevados de acuerdo con las normas de contabilidad generalmente aceptadas.

"'3. Revisados los anteriores documentos afirmamos que los gastos allí contabilizados corresponden a los realmente incurridos con motivo de la participación de la sociedad en la licitación en cuestión'" (fls. 204 y 205, cuaderno número 3).

No obstante la anterior realidad probatoria, la Sala reitera su perspectiva jurisprudencial en el sentido de que los gastos que los licitantes hacen para poder participar en la licitación, no tipifican daño alguno. Ellos son, simplemente el costo de la oportunidad. Conclusión distinta llevaría, necesariamente, a demandas orientadas a la restitución de los mismos por parte de los oferentes no favorecidos con la adjudicación.

No se recibió ni un solo testimonio encaminado a demostrar los hechos en antes relacionados. Así las cosas, el fallador ha sido colocado, por fuerza del aspecto probatorio, en el campo de la simple conjetura, que como es bien sabido, no sirve para concluir que se ha dado el perjuicio. En este particular, la Corte Suprema de Justicia, ha fijado también pautas jurisprudenciales al predicar:

"Pero esa mera posibilidad conjetural, aún teniéndola por probabilidad, no basta para afirmar en cada caso dado que se ha causado el perjuicio. *Este debe demostrarse como un hecho efectivo, ya que una mera conjetura no basta a fundamentar legalmente una sentencia.* Esa conjetura que, como ya se dijo, viene desde luego a la mente y que es lo que como testigos expresan algunas de las personas prenombradas, *no da asidero al decreto de lo demandado, pues no siendo de por sí prueba suficiente de haber sufrido perjuicios el demandante, mal podría sobre esa base condenarse a indemnizarlo"* (Sentencia de febrero 12 de 1944. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Hinestroza Daza. Gaceta Judicial. Tomo 57, números 2006 a 2015, pág. 50).

En principio, es verdad jurídica, como lo afirma el procurador judicial de la parte actora, bajo el rubro *"normas violadas y concepto de violación"* (cuaderno 1, fl. 94), "...que cualquier particular que haya resultado favorecido con una adjudicación de un contrato administrativo tiene el pleno derecho para exigir del Estado una indemnización cuando el organismo superior al cual se le remite el contrato para su aprobación lo imprueba o no le imparte su concepto favorable, sea por ilegalidad o sea por inconveniencia, siempre y cuando no haya interpretado correctamente los hechos o el derecho aplicable". Pero con este planteamiento no se puede concluir que en el campo procesal del litigio, se pueda omitir la prueba del daño, o que respecto de éste le sea posible al Juez hacer juegos de calistenia jurídica. La realidad anterior explica bien la decisión que se tomará en la parte resolutiva de esta providencia, en el sentido de denegar el reconocimiento de perjuicios.

J) La Sala desea dejar en claro que ha tenido que hacer un esfuerzo de interpretación de la demanda, pues es incuestionable que el procurador judicial de la parte actora, no obstante que impetra en el *"petitum"* que "...se declare la nulidad de la providencia del

Consejo de Ministros de fecha 20 de noviembre de 1980..." como también de "...la providencia de 22 de diciembre de 1980...", proferida por el mismo organismo, destaca, bajo el rubro *"normas violadas y concepto de violación"*, que lo que pretende es que se ordene la indemnización "...sin lugar a declarar la nulidad de los actos del Consejo de Ministros..." (cuaderno número 1, fl. 192).

La anterior realidad explica que la Corporación haya tratado este asunto como una vía de hecho que hace posible, como ya se destacó, al inicio de este proveído una acción de reparación directa y cumplimiento. Esta realidad jurídica explica que en el fallo no se hagan las declaraciones de nulidad solicitadas.

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 *Deniéganse* las súplicas de la demanda, por las razones dadas en los considerandos de esta sentencia.

2º Se condena en costas a la parte actora. Tásense por la Secretaría.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Ramírez Arcila, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

TITULO VI

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

ACTOS SEPARABLES DEL CONTRATO.— Acciones procedentes.

A la luz de la nueva normatividad vigente en el país, tanto en materia de contratos de la Administración, como de recursos contencioso administrativos, contra los actos separables del contrato, las acciones procedentes no son las contractuales sino las de nulidad y restablecimiento del derecho y para cuyo válido ejercicio no es menester esperar hasta la terminación o liquidación del contrato.

PROCESO LICITATORIO. ACTO DE ADJUDICACION.

De conformidad con las disposiciones que regulan la contratación administrativa, el acto mediante el cual la administración pública, adjudica el contrato dentro de un proceso licitatorio es acto unilateral, que no bilateral.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veinticinco de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número 4925 (184). Actor: Gustavo Castaño Loaiza. Demandada: Corporación Autónoma Regional para la defensa de las ciudades de Manizales, Salamina y Aranzazu y otro. Restablecimiento del derecho.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de mayo 2 de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la cual se declaró inhibido para decidir de fondo, por caducidad de la acción (fls. 221 y ss., cuaderno número 1).

I

La demanda:

Asistido por apoderado idóneo, el señor Gustavo Castaño Loaiza, en ejercicio de la acción consagrada por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó solidariamente a la Corporación

Autónoma Regional para la defensa de las ciudades de Manizales, Salamina y Aranzazu (CRAMSA) y a su representante legal, para que se hicieran las siguientes o parecidas declaraciones:

"Primera principal:

"Que es *nula* la Resolución número 887 de 2 de noviembre de 1983 'por medio de la cual se adjudica un contrato *(Licitación privada 120-83)*)'; dictada por el Gerente de la Corporación Autónoma Regional para la defensa de las ciudades de Manizales, Salamina y Aranzazu —CRAMSA—, por irregularidades cometidas en la adjudicación del contrato a que alude.

"Segunda principal:

"Que como consecuencia de la anterior declaración, se le reconozcan y paguen a mi mandante, los perjuicios ocasionados por la demandada con ocasión de la no adjudicación del contrato, los que ascienden a la suma de nueve millones seiscientos nueve mil seiscientos ocho pesos ($ 9.609.608.00) moneda legal, que es la utilidad normal en esta clase de negocios, o sea el 20% del valor estimado del contrato que debió celebrar CRAMSA y el ingeniero desfavorecido Gustavo Castaño Loaiza, por la suma de $ 48.048.040.00 moneda legal.

"Segunda subsidiaria:

"Que como consecuencia de la primera declaración principal, se le reconozcan y paguen a mi mandante los perjuicios originados en la no adjudicación del contrato, referidos al lucro cesante, consistente este en la utilidad que hubiera podido obtener el actor de la ejecución del contrato, y cuyo monto monetario será el que se establezca con la intervención de peritos técnicos, o la suma de ocho millones setecientos cuatro mil novecientos noventa y nueve pesos con cuarenta centavos ($ 8.704.999.40) moneda legal, que es el 20% del valor estimado del contrato finalmente celebrado entre CRAMSA y el ingeniero Samuel Llano Henao, por corresponder este porcentaje, en su cuantía, a la utilidad propia de esta clase de actividades.

"Tercera:

"Que como consecuencia de una cualquiera de las dos declaraciones precedentes, se ordena reconocer y cancelar igualmente por parte de la demandada y a favor de mi mandante, o de quien represente sus intereses y derechos, intereses y corrección monetaria propios de las Unidades de Poder Adquisitivo Constante, UPAC, sobre las sumas de dinero que resulten de la valuación de los perjuicios, bien desde la fecha de la presentación de esta demanda y hasta la fecha del día en que quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este proceso; y de esta en adelante, los intereses comerciales y moratorios de que habla el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, con sujeción en todo caso a lo preceptuado por el artículo 176 de la misma codificación.

"Cuarta:

"Que son solidariamente responsables la entidad CRAMSA, y su representante legal el ingeniero Jaime Calderón Giraldo, una vez citado y oído este último dentro del proceso.

"Quinta:

"Que se condena (sic) en costas a la parte demandada y se tasen, de conformidad con los artículos 392 y siguientes del Código de Procedimiento Civil" (fls. 189 a 192, cuaderno 1).

El demandante fundamentó las pretensiones en los siguientes hechos:

"1. Por medio de la Resolución número 870 de 25 de agosto de 1983, emanada del despacho del Gerente de la Corporación Regional Autónoma para la defensa de las ciudades de Manizales, Salamina y Aranzazu —CRAMSA—, se ordenó la apertura y celebración de la Licitación privada número 120-83, con el objeto de adelantar obras de control de erosión en la estación de bombeo del oleoducto de propiedad de ECOPETROL, según contrato suscrito entre CRAMSA y ECOPETROL, situada en el Municipio de Herveo, Tolima, obras consistentes en el control de aguas y estabilización de suelos.

"2. De acuerdo al texto motivo de la Resolución número 870, la Corporación consideró '...que el caso amerita la celebración de una Licitación privada para la mejor selección de contratistas que se encargarán de la ejecución de la obra...'

"3. La misma Resolución ordena al Subgerente y a los Jefes de División de la Corporación, disponer lo necesario para el perfeccionamiento y trámite de la licitación que ella autoriza abrir y celebrar.

"4. En desarrollo de la orden impartida por el Gerente de la Corporación se abrió la licitación el 29 de agosto de 1983 y fueron invitados a presentar propuestas y en efecto lo hicieron las siguientes personas, profesionales de la ingeniería civil:

"4.1. Diseños y Construcciones.

"4.2. Gonzalo Gómez Uribe.

"4.3. Samuel Llano Henao.

"4.4. Gustavo Arango Arango.

"4.5. Jorge Luis Cárdenas Muñoz; y

"4.6. Gustavo Castaño Loaiza.

"5. De acuerdo al texto del acta de la diligencia de apertura de pliegos relacionados con esta licitación, realizada el 19 de septiembre de 1983, a las 17:00 horas, en las oficinas de la Corporación, cuyo ejemplar en copia auténtica agrego para que sea tenida como prueba, fue descartada la propuesta elevada por el ingeniero Gustavo Arango Arango, en razón a que omitió arrimar el Paz y Salvo Nacional.

"6. En ese mismo texto quedó consignada la objeción de los ingenieros Carlos Eduardo Robledo, representante de Diseños y Construcciones y Gustavo Arango Arango, en el sentido de que fueran rechazadas aquellas propuestas que adolecieran de la falta de los documentos necesarios para obtener la calificación K del proponente.

"7. En el mismo acto y de acuerdo al acta, el Gerente de la Corporación, ingeniero Jaime Calderón Giraldo, 'propuso', o más bien dispuso, '...que se recibieran todas las propuestas que tuvieran o no los documentos para la obtención del K...' con fundamento en la circunstancia '...de que no aparece este requisito en el Libro III...'

"8. Esa acta aparece firmada en Manizales a 19 de septiembre de 1983, por el Gerente de la Corporación, Jaime Calderón Giraldo, por el Jefe de la División Técnica (E), José Fernando Aristizábal Muñoz, por el proponente, Gonzalo Gómez Uribe, por el representante de la Auditoría Fiscal ante CRAMSA, Amparo Osorio de Vallejo.

"9. La Corporación entregó a las personas, naturales y jurídicas, invitadas a presentar propuestas y una vez cancelado su valor, los pliegos compuestos por:

"9.1. El 'Libro I Normas Generales para Licitaciones de Construcción'.

"9.2. El 'Libro II Especificaciones Técnicas todas las Licitaciones', con su 'Anexo número 1 al Libro II, Especificaciones Técnicas'.

"9.3. El 'Libro III Información sobre el Proyecto y Formulario de la Propuesta'.

"9.4. El 'Adendo número 01', de la fecha 9 de septiembre de 1983, por medio del cual el Gerente de la Corporación hace algunas precisiones a los pliegos y formula otras condiciones que deben cumplirse en la elaboración y presentación de propuestas para Licitación privada número 120-83.

"Se anexan todos estos documentos en copia auténtica con la finalidad de que sean tenidos como pruebas.

"10. Del examen del documento *'evaluación propuestas'*, cuya copia auténtica se anexa para que sea tenida como prueba, se desprende la siguiente información sobre el contenido de cada propuesta a la fecha de la diligencia de la apertura de los pliegos, 19 de septiembre de 1983.

"Proponente	*Nº Hojas*	*VR. Propuesta*	*Plazo D.C. (Días calendario)*
Diseños y Construcciones	96	$ 47.013.160	300
Gonzalo Gómez Uribe	90	$ 41.961.230	300
Samuel Llano Henao	46	$ 36.270.827	300

Gustavo Arango Arango		*Descartada*	
Lorge (sic) Luis Cárdenas Muñoz	63	$ 40.679.723	300
Gustavo Castaño Loaiza	72	$ 40.040.033	240
El Presupuesto oficial	6	$ 35.506.534	300

"11. Se infiere de este mismo documento, página 4, que la calificación K) (capacidad operativa) fue verificada con antelación a la invitación a participar en la licitación y se da como tal el valor 'K' de la inscripción en el Registro de Contratistas de la Corporación, en abierta violación de la dispuesta por el Libro I de los pliegos, numerales 2.07; 2.08, página 11, en concordancia con el numeral 2.20, página 21, omitiendo verificar con información actualizada la vigencia de la calificación K de los proponentes, inobservando la mandada por el mismo Libro I, numeral 1.10, página 4, cuando dice que '...harán parte de los pliegos de condiciones los siguientes documentos: 1. El presente Libro I ...'

"12. Solamente las propuestas presentadas por Diseños y Construcciones y Gustavo Castaño Loaiza aportaron la totalidad de los documentos exigidos por lo dispuesto en el Libro I y más concretamente los documentos previstos por los numerales 2.06 y 2.07 de este Libro número I, por lo que debieron ser las únicas propuestas aceptadas y rechazadas de plano las demás aún en el momento mismo de la apertura de los pliegos, como bien lo propusieron los proponentes Carlos Eduardo Robledo, representante de Diseños y Construcciones y Gustavo Arango Arango.

"13. Tanto en el acto de apertura de pliegos, como en la evaluación de las propuestas y en el acto de adjudicación del contrato la Administración, por conducto del Gerente y los funcionarios subalternos, se omitió dar cumplimiento a lo prescrito por el numeral 2.19 del Libro I, página 20, sobre el rechazo de propuestas irregulares, literal a).

"14. La propuesta del ingeniero Samuel Llano Henao, proponente favorecido con el contrato no era elegible por cuanto debió ser rechazada su propuesta en cualquier estado del proceso de adjudicación, por omitir la presentación de los siguientes documentos que son de la esencia del pliego:

"14.1 Las referencias bancarias o de compañías de seguros.

"14.2. El estado financiero del proponente.

"14.3. La relación de contratos y subcontratos ejecutados y en ejecución.

"Todo al tenor de los numerales 2.01 y 7.8 y 9 del literal a) del numeral 2.19 del Libro I, páginas 9 y 20.

"15. La propuesta del ingeniero Samuel Llano Henao, sin estar ajustada al pliego de condiciones en cuanto a la demostración de su solvencia económica y capacidad operativa actuales,

fue la elegida por la Administración según el Acta número 120 de 27 de octubre de 1983 de la Junta Directiva y la Resolución número 887 de 2 de noviembre de 1983 del Gerente que lo adjudicó. Se anexan los dos documentos para que sean apreciados como pruebas.

"16. Siendo solamente elegibles las propuestas presentadas por Diseños y Construcciones y Gustavo Castaño Loaiza, resulta claro que por precio, plazo y el cumplimiento de los demás criterios de adjudicación debidamente ponderados, correspondía adjudicarle el contrato a mi mandante Gustavo Castaño Loaiza.

"17. El proceso de adjudicación del contrato licitado, a más de violar el pliego de cargos, vulnera lo contenido por los artículos 27 y 33 del Decreto-ley número 222 de 2 de febrero de 1983.

"18. Contra la Resolución número 887 de 2 de noviembre de 1983, cuya nulidad solicito, no procede ningún recurso por la vía gubernativa y se encuentra debidamente ejecutoriada (arts. 34 y 35 del Decreto-ley número 222 de 1983), y el contrato celebrado.

"19. Adolece igualmente la Resolución número 887 de 1983 de falsa e insuficiente motivación.

"20. Con fecha 7 de noviembre de 1983 el Gerente de la Corporación comunicó a mi mandante la adjudicación de la Licitación privada 120-83 al ingeniero Samuel Llano Henao.

"21. Con fecha 14 de noviembre de 1983 CRAMSA y Samuel Llano Henao suscribieron el contrato número 404-83 correspondiente a la Licitación privada 120-83 y a la Resolución número 887 de 1983" (fls. 191 a 198, cuaderno 1).

Como normas legales violadas se señalaron los artículos 27 y 33 del Decreto-ley 222 de 1983 y el pliego de condiciones. En el concepto de la violación, el libelo expresa que el adjudicatario del contrato no aportó documentos fundamentales para hacerlo elegible, ni se evaluaron las propuestas con aplicación de criterios de adjudicación y ponderación, razón por la cual se vulneró el principio de igualdad de oportunidades de los proponentes.

II

La sentencia apelada:

La demanda se dirigió al presidente de esta Corporación, el 2 de marzo de 1984, pero por competencia, se ordenó la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Caldas (fl. 210, cuaderno 1), entidad que avocó el conocimiento y admitió la demanda, por auto de 26 de abril del mismo año (fl. 211, cuaderno 1).

Tramitada la instancia con intervención de la entidad demandada, el Tribunal Administrativo de Caldas pronunció sentencia inhibitoria por caducidad de la acción y en el acápite de las consideraciones expuso los siguientes planteamientos:

"De acuerdo con las peticiones de la demanda, con los hechos de la misma, con los fundamentos de derecho, con el mandato conferido y con lo expuesto en el libelo demandatorio, en donde se habla '...en ejercicio del derecho consagrado por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, Decreto-ley número 01 de enero 2 de 1984...', la acción aquí ejercitada es la denominada de restablecimiento del derecho, ciertamente consagrada en la norma citada por el demandante. Y se trata de esta típica acción, porque el actor estima que se le ha lesionado en un derecho suyo, amparado por las normas jurídicas que indica como quebrantadas, por lo que ha impetrado la nulidad del acto administrativo, que lo es la Resolución número 887 de noviembre 2 de 1983, y que se le restablezca en su derecho, reparándole el daño en la forma consignada en la parte petitoria del libelo.

"Establecido que la acción aquí ejercitada es la del restablecimiento del derecho, ha de afirmar el Tribunal que ella tenía un plazo de cuatro meses para su ejercicio, conforme al mandato del inciso segundo del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, plazo que se debe contar a partir de 7 de noviembre de 1983, fecha en la cual el Gerente de la Corporación demandada comunicó al demandante la adjudicación de la Licitación privada 120-83 al ingeniero Samuel Llano Henao. Por tanto, ese término precluyó el 7 de marzo de 1984, de acuerdo con las voces de la norma en cita. Y si bien es cierto que el libelo se presentó el 2 de marzo de 1984 en la Secretaría de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, es igualmente verdadero que ello se verificó en plena vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo, estatuto que en sus artículos 131-9 y 132-9 establece la competencia de los Tribunales Administrativos en única instancia y en primera instancia de los procesos de restablecimiento del derecho en que se controviertan actos del orden nacional, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas de los distintos órdenes, cuando la cuantía no exceda o exceda la suma de quinientos mil pesos ($ 500.000).

"Consecuencialmente, vigente el Decreto número 01 de 1984, cuyo conocimiento por el patrocinador judicial del accionante se presume, el libelo demandador se ha debido presentar ante este Tribunal, pues, además de lo dicho, las normas citadas establecen que la competencia por razón del territorio se determina por el lugar donde se produjo el acto. Y siendo ello así, como en efecto lo es, la presentación de la demanda ante aquella alta Corporación no tuvo la virtualidad de interrumpir los términos para la caducidad de la acción, pues se hizo tal presentación ante organismo incompetente para conocer en única instancia, ya que sólo conoce o podía conocer del proceso en segunda instancia. Porque, de otra parte, a términos del artículo 142 del Código Contencioso

Administrativo, el deber legal de quien suscribe la demanda era presentarla personalmente ante el Secretario de este Tribunal, porque sólo éste tenía y tiene la competencia para conocer de ella en primera instancia, se repite, y no ante el Consejo de Estado, como se actuó. Y esa presentación ante esta honorable Corporación podría tenerse como una autenticación del libelo demandatorio, el que fue remitido al Tribunal con Oficio número 359 de marzo 21 de 1984 del señor Secretario de aquella Sección Tercera, pero que, al tenor de la norma en cita, se considera presentado 'al recibo en el despacho judicial de destino', y como ese recibo se verificó el 26 del mes y año en cita, según constancia del Secretario del Tribunal, folio 28 del cuaderno principal, surge con claridad meridiana la extemporaneidad de la presentación de la demanda, es decir, que por caducidad de la acción de restablecimiento del derecho, la Sala debe declararse inhibida para un pronunciamiento de mérito sobre las pretensiones formuladas por el aquí accionante.

"Y ello también con base en el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, pues esta norma ordena que 'no se dará curso a la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores y su presentación no interrumpirá los términos para la caducidad de la acción', y si uno de los artículos anteriores lo es, obviamente, el 142 pues entonces la caducidad no fue interrumpida; o sea, se insiste, la presentación personal por quien suscribe la demanda ante el Secretario del Tribunal competente, así lo entiende esta Corporación, no fue cumplida; o si se tiene la presentación ante el Consejo de Estado como autenticación, y se recibió en el despacho judicial de su destino el 26 de marzo de 1984, significa, entonces que los términos para la caducidad de la acción no fueron interrumpidos.

"Y no se afirme que la acción instaurada hace relación al contrato celebrado entre CRAMSA y el ingeniero Samuel Llano Henao, por lo que la caducidad es de dos años, según el inciso séptimo del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. Y no se afirme ello, porque en primer lugar, el contrato mismo, en sí, en concreto, no ha sido materia de acusación, de debate, de controversia, por lo que el hipotético argumento no resiste mayor análisis. Y en segundo lugar, la misma norma en su inciso octavo es muy clara al decir que 'los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato', lo cual debe entenderse en el sentido de que el acto de adjudicación es impugnable jurisdiccionalmente, una vez cumplida la publicación, la comunicación, la notificación o la ejecución, inciso segundo de la disposición en cita, para lo cual se goza de un plazo de cuatro meses, conforme al mismo precepto; y que los demás actos separables, sólo se pueden impugnar una vez terminado o liquidado el contrato, por medio de las otras acciones previstas en dicho Código, de acuerdo con lo consagrado en el inciso tercero del artículo 87 del citado estatuto, o sea, las distintas a la acción contractual, entre ellas la de restablecimiento del derecho" (fls. 226 a 230, cuaderno 1).

III

La apelación del actor:

El procurador judicial del demandante interpuso recurso de alzada contra la sentencia del *a quo* y lo sustentó en los siguientes términos:

"1.1. Ciertamente, como lo considera el fallador, el actor ejercitó, para promover el proceso, la acción de restablecimiento del derecho que tiene un plazo de cuatro meses, contados a partir de 7 de noviembre de 1983, dado que en esta fecha el Gerente de 'CRAMSA' comunicó al demandante la adjudicación de la Licitación privada 120-83 al ingeniero Samuel Llano Henao.

"1.2. En verdad, la demanda fue dirigida al honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, donde fue presentada personalmente el 2 de marzo de 1984, o sea, antes de caducar el derecho de accionar. Presentada personalmente, insisto, por quien la suscribió, ante el Secretario del Tribunal ante el cual se dirigió.

"Esto es importante resaltarlo para desvirtuar la apreciación del *a quo* quien le da apenas la virtualidad de una autenticación de firma, que formalmente no lo es, ateniéndose seguramente a la remisión que le hiciera de la demanda el honorable Consejo.

"El acto surtido fue de presentación personal de la demanda y no una autenticación de firma, a despecho del curso tomado con posterioridad.

"Se cumplió así con el presupuesto del artículo 142 del Código Contencioso Administrativo.

"1.3. Contrariamente a lo dicho por el Tribunal, el libelo fue recibido en tiempo de accionar '...en el despacho judicial de destino...', el honorable Consejo de Estado. Esto, si las palabras cumplen el cometido ideológico de significar lo que dicen.

"1.4. También fundamenta su fallo el *a quo* en el mandamiento contenido por el inciso primero del artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, para hacer surgir 'con claridad meridiana la extemporaneidad de la presentación de la demanda', es decir la caducidad de la acción.

"Respetuosamente disiento de la aplicación dada al primer inciso de este artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, pues ella sería válida si la demanda no hubiera tenido curso o se hubiere inadmitido, bien por carecer de los requisitos y formalidades previstos por la ley, o porque los defectos suceptibles de corrección no lo pudieran ser dentro de los cinco días y antes de obrar la caducidad de la acción, como lo establece el segundo inciso del mismo artículo.

"Ahora bien, la norma aplicable en este caso, me parece, no es otra que la contenida por el tercer inciso del mencionado artículo 143, que prevé un evento por demás totalmente diferente

a los enunciados por el segundo inciso: El de falta de competencia, caso en el cual ordena enviar el expediente a la Corporación que fuere competente.

"No otra cosa hizo el honorable Consejo de Estado al hallarse incompetente para avocar el conocimiento de la demanda propuesta, que remitirla a la Corporación que dedujo competente: El honorable Tribunal Administrativo de Caldas.

"Para este evento contemplado en el tercer inciso no establece la ley la penalización de no verse interrumpidos los términos para la caducidad de la acción.

"En otras palabras, considero que dado el caso de la remisión del libelo por parte del honorable Consejo, por falta de competencia, a la Corporación que si lo es, el honorable Tribunal Administrativo de Caldas, si obra la interrupción de los términos para la caducidad de la acción, que es la situación presente. Más tratándose de la relación jerárquica de éste con aquél y de un asunto de doble instancia.

"Distinto fuera que la demanda se hubiera elevado ante jurisdicción diferente y ya no habría que hacer: Se habría producido la caducidad de la acción. En cuestión indiscutible que tampoco se debate aquí.

"1.5. Insiste el fallador en sostener que '...la presentación personal por quien suscribe la demanda ante el Secretario del Tribunal competente, así lo entiende esta Corporación, no fue cumplida...' (subraya mía), de mano del artículo 142 del Código Contencioso Administrativo que, si examinamos detenidamente su texto, no incluye la expresión 'Tribunal competente' y si '...Tribunal a quien se dirija...'

"La complementación del alcance de este artículo 142 por parte del juzgador, naturalmente tenía porque conducirlo a adoptar una conclusión que estimo errada pues, repito, no se trata del 'Tribunal competente' sino del '...Tribunal a quien se dirija...', y mi libelo fue presentado personalmente ante el Secretario de la Corporación a la cual iba dirigido.

"1.6. Considero que el honorable Consejo de Estado, como lo debió hacer el *a quo*, debería prohijar para este proceso una interpretación favorable, para el actor, del tercer inciso del artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, determinado interrumpidos los términos para la caducidad de la acción propuesta, bajo los más exigentes dictados de la equidad, ya que no se podría pasar por alto la falta de precisión de la norma o, como también lo dice el auto de 12 de abril de 1984 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del honorable Consejo de Estado, '... o, por lo menos, frente a posibles conflictos de inteligencia de la norma que regula el vencimiento del término para la caducidad de la acción', criterio que igualmente viene muy al caso.

"1.7. La previsión del artículo 143, inciso tercero, se me antoja guarda íntima relación con lo dispuesto por el artículo 140

del Código de Procedimiento Civil, inciso primero, que dice que 'siempre que el Juez declare su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo al que estime competente...', pues no se puede dejar ningún asunto sin Juez' (fls. 235 a 237, cuaderno 1).

IV

La vista Fiscal:

La señora Fiscal Segunda de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, en su concepto de fondo visible a folios 246 y siguientes del cuaderno número 1, compartió los argumentos de la sentencia y dijo en lo pertinente:

"La demanda de restablecimiento del derecho fue presentada ante el Consejo de Estado en marzo 2 de 1984 según constancia de Secretaría visible al folio 209 del cuaderno principal, pero no fue repartida. Al folio siguiente, aparece un oficio de fecha 21 de marzo de 1984 suscrito por el Secretario de la Sección Tercera del Consejo de Estado por el cual remite el expediente al Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas.

"Adviértese pues que la demanda simplemente fue presentada ante el Consejo de Estado, no fue repartida y mucho menos su remisión obedeció a una providencia.

"Muy posiblemente la anterior circunstancia llevó al Tribunal a afirmar, que la anterior presentación (sic) debía dársele el solo efecto de autenticación de firma de quien suscribió la demanda, como lo dice el artículo 142 del Código Contencioso Administrativo y estimó la presentación en la fecha de recibo ante el Tribunal, lo que ocurrió el día 26 de marzo de 1984 según constancia visible al folio 210 del cuaderno principal.

"El artículo 137 del Código Contencioso Administrativo sobre contenido de la demanda, comienza diciendo: 'Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al Tribunal competente y contendrá: ...' y más adelante el artículo 143 dice expresamente 'negativa de curso, inadmisión y corrección de la demanda...' estableciendo cuál es la consecuencia de una demanda que no cumpla con todos los requisitos cuando expresa: 'No se dará curso a la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores y su presentación no interrumpirá los términos para la caducidad de la acción...'

"Cualquier error, cualquier omisión o falta de algunos de los requisitos de la demanda, sean éstos relativos al libelo en sí, a los documentos que se deben anexar o a su presentación, etc., puede traer como consecuencia: 1º Que no se de curso a la demanda; 2º Que ésta no se admita; y 3º Que se ordene su corrección, según el caso.

"En el que se estudia, debe entenderse que sucedió lo primero, no se le dio *curso* a la demanda y por eso se envió al Tribunal competente.

"En cualquiera de los tres casos, es claro que la medida que se tome estará supeditada a que el término de caducidad no esté vencido.

"Cuando el artículo 143 en su inciso 1º establece 'no se dará curso a la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores y su presentación no interrumpirá los términos para la caducidad de la acción', se está refiriendo a todos los requisitos exigidos para que se pueda dar curso o trámite a una demanda, requisitos que pueden referirse al contenido mismo del libelo, a los anexos que se deben allegar, o al lugar en que debe ser presentada la demanda.

"Entender, como lo pretende el recurrente, que la primera parte del artículo 143, referente a la no interrupción del término de caducidad no se aplica cuando el requisito se refiere a la falta de competencia, es una distinción que no se deduce de la norma ni está establecida en ella.

"Por otra parte, las razones dadas en la sentencia objeto del recurso, son compartidas íntegramente por esta Fiscalía, en consecuencia se permite solicitar a la honorable Sala se confirme el fallo apelado".

V

Consideraciones de la Sala:

A) La Sala no acoge la decisión inhibitoria del *a quo*, ni prohija el concepto de su colaboradora Fiscal por cuanto, al momento de instaurarse la demanda, la acción estaba vigente.

En efecto, desde antes de la vigencia del nuevo código, la Sala venía sosteniendo que la acción contractual administrativa no caducaba sino que prescribía en los términos del Código Civil. Es decir, que el régimen aplicable a las acciones contractuales era el de la prescripción extintiva. Igualmente sostuvo que para impugnar el acto de adjudicación de un contrato, la acción pertinente era la contractual y no otra distinta. Un análisis detenido de la más reciente legislación expedida en el país sobre contratos administrativos (Decreto-ley 222 de 1983) y sobre las acciones contencioso administrativas (Decreto-ley número 1 de 1984), lleva a la Sala a precisar que, a la luz de la nueva normatividad y particularmente de la contenida en el Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el estatuto últimamente citado, la situación es diferente. En efecto:

1. El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo regula lo referente a la caducidad de las acciones y tras haber prescrito que las relativas a contratos tienen una caducidad de dos (2) años, contados a partir de la expedición de los actos o de la ocurrencia de los hechos que les den lugar, precisa en el penúltimo inciso que "los actos separables *distintos del de adjudicación de una licitación* sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato". Es absolutamente claro, a juicio de la Sala, que el período que se deja destacado está significando que el acto mediante el cual la

administración pública adjudica una licitación es, por expresa definición legal, uno de los "actos separables" del contrato, una de cuyas notas características, según se verá, es la de que el control de su legalidad se cumple, en casos como el *sub lite*, no a través de las denominadas "acciones contractuales", sino mediante las otras acciones que el nuevo Código Contencioso Administrativo regula y que sólo pueden ser, si bien se miran las cosas, la de simple nulidad (art. 84) o la de restablecimiento del derecho (art. 85) y ello de manera inmediata, esto es, sin necesidad de esperar hasta la terminación o liquidación del contrato.

2. La noción de "acto separable" es creación de la jurisprudencia francesa objeto de reciente "recepción" en el derecho colombiano. Hasta comienzos del presente siglo, imperó en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés una concepción unitaria de la operación administrativa contractual, según la cual todos los actos administrativos, aún los de nítidos perfiles unilaterales, que habían preparado o hecho posible la celebración de un contrato administrativo o de derecho privado de la Administración, constituían un "todo indivisible" con éste último y, en consecuencia, no podían ser enjuiciados separadamente del contrato que habían contribuido a formar. Para discutirlos, debía acudirse al contencioso contractual y no al recurso por exceso de poder, puesto que era necesario que el contrato respectivo estuviese definitivamente celebrado. "A partir de ese momento, se decía —según lo informan de Laubadere, Moderne y Deivoivé—, estos actos se encuentran *incorporados* al contrato, el cual forma en adelante un *'tout indivisible'* que escapa no sólo a los recursos intentados directamente contra él sino a los cargos que pudiesen resultar de una censura a las decisiones que acompañaron su formación" ("Traité des contrats administratifs", 2ª Edición, París, L.G.D.J., 1984, Tomo II, pág. 1035).

Esta concepción jurisprudencial fue definitivamente abandonada por el Consejo de Estado francés a partir del famoso fallo MARTIN de 4 de agosto de 1905 que vino a abrir la puerta a la noción de acto separable del contrato. Desde entonces, dicha noción comenzó a perfilarse como un valioso instrumento para robustecer el control de la legalidad del obrar administrativo mediante el recurso por exceso de poder, al poner dicho mecanismo a disposición de terceros, ajenos obviamente a la relación contractual, y particularmente para evitar los inconvenientes que la teoría del "todo indivisible" implicaba especialmente para los proponentes irregularmente descartados en un proceso licitatorio. En efecto: Tales proponentes, terceros frente al vínculo contractual entre la administración pública y el adjudicatario, carecían de acceso a las acciones típicamente contractuales y no podían, en consecuencia, obtener la nulidad de los actos preparatorios del contrato. Más a partir del reconocimiento de parte del Consejo de Estado francés de la existencia de los "actos separables del contrato" vino a quebrantarse la inequitativa situación a que se encontraban abocados quienes no se veían favorecidos con la adjudicación de una licitación creyendo tener un mejor derecho a ella que el contratista seleccionado y, paulatinamente, se configuró una gama cada vez más amplia de

decisiones administrativas, unilaterales todas ellas, que el Consejo de Estado galo considera susceptibles de ser enjuiciadas mediante el recurso por exceso de poder y que van desde las deliberaciones de los cuerpos colegiados que deciden celebrar un contrato (fallo "Martín"), hasta el acto mismo de celebración del contrato (fallos "Chambre de Commerce de Tamatave", de 9 de noviembre de 1934 y "Département de la Creuse" de 7 de febrero de 1939), pasando por el acto mediante el cual la administración pública, centralizada o descentralizada, adjudica un contrato dentro del proceso licitatorio (fallo "Ballande", de 30 de marzo de 1906).

En el estado actual de la jurisprudencia francesa, el acto separable del contrato no es tan solo el acto precontractual. El concepto va mucho más allá, según lo informan LONG, WEIL y BRAIBANT en la octava edición de su ya clásica obra "los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa" (Sirey, París, 1984). En efecto: Se consideran como separables los actos administrativos unilaterales que no tengan que ver con la ejecución misma del contrato, y se admite que tanto terceros, ajenos al vínculo contractual, como los propios contratistas de la Administración, intenten contra tales actos el recurso por exceso de poder. Aún más: El Consejo de Estado francés admite que terceros impugnen por la vía del mencionado recurso, actos relativos a la terminación o ejecución de un contrato administrativo.

3. De conformidad con las disposiciones que regulan la contratación administrativa (Decreto-ley 222 de 1983), el acto mediante el cual la administración pública adjudica el contrato dentro de un proceso licitatorio es acto unilateral, que no bilateral. Así se deduce claramente del análisis somero de algunas de las normas contenidas en el mencionado estatuto. En efecto:

3.1. A términos del inciso 1º del artículo 34 del Decreto 222 de 1983, la adjudicación debe hacerse mediante resolución motivada *"que se notificará personalmente al proponente favorecido según el Decreto 2733 de 1959 o normas que lo sustituyan* y se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes" (sublíneas de la Sala). Ahora bien: De conformidad con las normas contenidas en el Capítulo X del Título Primero —Libro Primero— del Código Contencioso Administrativo adoptado por el Decreto-ley número 1 de 1984, que sustituyeron a las pertinentes del Decreto 2733 de 1959, la *notificación* es la forma a través de la cual deben hacerse conocer las decisiones unilaterales de la Administración que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas individuales. Así las cosas, si la resolución mediante la cual se adjudica un contrato dentro del proceso licitatorio debe ser puesta en conocimiento del proponente favorecido en la misma forma en que se ponen en conocimiento de los titulares de situaciones jurídicas individuales los actos unilaterales de la Administración que las crean, modifican o extinguen, ha de concluirse en sana lógica que aquella resolución es un acto unilateral de la Administración y no un acto bilateral de la misma.

3.2. Según el inciso segundo del artículo 34 del Decreto-ley 222 de 1983, contra la resolución mediante la cual se adjudica un contrato no procede recurso alguno por la vía gubernativa, y de acuerdo con el inciso 1º del artículo 35 del mismo estatuto, "ejecutoriada la reso-

lución de adjudicación, ésta es irrevocable y obliga por lo mismo a la entidad y al adjudicatario". Esto, que guarda plena correspondencia y armonía con lo que disponen los artículos 49, 50 y 62 del nuevo Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984, evidencia que el acto mediante el cual la administración pública adjudica un contrato dentro del proceso licitatorio es típicamente unilateral ya que la ejecutoriedad o calidad de firme que ese acto administrativo adquiere, sólo es predicable de tal tipo de actos. Por ello la doctrina universal los denomina, justamente, decisiones ejecutorias.

3.3. De acuerdo con el artículo 36 del Decreto-ley 222 de 1983, a menos que medie caso fortuito o evento constitutivo de fuerza mayor, debidamente comprobados, si el adjudicatario de una licitación no suscribe el respectivo contrato dentro del término que se haya señalado, queda a favor de la entidad administrativa contratante, como multa, el valor del depósito o garantía de seriedad de la propuesta, sin perjuicio de las demás acciones que la entidad contratante puede intentar para obtener el pleno reconocimiento de los daños y perjuicios que hubiera sufrido y que no alcanzaren a ser cubiertos por tal depósito o garantía. Más la entidad contratante no podrá imponer al adjudicatario que incumpliere la obligación de suscribir el contrato otras sanciones o multas, ni hacer efectivas cláusulas penales pecuniarias, ni declarar caducidad del supuesto contrato, ya que éste aún no existe, no ha sido perfeccionado.

3.4. Lo anterior impone, pues, distinguir entre la adjudicación del contrato y la celebración del mismo, pues son dos etapas o momentos diferentes que no pueden confundirse so pena de desnaturalizar el proceso de la contratación administrativa que se realiza previa una licitación pública. Esa distinción, por lo demás, anda ínsita en el Decreto-ley 222 de 1983 y aparece expresamente consagrado, por ejemplo, en el artículo 5º del estatuto contractual cuando, al regular lo concerniente a la responsabilidad de los consorcios, expresa que las personas a quienes se les adjudicare el contrato *"responderán solidariamente por su celebración y ejecución"* (Destaca la Sala). Sin mayores esfuerzos de exégesis debe concluirse, pues, que para el estatuto de la contratación administrativa una cosa es la *adjudicación* del contrato y otra distinta la *celebración* del mismo como consecuencia de la firmeza de la decisión que lo adjudica. De no ser ello así, sobraría la diferenciación que nítidamente se establece en el artículo comentado entre las dos fases del procedimiento contractual y habría que concluir, contra lo que enseñan la lógica jurídica y la hermenéutica que el legislador extraordinario de 1983 incurrió en tautología al expedir el citado artículo 5º. Reflexiones similares caben respecto de los artículos 6º y 8º, inciso primero y 10, inciso primero, del estatuto rector de la contratación administrativa: Según el primero de tales textos, *"celebrado* el contrato no podrá cederse sino con autorización previa de la entidad contratante". *Celebrado,* no "adjudicado", es el término utilizado por el legislador y alguna significación jurídica ha de tener el hecho de haber optado por el primer vocablo y no por el último. Otro tanto cabe decir respecto del inciso primero del artículo 8º que establece las inhabilidades para *celebrar* contratos, o respecto

del inciso primero del artículo 10 que señala las incompatibilidades para *celebrar* contratos con las entidades a que se refiere el Decreto 222 de 1983.

4. De todo lo expuesto se infiere, pues, que a la luz de la nueva normatividad vigente en el país, tanto en materia de contratos de la Administración como de recursos contencioso administrativos contra los actos denominados "separables" del contrato —como el que adjudica una licitación— las acciones procedentes en casos como el aquí planteado no son las contractuales a que se refiere el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, sino las "otras (...) previstas en este Código" y que, como se dijo, sólo pueden ser la de nulidad, consagrada en el artículo 84 del propio Código o la de restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 *ibídem*, y para cuyo válido ejercicio no es menester esperar hasta la terminación o liquidación del contrato (C. C. A., 136, inciso 8º).

Como en el libelo con el cual se inició el presente proceso se ejercitó expresamente la acción de restablecimiento últimamente mencionada, ha de concluirse que la acción escogida lo fue correctamente, premisa en la cual acierta el fallo apelado. Más no es igualmente ajustado a derecho en cuanto a las consecuencias que de tal circunstancia jurídica hace derivar en punto de caducidad de la acción intentada, según pasa a verse.

B) Como ha tenido oportunidad de recordarlo esta Sala en varias ocasiones, hasta el día 1º de marzo de 1984 en que entró a regir el Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley 01 de 1984, la ley no consagraba términos de caducidad para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas relativas a contratos. Por tal razón, la jurisprudencia de esta Corporación sostuvo reiteradamente que el fenómeno extintivo aplicable respecto de ellas era el de la prescripción, con sujeción a las normas sobre prescripción extintiva de los derechos y acciones contenidas en el Código Civil. Pero a partir de la vigencia del nuevo estatuto de lo contencioso administrativo, la regulación es diferente, toda vez que para las acciones de nulidad (absoluta o relativa) de los contratos y para las que se instauren con motivo de las controversias contractuales propiamente dichas, se estableció un término de caducidad de dos (2) años por el antepenúltimo inciso del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, término que sólo puede comenzar a correr a partir de la vigencia de la norma que lo instauró. Así, ha podido decir la Sala que "...toda controversia contractual, surgida con anterioridad a la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo y no planteada ante esta jurisdicción, empezó a estar gobernada por el fenómeno de la caducidad desde el primero (1º) de marzo de 1984, esto es, que debía someterse a la definición de los tribunales correspondientes en el término de dos años, contados a partir de ese momento..." (Sentencia de 1º de octubre de 1987; Expediente número 4071; Actor: Alvaro de la Hoz; Copiador de Secretaría, Tomo 78, pág. 368).

Ahora bien: Según ya se dijo, la jurisprudencia de la Corporación sostuvo, con anterioridad a la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo, que el acto administrativo de adjudicación de la licitación no era un acto separable del contrato y que, por consiguiente,

las acciones contra él enderezadas se consideraban "contractuales", lo que implicaba que respecto de ellas no existían plazos de caducidad. Más a partir de la vigencia del nuevo estatuto de lo contencioso administrativo la situación respecto de estos actos es similar en cuanto concierne al régimen de caducidad de las acciones que los impugnen: Si la acción instaurada es la de simple nulidad, prevista por el artículo 84 del nuevo Código Contencioso Administrativo, no existirá término alguno de caducidad (C. C. A., art. 136, inciso 1º). Más si la acción instaurada es la de restablecimiento del derecho, de que trata el artículo 85 del citado Código, su caducidad estará gobernada por la regla general prescrita en el inciso 2º del mismo artículo 136, es decir, que se producirá al cabo de los cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Pero como resulta apenas obvio, ese término de caducidad de cuatro meses sólo puede comenzar a correr desde la fecha de vigencia de la norma que lo instituyó, vale decir, a partir de la fecha en que comenzó a regir el Decreto-ley número 1 de 1984, esto es del primero (1º) de marzo de dicho año.

En el caso *sub júdice*, la Resolución número 887 de noviembre 2 de 1983, se comunicó al demandante el 7 de noviembre de 1983 (fl. 206 del Anexo), de suerte que, para la fecha de la presentación de la demanda ante el Consejo de Estado, marzo 2 de 1984 (fl. 209, cuaderno 1) o para la fecha en que el Tribunal Administrativo de Caldas avocó el conocimiento de instancia, abril 26 de 1984 (fl. 211, cuaderno 1), aún no había caducado la acción. La Sala anota —de paso— que aquella presentación carece de incidencia alguna sobre el término de caducidad, conforme al artículo 143 del Código Contencioso Administrativo por no haber sido hecha ante Tribunal competente.

Establecido que la demanda contra el acto administrativo que se impugna, se presentó dentro del término legal, la Sala procede al análisis de las pruebas aportadas al proceso para dictar sentencia de mérito.

El demandante pretende que se declare la nulidad de la Resolución número 887 de 2 de noviembre de 1983, expedida por el Gerente de la Corporación, por medio de la cual se adjudicó el contrato derivado de la Licitación privada 120 de 1983, al ingeniero Samuel Llano Henao, para la construcción de obras de control de erosión en la subestación de bombeo del oleoducto de Herveo (Tolima).

Dos son los cargos principales que contiene la demanda: Omisión de documentos y violación del principio de igualdad.

VI

Omisión de documentos:

El accionante fundamenta su pretensión en el hecho de que la propuesta del adjudicatario debió ser rechazada por haber omitido la presentación de documentos que eran de la esencia del pliego, para acreditar su solvencia económica y su capacidad operativa.

Está probado que a las firmas elegidas por la Corporación para participar en la licitación, se les enviaron los pliegos de condiciones, planos y adendos, junto con tres libros en los cuales se consignaban las normas, especificaciones e información sobre el proyecto.

El Libro I (fl. 1 del Anexo), contenía las normas generales para todas las licitaciones, tales como: Definiciones, información general, desarrollo del contrato, normas de seguridad y minuta del contrato. El Libro II (fl. 41 del Anexo), contenía las especificaciones técnicas para todas las licitaciones, tales como: Trabajos preliminares, movimiento de tierras, obras en concreto, alcantarillados, estructuras, drenajes, etc. El Libro III (fl. 132 del Anexo), contenía la información específica sobre el proyecto y el formulario de la propuesta para la Licitación privada número 120-83.

De modo que aunque en el Libro I figura que el proponente debe adjuntar las referencias bancarias o de compañías de seguros (numeral 2.06), el estado financiero y la relación de contratos y subcontratos ejecutados y en ejecución para verificar la calificación K, lo cierto es que el numeral 2.20 del mismo Libro I, aclara:

> "En el estudio se considerarán los siguientes aspectos: Valor, plazo, precios unitarios, programa de trabajo y plan de inversiones; además de equipo, seriedad y cumplimiento en contratos anteriores, *capacidad financiera y técnica que son considerados en la etapa de calificación del registro del proponente y que lo habilitan para participar en determinadas licitaciones de acuerdo con la calificación obtenida.* Si al verificar la calificación K del proponente con los documentos solicitados en los pliegos se encuentra que su valor es inferior al K mínimo exigido, la propuesta será descartada. Si es igual o superior se le podrán solicitar al proponente las constancias que acrediten este valor. Igualmente, se descartarán las propuestas presentadas por proponentes cuya inscripción no esté vigente en el momento de cierre de la Licitación" (rayas de la Sala).

En este orden de ideas, la documentación cuya omisión se alega, no se requería para la Licitación privada 120-83. En primer lugar, porque la solvencia económica de los licitantes se había determinado en el momento en que se inscribieron, calificaron y clasificaron en el registro de proponentes, condición sin la cual la propuesta no sería considerada (numeral 1.15); y, en segundo lugar, porque la información debía presentarse exclusivamente en los formularios que se incluyeran en el Libro III (numeral 2.07). Y es natural que si los formularios para tal información no se incluyeron, el oferente quedaba liberado de tal requisito, como quiera que la propuesta la constituyen los formularios que debe llenar el proponente.

Obran en el informativo declaraciones rendidas por funcionarios de la entidad demandada que la Sala valora por la seriedad de los declarantes, por su calidad profesional y por el conocimiento directo que tuvieron de los hechos que narran, en razón de los cargos que desempeñaban.

A folios 171 del cuaderno L, se lee la declaración del ingeniero José Fernando Aristizábal Muñoz, Jefe de la División Técnica de la Corporación, la cual ilustra en forma clara el aspecto que se debate. Cuenta el declarante:

"CRAMSA que es una entidad oficial dedicada a la ejecución de obras públicas, tiene un registro de proponentes, los cuales son calificados para determinar su capacidad de contratación, esta contratación es lo que denominados el K. Esta calificación K le da a la entidad un valor para cada inscrito en su registro de proponentes, de tal manera que, en el momento de sacar una licitación pública, las personas naturales o jurídicas sepan si pueden participar en la licitación respectiva. En el momento de inscribirse en el registro de proponentes el interesado tiene que allegar a la entidad una serie de documentos para su calificación, dentro de los cuales podemos nombrar: Su estado financiero, la relación de contratos, las referencias entre otros documentos, la entidad le determina su capacidad de contratación y al mismo tiempo le fija la vigencia que tiene su calificación ante la entidad, procedimiento seguido en el caso de las licitaciones públicas, es el exigido por el Decreto-ley 222 y en razón a él, el licitante debe allegar en el momento de presentar su propuesta todos los documentos que le permitan a la entidad corroborar que cumple con el camino exigido para la licitación que presenta, en el caso de licitaciones privadas, la entidad determina en el momento de hacer la licitación, qué personas naturales o jurídicas de su registro de proponentes están en capacidad de ser invitadas, basados igualmente en lo estipulado en el artículo 32 del Decreto 222, el cual expresa que el Gerente en este caso formulará invitación a participar en la licitación a las personas que de acuerdo con su calificación estén en capacidad de contratar, *en razón a lo anterior es por lo que en una licitación privada no se solicita que se anexe el estado financiero del proponente, la relación de contratos ejecutados y en ejecución y las referencias bancarias y además no se solicita cumplir con ninguna calificación, ya que la entidad previamente ha corroborado que estas personas pueden contratar con ella.* La Licitación número 120-83 tenía como fin la ejecucion de obras de control de erosión en el área de la estación de bombeo de ECOPETROL en Herveo (Tolima) y tenía carácter de licitación privada según lo contemplado en el 222, por lo tanto la entidad obró conforme a su manera de actuar en las licitaciones privadas. Conforme a los pliegos de condiciones de dicha licitación no se debían presentar los documentos necesarios para la calificación K, los cuales deben ser llenados únicamente en formatos entregados en los mismos pliegos, en el acto de apertura de la licitación, algunos proponentes presentaron dichos formatos copiados de otras licitaciones viejas, sin embargo se consideró que dicha información no era inconveniente y se podían recibir estas propuestas, tal como se dejó constancia en el acta de apertura respectiva... La propuesta del ingeniero Gustavo Castaño L., fue recibida al igual que las cuatro restantes, dentro de las cinco recibidas, las propuestas de Diseños y Construcciones y de Gustavo Castaño presentaron el balance, la relación de contratos y las referencias que no habían sido solicitadas expresamente en

el libro tres de los pliegos y en formatos fotocopiados, sin embargo las propuestas fueron aceptadas por considerar que esta información no era inconveniente como lo manifesté anteriormente, las demás propuestas se presentaron conforme a los formatos entregados con el Libro III. El Libro III contiene la información propia de la licitación y los formatos que deben llenarse para presentar la misma. Los pliegos de condiciones están compuestos básicamente por: Libro UNO (1) que es el de Normas Generales para todas las licitaciones. El Libro DOS (2) que son las especificaciones técnicas para todas las licitaciones de construcción, el Libro TRES (3) que contiene la información particular sobre la licitación y por último los planos de la obra" (Sublíneas de la Sala).

A folio 174 del cuaderno 1, declara el ingeniero Rogelio Peña Hernández, Jefe de la Sección de Proyectos de la Corporación, quien confirma con detalles el testimonio anterior. El declarante expone:

"*Preguntado:* Qué nos puede manifestar doctor en relación con la no inclusión de los documentos relacionados con el K en las licitaciones privadas —CRAMSA— y particularmente en la 120-83. *Contestó:* El procedimiento o *la razón por la cual dejamos de solicitar esos documentos, es que de acuerdo con el Decreto 222 para licitaciones privadas, por la cuantía de la que estábamos sacando, la revisión del K es una cosa que se hace antes de hacer las invitaciones a los ingenieros o firmas que licitan, esa revisión pues fue hecha en los días inmediatos a la invitación y con ella corroboramos la capacidad técnica, financiera y experiencia de las personas que estábamos invitando,* ahora el decreto exige que se haga esa revisión antes de la invitación y la calificación además de que nosotros teníamos de los ingenieros pues era muy reciente y tenía una larga vigencia. Sacada la resolución del Gerente y lógicamente conocido el valor aproximado de las obras que nos situaban dentro del rango en que el Decreto 222 permite hacer licitaciones privadas revisamos nuestro registro de proponentes, verificamos el K de cada uno de ellos y elegimos personas que por su experiencia y capacidad fueran una garantía para una cabal ejecución de las obras, procedimos entonces a enviarles las cartas de invitación en la cual les informábamos sobre el sitio de ejecución de las obras y les invitábamos a retirar los pliegos de condiciones para esa licitación, como es lógico en días anteriores se habían preparado esos pliegos que consisten en un Libro Uno de Normas Generales para licitación, en un Libro Dos de especificaciones técnicas para la construcción de las obras y en un Libro Tres que constituye propiamente la propuesta del licitante; porque en él se incluyen los documentos y formularios que deben presentarse con la propuesta y que dan informaciones particulares sobre la obra que está en licitación, sabiendo que el Decreto 222 no nos exigía la inclusión de los documentos para una nueva evaluación del K y que además ésta ya estaba hecha; no se incluyeron, esto quiere decir además que nosotros ya poseíamos toda la información que nos da la calificación (K) de los contratistas..." (Destaca la Sala).

Las afirmaciones que anteceden tienen respaldo probatorio no sólo en los Libros I y III de la licitación, sino en la certificación del Gerente (E) de la Corporación que obra a folios 167 del cuaderno 1, documento del cual se destaca lo que sigue:

"En acatamiento a lo que se dispone en el exhorto de la referencia paso a certificar lo siguiente:

"*Primero:* Certifico: Que para la Licitación privada número 120-83 no se exigió a ninguno de los proponentes las referencias bancarias, el estado contractual y el financiero; documentos en los que se suministra la información relativa al K, y que dentro de los formularios elaborados por CRAMSA y para ser diligenciados por los proponentes no se incluían los correspondientes a la información mencionada.

"*Segundo:* Certifico: Que en la Licitación privada es uso y costumbre de la Corporación eliminar del Libro III —aquel en el que se diligencie la propuesta—, los documentos y formularios en que se consiga la información sobre el K, por cuanto éste se revisa sobre la contenida en el registro de proponentes y en el momento de escoger a los participantes en la licitación.

"*Tercero:* Certifico: Que el ingeniero Gustavo Castaño Loaiza dentro de la diligencia de apertura de pliegos y dentro de los tres días siguientes a dicha diligencia, no interpuso recurso alguno contra las decisiones que se tomaron en dicha actuación".

En tales condiciones, como el Libro III de la licitación no incluyó los formularios a que se hace referencia para determinar la información K, carecía de sentido descalificar a los proponentes que se abstuvieron de suministrar esa información, porque otros, sin habérsela exigido, la acompañaron. En consecuencia, no prospera el cargo del demandante.

VII

Violación del principio de igualdad:

Afirma el mandatario judicial del actor que el proceso de adjudicación del contrato licitado, a más de violar el pliego de cargo; vulnera lo contenido por los artículos 27 y 33 del Decreto-ley 222 de 1983 y que por ser mejor postor ha debido adjudicársele la licitación.

Disponen las citadas normas:

"*Artículo 27*. Definición de la licitación.

"La licitación es el procedimiento mediante el cual, previa invitación, la entidad contratante selecciona entre varias personas, en igualdad de oportunidades, la que proponga mejores condiciones para contratar".

"*Artículo 33*. De los criterios para la adjudicación.

"La adjudicación deberá hacerse, previos los estudios del caso, y efectuado el análisis comparativo, al licitador o concur-

sante 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, 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 para buscar la reciprocidad comercial correspondiente.

"Se tendrá en cuenta, así mismo, la protección al trabajo y a la industria 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 globalmente consideradas; y en igualdad de condiciones y precios, se tendrá en cuenta la distribución equitativa de los negocios".

Pues bien, la apertura y la celebración de la licitación privada a la cual se contrae el acto administrativo impugnado, fue ordenada por el Gerente de la Corporación, mediante Resolución número 870 de agosto 25 de 1983. En cumplimiento de esa resolución, el Subgerente y los jefes de División de la entidad contratante dispusieron lo necesario para el perfeccionamiento y trámite de la licitación privada. Fue así como se cursó invitación a los licitantes que la Corporación escogió entre los inscritos y clasificados en el registro de proponentes para que formularan sus propuestas. Simultáneamente, se les envió el Pliego de Condiciones y los Libros contentivos de las informaciones propias de la licitación. El día previsto para el acto de apertura de la urna triclave, se constató la participación de los siguientes concursantes (fl. 69 del Anexo):

	V.R. Propuestas	*Plazo D.C.*
1. Diseños y Construcciones	$ 47.013.160	300
2. Gonzalo Gómez Uribe	$ 41.961.230	300
3. Samuel Llano Henao	$ 36.270.827	300
4. Gustavo Franco	———	———
5. Jorge Luis Cárdenas M.	$ 40.679.723	300
6. Gustavo Castaño Loaiza	$ 40.040.033	240
7. Oficial	$ 35.506.534	300

En el acta respectiva se consignaron las siguientes anotaciones:

"*NOTA:* La propuesta número 4 del ingeniero Gustavo Arango Arango, fue rechazada en el momento de la apertura por carecer de Paz y Salvo Nacional que es documento necesario para la aceptación de la propuesta.

"*Nota:* Hubo objeción de los ingenieros Carlos Eduardo Robledo y Gustavo Arango Arango, en el sentido de descartar las propuestas que no tuvieran los documentos necesarios para la obtención del K.

"En vista de que no aparece este requisito en el Libro III, el Gerente de CRAMSA propuso que se recibieran todas las propuestas que tuvieran o no los documentos para la obtención del K, dicha propuesta fue aceptada por todos los asistentes al acto de cierre".

Obsérvese cómo la objeción de los ingenieros Robledo y Arango, en el sentido de descartar las propuestas que no tuvieran los documentos para la obtención del K, no tuvo mayor trascendencia, desde el momento en que el Gerente de la Corporación explicó y así fue aceptado por los participantes, que en el Libro III no aparecía tal requisito, esto es, que se determinara la capacidad de contratación de los proponentes.

Agotada esta etapa, se procedió al estudio de las propuestas presentadas. El Acápite II sobre la evaluación, consigna lo siguiente a folio 175 del Anexo:

"*III. Verificación de la calificación de los proponentes.*

"De acuerdo con el procedimiento establecido para las licitaciones privadas, el K de los contratistas es verificado antes de hacerles la invitación a participar. El K mínimo escogido por CRAMSA fue de $ 25.000.000 y el que poseen los proponentes es el siguiente:

"Proponente	*VR.K. Inscripción*
"Diseños y Construcciones	$ 205.754.444
"Gustavo Arango Arango	$ 31.183.786
"Gonzalo Gómez Uribe	$ 46.533.894
"Samuel Llano Henao	$ 81.026.120
"Jorge Luis Cárdenas M.	$ 84.122.370
"Gustavo Castaño Loaiza	$ 60.090.336"

Descartadas las propuestas de Gustavo Arango Arango y de Diseños y Construcciones, ésta última por hallarse por encima del límite superior del presupuesto oficial, el estudio se limitó a cuatro proponentes de cuyo análisis comparativo se obtuvo el siguiente puntaje, discriminado por rubros:

Valor óptimo (fl. 179 Anexo)

Gonzalo Gómez Uribe	51.04
Samuel Llano Henao	59.27
Jorge Luis Cárdenas M.	57.73
Gustavo Castaño L.	61.06

Análisis de precios unitarios (fl. 181 Anexo)

Gonzalo Gómez Uribe	9
Samuel Llano Henao	9
Jorge Luis Cárdenas M.	9
Gustavo Castaño Loaiza	9

Equipo y montaje (fl. 185 Anexo)

Gonzalo Gómez Uribe	6
Samuel Llano Henao	7
Jorge Luis Cárdenas M.	7
Gustavo Castaño Loaiza	4

Organización y programación (fl. 188 Anexo)

Gonzalo Gómez Uribe	4
Samuel Llano Henao	2
Jorge Luis Cárdenas M.	1
Gustavo Castaño L.	1

Experiencia, cumplimiento y capacidad operativa (fl. 188 Anexo)

Gonzalo Gómez Uribe	4
Samuel Llano Henao	5
Jorge Luis Cárdenas M.	5
Gustavo Castaño L.	4

Inversiones mensuales (fl. 190 Anexo)

Gonzalo Gómez Uribe	2
Samuel Llano Henao	3
Jorge Luis Cárdenas M.	3
Gustavo Castaño L.	3

Verificado el estudio, los funcionarios encargados del análisis concluyeron la evaluación, ubicando a los proponentes en el siguiente orden de adjudicación, donde se observa que el mayor puntaje correspondió a la propuesta finalmente escogida:

1.	Ing. Samuel Llano Henao	85.27
2.	Ing. Jorge Luis Cárdenas M.	82.73
3.	Ing. Gustavo Castaño Loaiza	82.06
4.	Ing. Gonzalo Gómez Uribe	76.04

No le asiste, pues, razón al accionante cuando afirma que su propuesta era la más favorable y que al adjudicar el contrato se violó el principio de la igualdad de oportunidades entre los proponentes. El análisis comparativo de las propuestas indica que diversos factores incidieron en la voluntad de la Junta Directiva para autorizar al Gerente de la Corporación la firma del contrato con persona distinta del impugnante.

En relación con el precio, la propuesta del actor superaba en $ 4 millones la del adjudicatario. En cuanto al plazo, a pesar de que el demandante propuso un término ligeramente menor al de los otros concursantes, existen razones que justifican la decisión adoptada, tal como lo revela el análisis a folios 190 del Anexo:

"No se da una valorazión (sic) especial al hecho de presentarse un plazo menor del permitido a pesar de representar menores reajustes para la propuesta que así lo plantea, porque fue criterio de CRAMSA al fijar el plazo no exigir en un sitio relativamente distante y difícil, altas inversiones mensuales al constructor que luego pudieran ocasionarle dificultades económicas originadas en su incumplimiento".

Y en lo que respecta a la experiencia, cumplimiento y capacidad operativa, basta con leer lo pertinente del análisis que obra a folio 188 del Anexo, para despejar dudas sobre la imparcialidad de la calificación:

> "Este aspecto —revela el análisis— se analiza con base en los documentos que sobre cada uno posee CRAMSA en su registro de proponentes y cuya información los licitantes la poseen actualizada a los meses de marzo y abril de 1983.
>
> "Se considera la experiencia personal del proponente, su actividad como constructor durante los últimos cinco años, el cumplimiento demostrado, su estado financiero y la organización técnica y administrativa..."

Todos esos criterios que ameritan credibilidad, conducen al sentenciador a la convicción de que la oferta escogida era la más ventajosa para los intereses de la Administración y que la decisión adoptada por la Junta Directiva y el Gerente de la Corporación, fue la más acertada.

En materia de licitaciones, no sólo se deben acatar las reglas que precisamente consagra la ley, sino que hay otros factores intrínsecos que pueden incidir en la valoración de las propuestas, sin que por ello se vulneren derechos ajenos.

Ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación que la adjudicación de una licitación, "si bien es un acto reglado no está exento de cierta dosis de discrecionalidad. Y es reglado porque la Administración se tiene que ajustar para hacerla a una serie de requisitos previos, impuestos por la ley de contratación pública. Requisitos que una vez reunidos deben evaluarse en su conjunto para lograr definición de lo que para la entidad pública constituye 'la mejor propuesta'.

"Y es en este extremo en el cual juega la discrecionalidad administrativa, por la dosis de conveniencia para los intereses generales que entran en juego.

"Y este factor es precisamente el que debe desvirtuar el licitante vencido que aspira a obtener éxito en la contienda jurisdiccional frente a otros proponentes calificados. Desvirtuación que no es fácil y que no puede limitarse a simples afirmaciones, sino que debe tener su apoyo en pruebas legalmente incorporadas al proceso que evidencien la apreciación errónea de la Administración" (Sentencia 7 de marzo de 1985. *"Anales del Consejo de Estado"*, Tomo CVIII, números 485-486, pág. 795).

El acervo probatorio allegado al proceso permite a la Sala establecer que en la licitación participaron los proponentes en igualdad de condiciones y no se vislumbran en el procedimiento licitatorio preferencias excluyentes en favor del adjudicatario. La oferta no se alteró, ni se modificó el reglamento que contiene las bases de la relación negocial, ni resultaron falsos los considerandos de la resolución demandada, como se afirma, sin ningún fundamento, en la demanda. Tampoco probó el actor que se hubiera vulnerado el principio de igualdad que debe existir entre los licitadores y no habiendo desvirtuado la presunción de legalidad del acto administrativo impugnado, no pueden prosperar las súplicas de la demanda.

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

Falla:

Revócase la sentencia apelada y en su lugar deniéganse las súplicas de la demanda.

Condénase en costas a la parte actora.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 22 de julio de 1988.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Carlos Ramírez Arcila.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ACTO SEPARABLE.— SUSPENSION EN PREVENCION.

Los actos separables del contrato no son susceptibles de suspensión en prevención porque en éstos, como en los demás actos administrativos, sólo procederá la petición de suspensión ordinaria contemplada en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintidós de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 5399. Actor: DISTRAL S. A.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandante (DISTRAL S. A.) contra el auto de 22 de abril de 1988, dictado por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y mediante el cual se inadmitió la demanda de suspensión en prevención formulado por la misma.

En la demanda se pidió la medida cautelar de los siguientes actos: a) Del pliego de condiciones de la licitación pública internacional número Pr-221 (0665-E I); b) de la Resolución número 1969 de 4 de marzo de 1986 o de apertura de la licitación; c) De la Resolución número 2075 de mayo 22 de ese mismo año, por la cual se ordenó suspender el proceso licitatorio; y d) De la Resolución número 2242 de 24 de septiembre siguiente, o de la reanudación del mencionado proceso.

El *a quo* para tomar la medida denegatoria, sostuvo en síntesis:

Primero. Que la suspensión en prevención procede contra los actos preparatorios o de trámite, previos a la expedición de un acto administrativo definitivo, y que este carácter no puede predicarse de los actos separables que se expiden dentro del de la etapa precontractual, antes de la celebración del contrato.

Segundo. Que los actos separables distintos del de adjudicación no pueden demandarse, por mandato legal, sino una vez terminado o liquidado el contrato.

Para resolver, se considera:

Es cierto, como lo afirma el Tribunal, que el que redacta esta ponencia tuvo oportunidad de sostener en una aclaración de voto presentada en asunto similar, lo siguiente:

"Primero.

"La suspensión en prevención, como lo dispone el artículo 153 del Código Contencioso Administrativo procede contra los actos preparatorios o de trámite cuando se dirijan a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal no susceptible de recurso o contra los actos de ejecución prematura de un acto definitivo.

"Como se desprende del texto, entonces, esa suspensión mira evitar o la expedición de un acto administrativo ilegal o la ejecución de un acto, también administrativo, antes de su firmeza, pero nada tiene que ver con los contratos ni con su proceso de celebración.

"Frente a éstos, los actos preparatorios o de trámite tienen otro sentido técnico. La operación administrativa contractual, en la etapa de selección del contratista, está conformada normalmente por verdaderos actos administrativos que tienen identidad propia, conocidos como separables, y su control será el mismo de los actos administrativos ordinarios, mediante las acciones de nulidad y restablecimiento.

"De allí que cuando la Administración en la etapa precontractual expide un acto administrativo (un pliego de condiciones, el llamado a licitación, la deserción de esa licitación o del concurso, la modificación del pliego, etc., etc.) el control de éste será el corriente u ordinario, dentro del cual la suspensión provisional estará gobernada por el artículo 152 del Código y no por el artículo siguiente.

"De aceptarse la tesis de que los pasos previos dados por la Administración dentro de una licitación o concurso se asimilan para estos efectos a los trámites que deben cumplirse para la expedición de un acto administrativo, nos encontraríamos con que los actos separables serían objeto de suspensión provisional por partida doble, así: Como simples trámites (tratamiento que se les da en el *sub júdice*) por la vía de la suspensión en prevención; y como separables, por la suspensión provisional ordinaria.

"E implicaría esa misma asimilación confundir además el proceso de expedición de un acto administrativo con el proceso de adjudicación de un contrato; o, en otros términos, significaría asimilar la operación administrativa de selección de un contratista con la actuación administrativa de expedición de un acto administrativo.

"Segundo.

"Para poderse hablar de suspensión en prevención en la esfera contractual, habría que pensar sólo en los actos preparatorios o de trámite que se cumplan para la expedición de los actos separables; porque éstos, se repite, no son meros trámites dentro de la operación contractual sino actos administrativos ejecutorios".

La Sala considera que la tesis expuesta es atendible y merece acogida. En tal sentido, los actos aquí impugnados son típicamente separables, con identidad propia, de naturaleza diferente a los meros trámites que conforman el proceso de expedición de un acto definitivo e impugnables en ese carácter por expreso mandato legal mediante las acciones ordinarias propias de los demás actos administrativos (nulidad y restablecimiento), su control provisional suspensivo tendrá que ser el de éstos y no el de aquéllos.

Como se dijo atrás no podrían manejarse indistintamente los actos unilaterales previos a la celebración del contrato bien como separables o bien como simples trámites, para permitir caprichosamente o la suspensión ordinaria del artículo 152 o la especial, en prevención, del 153. Los actos separables no pueden ser a la vez actos administrativos ejecutorios y meros trámites. Esto desconocería el principio de la contradicción.

No, las formas de suspensión tienen su referencia específica y su objeto diferente. Mientras la primera busca suspender los efectos de un acto administrativo ejecutorio en estricto y legal sentido, bien porque está en condiciones de producirlos o los está produciendo, la suspensión en prevención sólo busca suspender un trámite previo (no un acto administrativo) a la expedición de éste. Ese trámite no trasciende hacia el exterior ni produce efectos que invadan la órbita jurídica de los administrados.

La suspensión provisional en prevención así entendida es de discutible constitucionalidad por exceder los términos del artículo 193 de la Carta.

Con todo, el punto no es propio de una simple decisión de suspensión provisional.

Formalmente los actos separables del contrato constituyen etapas previas a su celebración. Pero el legislador quiso darles identidad propia y un tratamiento especial por fuera del contrato y de sus acciones correspondientes para facilitar su control de legalidad aún por aquellas personas que no estarían legitimadas si todo se entendiera formando parte del contrato como un todo indivisible.

Recuérdese que mientras el contrato no puede demandarse sino por las partes, el Ministerio Público y los terceros interesados, los actos separables podrán impugnarse por los interesados o por cualquier persona en el simple interés de la ley.

No entra la Sala a estudiar el argumento final que expone el *a quo*, en el sentido que los actos separables sólo podrán demandarse una vez termine o se liquide el contrato (art. 136, inciso 8º del C. C. A.) porque no existe constancia dentro del expediente que demuestre que con base en la licitación cuestionada se celebró algún contrato.

En suma de lo escrito, se anota:

Los actos separables del contrato no son susceptibles de suspensión en prevención porque en éstos, como en los demás actos

administrativos, sólo procederá la petición de suspensión ordinaria contemplada en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo. Suspensión que forma parte de la acción de nulidad o de restablecimiento, como medida simplemente accesoria, y que no se entiende por fuera del proceso (art. 84 del C. C. A.).

Por lo expuesto, la Sala

Resuelve:

Confírmase el auto de 22 de abril de 1988, expedido por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 22 de septiembre de 1988.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Carlos Ramírez Arcila.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CAJA AGRARIA.— Naturaleza.

La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, es una sociedad anónima de economía mixta que participa de la naturaleza jurídica de las definidas por la reforma administrativa de 1968 como entidad descentralizada del orden nacional, como patrimonio propio, autonomía presupuestal y personería jurídica.

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Régimen contractual.

Las normas generales que regulan los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado son aplicables a las sociedades de economía mixta, es decir, que se rigen por las disposiciones del derecho común y están sometidos a la justicia ordinaria.

CLAUSULA PENAL. CLAUSULA DE CADUCIDAD.

El contenido de la cláusula penal (en el sub lite*) no tiene connotación de exhorbitante.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., trece de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*
Con la colaboración del *Doctor Fernando Ospina,* Abogado auxiliar.

Referencia: Expediente número 3899 (45). Actor: Agroinsumos y Servicios Técnicos Ltda. "AGROST LTDA.". Incumplimiento de contrato.

En escrito presentado por conducto de apoderado judicial el 26 de enero de 1983, la sociedad Agroinsumos y Servicios Técnicos Limitada "AGROST LTDA.", formuló demanda contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, para que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieran por esta Corporación las condenas y declaraciones que se consignan en el *petitum.*

I

La demanda:

1.1. *La causa petendi.* El libelo relata los siguientes hechos:

"*Primero.* AGROST LTDA., envió a la Caja de Crédito Agrario la carta oferta A.L. 743 de noviembre 25 de 1981 para el ofrecimiento de venta de úrea al 46% y para una cantidad de 10.000 toneladas métricas, procedentes de la Unión Soviética y suministradas por MITSUI & CO. NEW YORK.

"*Segundo.* Con base en la oferta anterior se firmó un contrato entre la Caja de Crédito Agrario y AGROST LTDA., con el número 002 de enero 12 de 1982 contenido en tres folios, el cual adjunto en fotocopia auténtica.

"*Tercero.* En el contrato en referencia se estipuló la negociación en 5.000 toneladas métricas, por la suma unitaria de US$ 265.00 y la suma total de US$ 1.325.000.00 y con la siguiente forma de pago: 'El 50% de este valor será anticipado con carta de crédito a la vista en dólares de los Estados Unidos de América a favor de Mitsui & Co. (USA) Inc. de Nex York (sic) pagadera contra presentación de los documentos de embarque. Para constituir esta carta de crédito AGROST LTDA., deberá presentar una garantía bancaria por el 100% de este valor o sea por US$ 662.500.00 garantía que debe ser establecida en un banco domiciliado en Bogotá con vigencia a partir de 12 de enero de 1982 con validez hasta el 15 de mayo de 1982. La carta de crédito será entregada durante la segunda quincena del mes de enero de 1982. El 50% restante se pagará en pesos colombianos dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo de la úrea a entera satisfacción de la Caja y presentación de cuenta de cobro por triplicado, acompañado de actas de entrega y recibo debidamente diligenciadas, en nuestras oficinas de la carrera 8ª número 15-43, oficina 309 de Bogotá'.

"*Cuarto.* De la forma de pago transcrita anteriormente se tiene: Que la suma de US$ 662.500.00, que debía pagar la Caja Agraria se estipuló su pago en fecha cierta, lo cual quiere decir que le es aplicable a este pago el artículo 248 del Decreto 444 de 1967 que dice: 'Las obligaciones en moneda extranjera derivadas de operaciones de cambio exterior deberán cumplirse en la divisa estipulada o en su equivalente en moneda legal colombiana a la tasa de cambio vigente el día de pago'.

"*Quinto.* AGROST LTDA., no fue el importador sino el operador de la importación, el importador lo fue la Caja Agraria tal como aparece en el Registro de Importación y en el Manifiesto de Aduana que se adjuntan. La función de AGROST LTDA., era únicamente la de recibir de la Caja Agraria los fondos para hacer los pagos y los giros, cosa que de haberlo hecho la Caja Agraria, forzosamente habría tenido que cancelar los gastos al cambio que liquidó la Aduana los dólares para efectuar las liquidaciones que como aparece en dichos documentos se tomaron en cuenta tasas más altas que las pagadas y reconocidas hasta el

presente por la Caja Agraria a AGROST LTDA. En dichos documentos se tomó como tasa de cambio la de $ 60.26 y $ 60.99 y la Caja Agraria ha reconocido y pagado a la tasa de $ 59.30 por US$ 1.00, existiendo una diferencia a favor de AGROST LTDA.

"*Sexto.* De los documentos que adjunto se desprende la siguiente reclamación:

"*Primer pago:*

"a) Valor US$ 662.500.00;

"b) Fecha pago carta de crédito marzo 11 de 1982;

"c) Fecha apertura convenida según contrato enero 31 de 1982;

"d) Fecha real apertura marzo 1º de 1982;

"e) Fecha en que estaba obligada a pagar la carta de crédito la Caja Agraria febrero 11 de 1982;

"f) Tiempo de mora en el pago: Treinta (30) días.

"De lo anterior se desprende que la Caja de Crédito Agrio (sic) está obligada contractualmente a pagar a AGROST LTDA., intereses sobre treinta (30) días.

"Valor interés por retraso liquidado al seis por ciento (6%) anual más veinticuatro por ciento (24%) corrección monetaria da un total de US$ 16.562.50.

"*Segundo pago Factura número 00091:*

"a) Pago de la segunda cuota según Factura número 00091 de mayo 13 de 1982;

"b) Fecha de pago según contrato mayo 11 de 1982;

"c) Valor factura a abril 23 de 1982 US$ 464.174.00 a la tasa de cambio de $ 61.94;

"d) Valor pagado por la Caja de Crédito US$ 458.747.58;

"e) La tasa de cambio a mayo 13 de 1982 era de $ 62.61 según certificación del Banco de la República;

"f) Diferencia en el valor no pagado por la Caja US$ 5.426.42.

"*Tercer pago Factura número 00097:*

"a) Fecha en que ha debido hacerse el pago, según contrato: Mayo 20 de 1982;

"b) Fecha efectiva de pago julio 27 de 1982;

"c) Valor de la factura a mayo 20 de 1982 US$ 92.270.50 a la tasa de cambio de $ 62.80;

"d) Valor pagado por la Caja US$ 66.113.95 en julio 27 de 1982 con tasa de cambio $ 59.30;

"e) Tasa de cambio vigente a julio 27 de 1982 de $ 64.52 para efectuar el pago de la Factura 00097 que da un total de

US$ 26.557 lo cual significa un mayor valor dejado de pagar que es la suma que solicito sea pagada a AGROST LTDA., y que hasta la fecha no ha sido cancelada;

"f) Diferencia en el valor no pagado por la Caja US$ 26.557.00.

"*Séptimo*. De la relación hecha en los puntos anteriores se tiene un gran total no pagado hasta la fecha y a cargo de la Caja Agraria por la suma de US$ 48.543.92.

"*Octavo*. La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero ha incumplido parcialmente el contrato número 002 de 1982 firmado en Bogotá con la sociedad AGROST LTDA., incumplimiento que ha consistido en el no pago del valor total contractualmente convenido" (fls. 48 a 51, cuaderno 2).

1.2. *El petitum*. Las peticiones de la demanda se formularon así:

"...respetuosamente solicito que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hagan las condenas y declaraciones que a continuación determino, contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, a quien señalo como principal demandado.

"Que se declare a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero como responsable del incumplimiento parcial del contrato número 002 de 1982 firmado con AGROST LTDA., y como consecuencia de esta declaración se condene a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero a:

"A) El pago de la indemnización por incumplimiento parcial del contrato número 002 de 1982 firmado con AGROST LTDA.;

"B) El pago de los perjuicios o de la totalidad de los perjuicios recibidos por el contratante cumplido (AGROST LTDA.) su pago se hará en pesos de valor constante, sobre un valor no pagado de US$ 48.545.92 según se desprende de la relación de los hechos de esta demanda;

"C) Al pago de lucro cesante por la falta de productividad de dichas sumas, no inferior al seis por ciento (6%) anual de interés o frutos del dinero según la ley, más no menos de un veinticuatro por ciento (24%) anual como corrección monetaria hasta el día en que se efectúe el pago.

"Para este efecto solicito que se ordene oficiar al Banco de Datos del DANE a fin de que certifique cuál ha sido la variación porcentual mensual, anual y acumulada del índice nacional de precios al consumidor desde febrero 11 de 1982 hasta la fecha del oficio;

"D) Sobre la suma que resulte condenada la parte incumplida, pagará intereses técnicos del 30% anual así: 6% de intereses anuales legales más un 24% anual como corrección monetaria por devaluación;

"E) Para el efecto del reconocimiento por la evolución del cambio, solicito se ordene oficiar al Banco de la República para que certifique dicha evolución desde febrero 11 de 1982 hasta la fecha del oficio" (fls. 46 y 47, cuaderno 1).

1.3. *Disposiciones violadas y concepto de la violación.* Bajo este título, el procurador judicial de la sociedad demandante, discurre así:

"Es necesario determinar que se trata de un contrato de suministro al tenor de lo previsto en el artículo 103 del Decreto 150 de 1976, porque así lo expresa el mismo contrato y porque reúne los elementos del contrato de suministro, a saber:

"1º Es un contrato administrativo; 2º Es un contrato de suministro de cosas muebles; 3º El suministro se hizo a costa y riesgo del proveedor; 4º Se pactó una remuneración en dinero y en cuanto a esta remuneración en dinero fue incumplida por el demandado, ya que hasta la fecha no ha cancelado la totalidad del valor pactado.

"En el contrato de suministro se pactó en forma clara su valor al tenor de lo previsto en el artículo 104 del Decreto 150 de 1976; y, no obstante esto la entidad demandada interpretó a su acomodo la forma de pago para abstenerse de cancelar el valor contractualmente convenido.

"En la forma de pago se han dejado de aplicar los artículos 246 y 248 del Decreto 444 de 1967 que estipulan que las obligaciones en moneda extranjera derivadas de las operaciones de cambio exterior deberán cumplirse en la divisa estipulada o en su equivalente en moneda legal colombiana a la tasa de cambio vigente el día del pago. Incumplimiento no sólo estos artículos sino los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, que hablan sobre el hecho de que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y podemos observar en los documentos adjuntos como número sexto, carta de diciembre 17 de 1981, A.L. 764 de la sociedad AGROST LTDA., en la cual se expresa que la oferta para el suministro debe pagarse *'a la tasa de cambio del día de la facturación'* y en los documentos adjuntos se observa, copia auténtica del télex de la Caja Agraria en el cual se manifiesta que la Junta Directiva ha aprobado la compra de las 5.000 toneladas de úrea de acuerdo con las condiciones de la oferta, condiciones que posteriormente fueron cambiadas en la cantidad ya que inicialmente se había ofertado 10.000 toneladas, pero no se cambiaron las condiciones de la oferta en cuanto al pago sino que estas fueron aceptadas, las condiciones de pago se cambiaron al momento de efectuarse la cancelación de las facturas, violando así los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil.

"AGROST LTDA., ha cumplido en su totalidad el contrato, no está en mora dejando de cumplir lo pactado, porque no ha dejado de cumplir ninguna de las obligaciones contractuales y en cambio la Caja de Crédito Agrario no ha cumplido por su parte con el pago total de la obligación en la forma y condiciones acordadas" (fls. 51 a 53, cuaderno 1).

El proceso fue destruido por el incendio que se produjo entre el 6 y el 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia. Sin embargo, a instancia de las partes fue posible reconstruirlo y recuperar gran parte del material probatorio, suficiente para decidir el asunto que se controvierte.

II

Posición de las partes:

2.1. Dentro de la etapa correspondiente, la sociedad demandante presentó el alegato de conclusión, visto a folio 62 del cuaderno número 1. Afirma el memorialista que en el presente caso se trata de un contrato de suministro, previsto en el artículo 104 del entonces vigente Decreto 150 de 1976, contrato cuya forma de pago interpretó a su acomodo la entidad demandada para abstenerse de cancelar el valor convenido. Sostiene que la parte demandada incumplió los artículos 246 y 248 del Decreto 444 de 1967, en cuanto las obligaciones derivadas de operaciones de cambio exterior que implican egresos o ingresos de divisas, deben cumplirse en moneda colombiana a la tasa de cambio vigente el día del pago. Agrega que la demandada incumplió, además, los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil que estipulan el hecho de que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe. Enfatiza que según el registro de importación y el manifiesto de Aduana, la Caja de Crédito Agrario fue la importadora del producto y AGROST LTDA., no fue sino el operador de la importación. Para reafirmar que se trata de un contrato de comercio exterior por el cual se produce pago en divisas, destaca el memorando de la Subgerencia Comercial de la Caja que autoriza la liquidación a la tasa del mercado de capitales vigente en la fecha en que se produzcan los pagos, y el memorando del Departamento de Asesoría Comercial y Civil de la misma entidad, el cual le reconoce al contrato número 002 de 1982 la calidad de operación de cambio exterior. Anota que en su carta A.L. 767, AGROST LTDA., reiteraba a la Caja que el negocio era de importación y no de compra local. Señala que la Carta de Crédito que obra en el expediente, corresponde a típicas formas de transacción de cambio exterior, cuyo pago se realiza conforme al valor del cambio para el día de la transacción y expresa que la Caja no sólo no se ajustó al pago en dólares acordado, sino que demoró estos pagos. Hace una relación de los valores dejados de pagar a AGROST LTDA., por la irregularidad en la interpretación y acomodo de la Caja Agraria y finaliza solicitando se decrete que los pagos deben hacerse a la tasa de cambio del día del pago por tratarse de un contrato ajustado a los artículos 246 y 248 del Decreto 444 de 1967.

2.2. El apoderado de la entidad demandada, en escrito que obra a folio 92 del cuaderno número 1, divide el alegato de fondo en dos partes. En la primera parte, propone la excepción de incompetencia de esta Corporación para conocer del negocio y en la segunda parte, formula dos excepciones: Contrato no cumplido y falta de causa.

En cuanto a la excepción de incompetencia argumenta que conforme a los dictados del Decreto-ley 150 de 1976, el contrato carece de

cláusula de caducidad por cuanto la cláusula penal que se encuentra al vuelto del convenio no tiene los alcances de aquélla. Apoyado en esta circunstancia e invocando los artículos 34 y 36 del Decreto 3130 de 1968, el excepcionante afirma que la controversia planteada es de la competencia de la justicia ordinaria y no de la contenciosa. Refuerza la tesis con el argumento de que como la actividad que desarrollan las sociedades de economía mixta, es semejante a la que cumplen los particulares, sería un contrasentido someterlas a los lineamientos y requisitos del actuar administrativo. Cita el artículo 1º del Decreto 150 de 1976 para resaltar que dicho estatuto gobernaba los contratos de la Nación y establecimientos públicos y no los de las empresas ni de las sociedades, sometidas al régimen que regula las actividades de los particulares, y concluye anotando que si el contrato 002 de 1982 se encuentra gobernado por el derecho privado, resulta obvia la incompetencia del Consejo de Estado, por falta de jurisdicción.

La segunda parte del alegato propone la excepción de contrato no cumplido y la falta de causa. En cuanto hace relación a la excepción de contrato no cumplido, el apoderado de la demandada invoca el artículo 1609 del Código Civil para significar que la firma demandante se constituyó en mora de entregar la cantidad de úrea pactada en el plazo determinado.

Respecto a la excepción de falta de causa, el excepcionante la fundamenta en el hecho de que el contrato tenía por objeto la compra de mercancías nacionales. Alega que quien vendió la úrea determinada en el contrato fue la firma actora, operación que no corresponde ni es de cambio exterior. De modo que la obligación de la Caja debía solucionarse, y así se hizo, en moneda legal colombiana, a la tasa de cambio vigente el día del contrato. Insiste en que el contrato presentado por el actor es de compraventa, pues a cambio de un precio se obligó a venderle a la Caja la úrea detallada. Para tal efecto, el apoderado de la demandada extrae apartes de la demanda y de correspondencia dirigida por AGROST LTDA., a la Caja, en las cuales reitera "el ofrecimiento de venta, de úrea". Manifiesta que la Caja no importó nada sino que compró mercancías nacionales, tal como se lee en el título del contrato: "Pedido de mercancías nacionales". Aduce que si la Caja hubiese sido la importadora de la úrea, el contrato contenido en la forma 02 de 1982 sería otro muy distinto al que allí se lee. Resalta que quizás fue intención de la demandante realizar un convenio distinto al que celebró con la Caja, pero lo cierto es que así no se hizo y que quien importó y vendió fue la sociedad AGROST LTDA. Recalca que a términos del artículo 249 del Decreto 444 de 1967 la operación no fue de cambio exterior y que si AGROST LTDA., compraba la úrea en el exterior y la entregaba a la Caja, debió prever la diferencia de cambio e incluirla en el precio de venta de esos bienes. Señala que no siendo la operación de cambio exterior, el compromiso era entregar bienes nacionalizados y para esto no importa contratar bienes que se encuentran, al momento de negociar, en el extranjero. Anota que el hecho de negociar cosas extranjeras en nada altera el contenido del contrato de compraventa, ni menos lo desnaturaliza ni convierte en otro y observa que la operación de cambio exterior sí sería la que realizó AGROST LTDA., con el productor o vendedor extranjero para hacerse al dominio de tal úrea y poder cumplir su

compromiso con la Caja. Concluye el alegato, solicitando se profiera decisión inhibitoria o, en subsidio, absolutoria para la Caja, previa prosperidad de las excepciones planteadas.

III

Vista Fiscal:

La colaboradora Fiscal Segunda de esta Corporación, solicita un pronunciamiento inhibitorio, pues comparte las argumentaciones y las razones expuestas sobre el tema por el apoderado del ente demandado. Anota que la negociación a que se refieren los hechos de la demanda, corresponde a una típica actuación comercial, habida cuenta de la naturaleza jurídica del ente demandado (sociedad de economía mixta) y el régimen que le es aplicable (Decreto 3130 de 1968). Explica que entidades como la Caja Agraria cumplen funciones comerciales dentro del marco del derecho privado y, en consecuencia y por regla general, en sus relaciones utiliza la celebración de contratos privados. Fundamenta su tesis en el artículo 34 del Decreto 3130 de 1968 y reafirma que de los hechos de la demanda se ve que la transacción que se realizó y que culminó con la adquisición de la mercancía ofrecida, fue una típica operación comercial. Expresa que el documento anexado al proceso y que la actora llama contrato administrativo, es un pedido que al sufrir los trámites de rigor podría considerarse como un contrato comercial que está muy lejos de ser un contrato administrativo, y conceptúa que por tratarse de una controversia sobre una transacción mercantil de derecho privado y no de un contrato administrativo, esta Corporación carece de competencia para decidir el fondo del asunto.

Llegado el momento de fallar, sin que se observen nulidades capaces de invalidar lo actuado, a ello se procede, previas las siguientes

Consideraciones de la Sala:

En la oportunidad procesal correspondiente, el apoderado de la entidad demandada propuso la excepción de incompetencia de jurisdicción de esta Corporación para conocer del presente negocio y, simultáneamente, formuló incidente de nulidad por la misma causa, con el argumento de que por tratarse de un contrato privado los conflictos que de él surjan son de conocimiento de la justicia ordinaria. La Sala negó ambas peticiones, pues consideró que el estudio de fondo sobre la materia debía hacerse en la sentencia.

La tesis de la falta de jurisdicción, llamada "incompetencia de jurisdicción" por el Código Contencioso Administrativo anterior, obliga a la Sala, por razones de técnica jurídica, a analizar la excepción con el fin de establecer su prosperidad, en cuyo caso carecería de interés proveer sobre el fondo de la demanda. En tal virtud, considera pertinente ocuparse, en primer lugar, de establecer la naturaleza jurídica de la entidad demandada, para entrar luego a la calificación del contrato, análisis del cual se deriva el régimen aplicable y la jurisdicción competente.

Naturaleza jurídica de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero fue creada por la Ley 57 de 1931, como una sociedad de economía mixta, cuando aún no se había hecho por la ley la distinción de las entidades descentralizadas de la Administración nacional. En vigencia la reforma administrativa de 1968, la Ley 33 de 1971, confirmó el carácter jurídico de la entidad y para afianzar la tendencia descentralista, dispuso:

> "Artículo 7º La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, *es una sociedad de economía mixta* vinculada al Ministerio de Agricultura, que se rige por las normas propias de tales instituciones, cualquiera sea la proporción en que concurra el suscriptor de las acciones a la formación de su capital" (subraya la Sala).

Por su parte, la Ley 27 de 1981 acentuó la naturaleza jurídica de la entidad al preceptuar:

> "Artículo 1º La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, creada por la Ley 57 de 1931, organizada por los Decretos números 1754 y 1998 del mismo año, *es una sociedad anónima de economía mixta del orden nacional* perteneciente al sector agropecuario y vinculada al Ministerio de Agricultura" (Subraya la Sala).

En el marco de las disposiciones anteriores, la Junta Directiva de la entidad, por Acuerdo número 110 de 1980, adoptó los estatutos que rigen su funcionamiento y señaló:

> "Artículo 1º 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 en la Ley 33 de 1971 y Decreto 130 y 133 de 1976. En tal virtud, será ejecutora de la política agropecuaria, industrial y minera de su respectivo campo de acción".

Los mismos estatutos definen el objeto del organismo, así:

> "Artículo 4º Objeto. La Caja tiene por objeto hacer operaciones de crédito para inversiones agrícolas, ganaderas, industriales y mineras; todas aquellas actividades que legalmente desarrolla una institución bancaria tanto en moneda nacional como extranjera y que sean acordes con su naturaleza jurídica, prestar toda clase de servicios fiduciarios, de acuerdo con las disposiciones legales; asumir como aseguradora los riesgos a que están expuestos los productos de la agricultura, la ganadería, la industria y la minería, los riesgos totales o parciales de sus propias operaciones, y de las personas de sus prestatarios, de las familias de éstos y de los depositantes de ahorros, ejecutar obras rurales; contribuir directa o indirectamente al conocimiento, aprovecha-

miento y conservación de las riquezas naturales; prestar asistencia técnica, agropecuaria, industrial y minera, e importar, exportar, comprar, recibir en consignación, producir, beneficiar, elaborar, transformar, almacenar y distribuir bienes de capital, materias primas, artículos, elementos e insumos destinados a las actividades agropecuarias, industriales y mineras".

En lo que hace referencia al régimen jurídico de sus actos y contratos, los estatutos disponen:

"Artículo 46. Salvo las excepciones legales, los actos y operaciones que la Caja realice para el desarrollo de sus actividades están sujetos a las reglas del derecho privado, y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia.

"Artículo 47. Los contratos que celebre la Caja para el desarrollo de sus actividades se regirán por las normas del derecho privado. Sin embargo, en ellos podrán pactarse el derecho de declarar administrativamente la caducidad y, cuando a ello hubiere lugar, deberán incluir las prescripciones pertinentes sobre la renuncia o reclamación diplomática por parte del contratista extranjero.

"Los contratos de obras públicas y empréstitos que celebre la Caja se sujetarán a las formalidades y requisitos que para esta clase de convenios señalan las disposiciones vigentes especiales, debiendo someterse los primeros a la revisión del Consejo de Estado cuando su cuantía fuere superior a doscientos millones de pesos ($ 200.000.000.00)".

Del contexto de las disposiciones precedentes, se puede predicar que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, es una sociedad anónima de economía mixta que participa de la naturaleza jurídica de las definidas por la reforma administrativa de 1968 como entidad descentralizada del orden nacional, con patrimonio propio, autonomía presupuestal y personería jurídica. Es, además, un organismo de crédito y de provisión para el sector agropecuario, con definido carácter comercial y marcada presencia bancaria, que efectúa operaciones de naturaleza mercantil análogas a las que desarrollan los particulares, conforme a las reglas del derecho privado.

Calificación del contrato 002 de 1982.

Según los estatutos, la Caja tiene por objeto: "Importar, exportar, *comprar*, recibir en consignación, producir, beneficiar, elaborar, transformar, almacenar y distribuir bienes de capital, materias primas, artículos, elementos e *insumos destinados a las actividades agropecuarias, industriales y mineras*" (rayas de la Sala).

A folios 20 del cuaderno 1 obra en fotocopia autenticada el Pedido de Mercancías Nacionales, de fecha 12 de enero de 1982, distinguido bajo el número 002 de 1982, formulado a AGROST LTDA., por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por US$ 1.325.0000. En el documento se estipula el elemento objeto del pedido (úrea), la cantidad (5.000 T.M.) y el precio (US$ 625.000.00). Se consigna, tam-

bién, la forma de pago, fecha y lugar de entrega, vigencia y otras condiciones relacionadas con la legalización del producto, garantía de cumplimiento, análisis e inspección técnica de la úrea.

Como se observa, en desarrollo del objeto asignado por la ley y por los estatutos, la Caja realizó una operación mercantil propia de las que acostumbran las sociedades particulares y, en consecuencia, el contrato que la formalizó no estaba sujeto a los requisitos que la ley exige para los de la Nación (art. 161, Decreto 150 de 1976).

A la Sala no le asiste la menor duda que el Pedido de Mercancías Nacionales número 002 de 1982, llámese contrato de suministro o de compraventa, reúne los elementos que lo identifican con un contrato de naturaleza privada, porque carece de las características que tipifican el contrato administrativo.

Al respecto, dijo la Sala de Consulta de esta Corporación:

> "En relación con los contratos de suministro y compraventa que celebren las sociedades de economía mixta, es obvio que se rigen por las normas de derecho privado, en condiciones similares a los contratos entre particulares y no están sujetos a las formalidades que la ley exige para los del Gobierno" (*Anales* 1984, números 483-484, T. CVII, pág. 41).

Régimen aplicable.

En materia contractual es muy claro el tratamiento que la ley le dispensa a las sociedades de economía mixta. Las disposiciones generales contenidas en la reforma administrativa de 1968, coinciden con el tratamiento especial previsto para ellas en el Decreto 410 de 1971, por el cual se expidió el Código de Comercio y con las normas consagradas en el Estatuto Contractual de 1976.

Por regla general, los contratos que celebren las sociedades de economía mixta en ejercicio de su actividad comercial, se someten a las normas del derecho común, fundamentalmente a las del Código de Comercio y su conocimiento compete a la justicia ordinaria. Sólo por excepción, en los casos especiales previstos por la ley, se les aplica el Estatuto Contractual y su conocimiento corresponde a la justicia contenciosa.

La reforma administrativa de 1968 tuvo el acierto de sistematizar los numerosos y variados organismos descentralizados del orden nacional existentes, precisó su categoría administrativa e hizo la distinción entre establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, para sujetarlos a tratamientos específicos de acuerdo con la naturaleza de sus actividades.

Dentro de las orientaciones anteriores, el Decreto 1050 de 1968, consagró la siguiente definición:

> "Artículo 8º De las sociedades de economía mixta. Son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o auto-

rizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecro privado, salvo las excepciones que consagra la ley".

De acuerdo con la definición que antecede, el Decreto 3130 de 1968, "por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional", preceptuó:

"Artículo 34. De los contratos de las empresas y de las sociedades. Los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta para el desarrollo de sus actividades no están sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades que la ley exige para los del Gobierno. Las cláusulas que en ellos se incluyen serán las usuales para los contratos entre particulares, pero las primeras, en los términos del artículo 254 del Código Contencioso Administrativo, podrán pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad y deberán incluir, cuando fuere del caso, las prescripciones pertinentes sobre reclamaciones diplomáticas.

Concordante con lo preceptuado, el mismo ordenamiento jurídico, dispuso:

"Artículo 36. De las controversias relativas a contratos. De acuerdo con lo ordenado en el Decreto 528 de 1964 y demás normas pertinentes, de las controversias relativas a contratos administrativos de los establecimientos públicos, y a contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad conocerá la justicia administrativa, y la ordinaria de las originadas en los demás contratos y en los de las sociedades de economía mixta".

Del contexto anterior, no es difícil entender que la ley remita las sociedades de economía mixta a las disposiciones de derecho privado que rigen para las empresas industriales y comerciales del Estado, como quiera que unas y otras ejercen actividades industriales o comerciales propias de los particulares en desarrollo de su objeto social. En ese orden de ideas, las normas generales que regulan los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado son aplicables a las sociedades de economía mixta, es decir, que se rigen por las disposiciones del derecho común y están sometidos a la justicia ordinaria. —

A su vez, el Código de Comercio expedido en 1971, reitera el criterio jurídico vertido en la reforma administrativa de 1968 y prescribe lo siguiente:

"Artículo 461. Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado.

"Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario".

Luego precisa:

"Artículo 464. Cuando los aportes estatales sean del noventa por ciento (90%) o más del capital social, las sociedades de economía mixta se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado. En estos casos un mismo órgano o autoridad podrá cumplir las funciones de asamblea de accionistas o junta de socios y de junta directiva".

Se advierte aquí una tendencia uniforme en el tratamiento de las sociedades de economía mixta, al remitirlas al régimen de derecho común y a la justicia ordinaria, a los cuales están sujetas las empresas industriales y comerciales del Estado, como regla general.

Por su parte, el Decreto 150 de 1976 "por el cual se dictan normas para la celebración de los contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas", fue aún más enfático en el tratamiento de las sociedades de economía mixta. Bajo el título "Campo de Aplicación", el Estatuto Contractual estableció:

"Artículo 1º De las entidades a las cuales se aplica el presente decreto. Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos) y los establecimientos públicos) se someten a las reglas contenidas en el presente Estatuto.

"A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta en las que la Nación posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades".

En consonancia con la disposición transcrita, el artículo 164 del mismo Estatuto, ordenó:

"De los contratos de las sociedades en que la Nación posea más del noventa por ciento del capital social. Los contratos de las sociedades de economía mixta en las que la Nación posea más del noventa por ciento de su capital social se someten a las reglas previstas en el presente Decreto, para los contratos de las empresas industriales o comerciales del Estado".

Cuáles reglas? La regla consignada en el artículo 161 del Estatuto, según la cual los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado no están sujetos a las formalidades o requisitos que la ley exige para los de la Nación. Y las reglas de aplicación restringida, esto es, que los contratos en los cuales se pacte la cláusula de caducidad y los relacionados con obras públicas (art. 162) y empréstitos (art. 163), se someten al tratamiento que la ley exige para los de la Nación.

El criterio anterior, coincide con el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, con ponencia del doctor Humberto Mora Osejo, el 6 de julio de 1981. El concepto, en su parte pertinente, se pronuncia así:

"Según el artículo 164 del Decreto-ley 150 de 1976, 'los contratos de las sociedades de economía mixta en las que la Nación posea más del noventa por ciento de su capital social se someten a las mismas reglas previstas en el presente Decreto para los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado'. De acuerdo con el artículo 161 del mencionado estatuto, en principio, los contratos que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado 'no están sujetos a las formalidades o requisitos que la ley exige para los de la Nación y sus cláusulas serán las usuales para los contratos entre particulares. Sin embargo en los términos del presente Decreto, podrán pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad y, cuando a ello hubiere lugar, deberán incluir las prescripciones pertinentes sobre la renuncia a reclamación diplomática por parte del contratista extranjero'.

"Pero, conforme al artículo 162 *ibídem*, 'los contratos de obras públicas que celebren las empresas industriales o comerciales del Estado se someterán a las formalidades y requisitos que para esa clase de convenios señala el presente decreto. Sin embargo, no requerirán concepto del Consejo de Ministros, y su revisión por el Consejo de Estado sólo se hará cuando la cuantía de los mismos fuere superior a doscientos millones de pesos ($ 200.000.000); además, como prescribe el artículo 163, 'los contratos de empréstito que celebren las empresas industriales o comerciales del Estado se sujetarán al mismo trámite que la ley exige para los de la Nación'.

"De manera que, según los transcritos preceptos del Decreto-ley 150 de 1976, los contratos de las empresas industriales o comerciales del Estado, en principio, se rigen por las normas del Derecho Privado, con las salvedades que el mismo estatuto prescribe, tanto en cuanto les permite estipular las cláusulas de caducidad, como en cuanto les prescribe la obligación, si fuere pertinente, de estipular cláusulas de renuncia a reclamación diplomática y de observar sus preceptos en los contratos de obras públicas y de empréstito en los cuales según el artículo 167 *ibídem*, deben pactarse 'las mismas cláusulas que la ley exige para los de la Nación'.

"Este mismo régimen es aplicable a las sociedades de economía mixta 'o en las que la Nación posea más del noventa por ciento de su capital social'. Por tanto estas sociedades pueden estipular las cláusulas de caducidad, deben incluir, si fueren pertinentes, las de renuncia a reclamación diplomática y observar las disposiciones del Decreto-ley 150 de 1976 en los contratos de obras públicas y de empréstitos. Los demás contratos que celebren se rigen por el Derecho Privado, en ellos incluidos los que pacten con otras entidades públicas (art. 179 del Decreto-ley 150 de 1976), entendiéndose por tales 'la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, los Municipios, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social' (art. 179 del Decreto-ley 150 de 1976).

"En los términos que anteceden debe interpretarse, para todos los efectos legales, el artículo 1º, inciso 2º del Decreto-ley 150 de 1976" (*Anales del Consejo*, Segundo Semestre 1981, números 471-472, págs. 25-26).

De los planteamientos anteriores se deduce que, en el caso *sub lite*, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en su calidad de sociedad de economía mixta del orden nacional, celebró un contrato de naturaleza no administrativa con el actor y, por tanto, no acusable ante la jurisdicción contenciosa.

La cláusula penal.

Podría objetarse, como lo hace el apoderado del demandante, que el contrato es de orden administrativo, en razón de la cláusula penal que aparece al dorso del borrador del pedido, cláusula que se asimilaría a la de caducidad contemplada en el artículo 48 del Estatuto Contractual anterior. La cláusula del pedido que obra a folio 15 vuelto del cuaderno número 1, es del siguiente tenor:

"*Cláusula penal.* En caso de incumplimiento parcial, o total de lo estipulado en este pedido por parte de los proveedores adjudicatarios, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero entrará a cobrar el valor de la garantía de incumplimiento, previa declaración del incumplimiento por parte del Comité de Provisión Agrícola, todo esto sin perjuicio de las acciones legales a que se haya lugar. Los proveedores adjudicatarios declaran expresamente que aceptan desde ahora la determinación que al respecto tome la Caja, determinación que no requiere fórmula especial alguna y sólo podrán aducir la inexistencia del incumplimiento con hechos debidamente comprobados".

Aunque la cláusula penal no fue objeto de aplicación por parte de la entidad demandada, la Sala destaca que su contenido no tiene connotación de exorbitante, por las siguientes razones:

1. La cláusula penal es de uso corriente en los contratos entre particulares y su inserción en éstos no los sustrae del marco del derecho común (art. 1592, C. C. y art. 949, C. de Co.).

2. La cláusula de caducidad se ha entendido como una prerrogativa de la Administración que le permite dar por terminado un contrato por causales preestablecidas, al paso que la cláusula penal no faculta a las partes para dar por terminado unilateralmente el contrato.

3. La cláusula de caducidad sólo era de forzosa estipulación en los contratos de compraventa de bienes muebles, de empréstito o de arrendamiento (art. 48, Decreto 150 de 1976); y

4. El estatuto contractual vigente para la época en que se celebró el convenio, enumeraba taxativamente las causales que hacían operante la cláusula de caducidad en los contratos en que su estipulación era forzosa: a) Muerte del contratista; b) Disolución de la sociedad contratista; c) Incapacidad financiera del contratista, y d) Incumplimiento del contratista.

Dentro de este marco de referencia, la cláusula penal antes transcrita, carece de los elementos que para la tipificación de la cláusula de caducidad exigía el Estatuto Contractual de la época y, por consiguiente, no tiene el alcance que el actor le atribuye.

Establecida la naturaleza jurídica de la entidad demandada y la naturaleza privada del contrato celebrado entre el actor y la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, es apenas natural concluir que al conflicto *sub júdice* se le deben aplicar las normas del derecho común. Y como conforme a las reglas de competencia sobre la materia, su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria, prosperará la excepción de falta de jurisdicción propuesta por el apoderado de la demandada y, por tanto, se impone una decisión inhibitoria.

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

Falla:

Declárase inhibido para decidir en el fondo por carencia de jurisdicción.

Costas a cargo del actor. Tásense por la Secretaría.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia que el proyecto anterior fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de fecha 13 de octubre 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.

PROCESO LICITATORIO.— Irregularidad. ADJUDICACION. Nulidad.

En el evento del licitante vencido que pide la nulidad de la adjudicación por haberse cumplido el proceso licitatorio irregularmente no puede pretenderse que como secuela de esa nulidad se le adjudique el contrato o se le indemnice porque tenía derecho a esa adjudicación. La indemnización posible, en principio, no puede consistir sino en los perjuicios que ese procedimiento irregular le irrogó al demandante, que en el fondo podrían no ser otros que los gastos que debió efectuar para participar en la licitación fallida o irregular.

PROCESO LICITATORIO. ADJUDICACION. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Celebración de contratos.

El artículo 158 del Decreto 150 de 1976, nada dijo de que los contratos de los organisos descentralizados se adjudicarán y celebrarán previo el concepto de un Comité o Junta de licitaciones o adjudicaciones.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expedientes acumulados números 3528, 3529 y 3544. Actores: Francisco Eladio Gómez. Agente oficioso del doctor César Gómez Mejía y otros.

Procede la Sala a decidir el proceso de la referencia. Dada la acumulación decretada mediante auto de noviembre 14 de 1983 (procesos 3528 y 3529, a folio 149 del expediente) y 26 de mayo de 1985 (a folio 157 del mismo cuaderno, proceso 3544 a los anteriores), la sentencia los comprenderá a todos.

En el primero (3528), el doctor Francisco Eladio Gómez G. en su carácter de agente oficioso del doctor César Gómez Mejía, demanda la nulidad tanto de la Resolución número 03749 de 1981, por medio de la cual el director general de INRAVISION adjudicó la licitación pública número 10 de 1981, como la del acto administrativo de delegación de la junta directiva de ese Instituto a su director general para hacer dicha adjudicación. Como restablecimiento pide que se proceda

a hacer una nueva adjudicación. Luego corrige la demanda y solicita la indemnización de perjuicios derivada de la expedición de dichos actos.

En el segundo proceso (3529) UNIEXP (Universal Importadora Exportadora Ltda.) demanda la nulidad de la misma Resolución 03749 de septiembre 29 de 1981, más la de otros actos contenidos en las actas números 15 de 25 de junio, 19 de agosto 17 y 31 de 22 de septiembre de ese mismo año, la Resolución número 03063 de 14 de julio, el pliego de condiciones para la licitación número 10 y el concepto previo emitido por la Junta de Licitaciones de INRAVISION que precedió a la adjudicación.

Como consecuencia de esas nulidades solicita, a título de restablecimiento, que se le adjudique el contrato correspondiente y se le paguen los perjuicios de toda índole causados hasta la fecha en que se le restablezca el derecho.

En subsidio, para el caso de que no se pueda hacer la adjudicación, se le indemnicen los perjuicios, actualizados, por no habérsele favorecido con ella.

En el tercer proceso (3544) el señor Carlos Martínez Vargas demanda la nulidad de la citada Resolución 03749 de 1981, de la decisión contenida en el acta número 23 de septiembre 22 de 1981, en la que se emitió concepto favorable con respecto a la propuesta hecha por el aludido señor; y como consecuencia, que se condene a INRAVISION al pago de los perjuicios causados por el rechazo de su oferta.

Los fundamentos de hecho y la *causa petendi* en las distintas demandas pueden resumirse así:

Proceso 3528.

1. Que por medio de la Resolución número 03749 de 1981 el Director de INRAVISION adjudicó la licitación número 10 de ese año.

2. Que para efectuar esa adjudicación el Director fue autorizado por la Junta Directiva en la sesión de 28 de septiembre (acta número 25).

3. Que la resolución indicada en primer término adjudicó los espacios y programas a las personas indicadas a folios 5 y siguientes del cuaderno número 1.

4. Que participó en esa licitación el doctor César Gómez Mejía, quien era contratista de INRAVISION con los programas "Crónicas Ecológicas" y "Crónicas de Viaje", sin que se le hiciera adjudicación alguna.

5. Que la adjudicación se hizo irregularmente; siendo la más relevante de las anomalías la de haberse autorizado y efectuado sin previo concepto de la Junta de Licitaciones o Adquisiciones del Instituto.

6. Que por tales circunstancias el doctor César Gómez M. resultó seriamente lesionado en sus derechos.

La fundamentación jurídica de esta demanda gira en torno a la violación de los artículos 26 y 159 del Decreto 150 de 1976, por cuanto la adjudicación se hizo sin el previo concepto de la Junta de Licitaciones o Adquisiciones de INRAVISION.

Se estimó la cuantía de la pretensión indemnizatoria en suma superior al millón de pesos ($ 1.000.000.00), pero en el libelo no se concretó en qué consistieron los perjuicios.

Proceso 3529.

1. Que por Resolución 03063 de 14 de julio de 1981 se abrió la licitación pública número 10 para el arrendamiento de los espacios de televisión en el período 1º de enero de 1981 a 31 de diciembre de 1983.

2. Que mediante Resolución número 03749 de septiembre 29 de 1981, dictada por el Director de INRAVISION, se hizo la adjudicación.

3. Que la adjudicación se hizo en forma irregular y sus vicios aparecen detallados en los numerales 4 y 5 de la demanda (a fls. 5 vto. y ss.).

4. Que dentro de los 20 días anteriores a la apertura de la licitación no se hicieron las publicaciones ordenadas en la ley y los avisos que se publicaron tardíamente no contienen los elementos de la licitación pública número 10.

5. Que el acta de cierre de la licitación no está firmada por el Presidente de la Junta de Licitaciones, funcionario que tampoco rubrica las ofertas.

6. Que el acta de cierre y sello de la urna no fue suscrito por los miembros de la mencionada Junta.

7. Que quienes intervinieron en el cierre y sello de la urna y apertura no tenían competencia para ello.

8. Que algunas de las ofertas no estaban ajustadas a los pliegos por haber sido presentadas con anterioridad a los adendos.

9. Que las ofertas presentadas después de estos adendos tuvieron un plazo de licitación menor a los 10 días.

10. Que en las sesiones de los días 7, 22, 24 y 28 de septiembre de 1981, se hizo el análisis de las ofertas, no previo el concepto de la Junta de Licitaciones, y siguiendo un procedimiento *ad hoc* autorizado por la Junta Directiva de INRAVISION en su sesión de 7 de septiembre.

11. Que la adjudicación se hizo con desconocimiento del ordenamiento legal y de los mismos reglamentos dictados por INRAVISION.

12. Que ninguno de los adjudicatarios de la licitación número 10 se encontraba inscrito, clasificado y calificado en el registro de proponentes de la entidad.

13. Que la Junta Directiva no dio la autorización legal necesaria para la suscripción de los contratos adjudicados en dicha licitación, no obstante que su ejecución se inició desde el pasado 1º de enero de 1982; vale decir, sin estar debidamente perfeccionados.

14. Que la Resolución 03749 de 1981 desatendió todos los reglamentos del Instituto, los pliegos de condiciones y los acuerdos de la Junta Directiva aplicables a la mencionada licitación; no se hicieron los estudios previos ni el análisis de las diferentes ofertas, primando ante todo el criterio clientelista.

15. Que UNIEXP LTDA. resultó seriamente lesionada al ser eliminada su oferta sin siquiera ser considerada.

16. Que UNIEXP presentó la oferta número 69 el 4 de septiembre de 1981 a las 9 a.m., en una caja de cartón envuelta en papel manila.

17. Que la oferta de la aludida sociedad al parecer fue desechada por considerar que no había dado cumplimiento al artículo 24 de la Resolución 08660 de 1981 de la Junta Directiva de la Contraloría General de la República; decisión que no le fue comunicada en legal forma, a pesar de que así se ponía fin a la actuación administrativa.

18. Que lo así definido viola la Constitución y la ley, por expedición irregular, con abuso y desvío de poder, tal como se analiza en el hecho 25 (a fls. 9 vto. y ss.).

19. Que la propuesta de UNIEXP la hacía acreedora a la adjudicación, dada la seriedad y experiencia de la misma.

20. Que los perjuicios irrogados a la demandante ascienden a una cifra no inferior a 400 millones de pesos.

A folio 12 se enuncian las normas violadas y de allí en adelante hasta el folio 20 se explica el concepto de la violación.

Proceso 3544.

Su demanda, presentada el 11 de febrero de 1982 por el señor Carlos Martínez V., narra hechos similares, comunes a los que se dejan sintetizados. En concreto y en relación con este demandante se presentaron estos hechos:

1. Que el 4 de septiembre de 1981, a las 8:30 a.m. presentó su oferta, la que fue radicada con el número 44, en dos sobres de manila unidos, y dentro del término señalado en la licitación.

2. Que adjuntó la garantía de seriedad de la oferta, con sujeción a los pliegos de condiciones.

3. Que en la diligencia de apertura de ofertas, celebrada el 4 de septiembre de 1981, se indicó que la radicada con el número 44 no reunía las exigencias exigidas en los pliegos, concretamente en cuanto a los documentos de la propuesta, en los que se echaba de menos la constancia del pago de la póliza del seguro.

4. Que el señor Martínez objetó esa decisión en escrito dirigido a la Junta Directiva con la insistencia que se estudiara la propuesta; acompañó constancia de la Aseguradora Colseguros S. A. del pago de la prima correspondiente a la póliza número 100517.

5. Que el pliego de condiciones no contemplaba la exigencia de esa prueba.

6. Que la Secretaría de INRAVISION, en memo de 21 de septiembre de 1981, relaciona entre los licitantes que no se podían tener en cuenta al señor Carlos Martínez V., porque "no anexa (sic) cláusula de la póliza matriz".

7. Que INRAVISION entregó el adendo número 2 de 31 de agosto de ese año luego de la presentación de las propuestas de Yolanda Villabona G., Globo Televisión Ltda., Gonzalo Castillejo R., Joaquín Vallejo B. y Punch S. A.

8. Que el adendo que da conocimiento del Acuerdo 18 de agosto 17 de 1981 no fue entregado al señor Martínez ni a UNIEXP.

9. Que los hechos 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17 narran irregularidades cometidas por INRAVISION en torno a terceras personas no involucradas en esta controversia.

10. Que el Director de INRAVISION, en comunicado de 29 de septiembre de 1981, informa que de las 112 ofertas recibidas sólo se estudiaron 104, por no reunir las restantes los requisitos legales; y que en dicha lista no figura como rechazada la del señor Carlos Martínez.

11. Que la no consideración de su oferta le produjo ingentes perjuicios de orden material, tal como aparecen discriminados en el hecho 19.

De folios 325 a 335 se hace el análisis de las normas violadas y se expone el concepto de la violación en torno a los siguientes artículos: 14, 22 y 25 del Decreto 150 de 1976; 84 del Acuerdo 12 de 1981 de la Junta Directiva de INRAVISION; todo por el desconocimiento del principio de igualdad de los partícipes en la licitación.

Para resolver, se considera:

Para la señora Fiscal las demandas acumuladas no están llamadas a prosperar. Así en su vista de julio 25 de 1988 que obra a folios 386 y siguientes, conceptúa que se deben denegar las diferentes súplicas por no haberse demostrado las causales de nulidad alegadas.

De ese razonado estudio se destaca:

"Analizado el expediente esta Fiscalía encuentra demostrados los siguientes hechos que se cumplieron dentro del trámite del proceso licitatorio:

"1. Que la Junta Directiva del Instituto Nacional de Radio y Televisión INRAVISION, autorizó al Director del Instituto para abrir la licitación pública para el arrendamiento de espacios de televisión (fl. 29, cuaderno 1, expediente 3529).

"2. Que con fundamento en la anterior autorización el Director de la entidad profirió la Resolución número 03063 de 14 de julio de 1981 mediante la cual se abrió la licitación pública fijando como fecha de apertura el 21 de julio de 1981 a las 10 a.m. (fls. 30 y ss., expediente 3529).

"3. Que el contenido de la Resolución fue dado a conocer al público a través de la publicación de avisos en cuatro de los principales periódicos de la capital de la República y en los cuales se consignó con exactitud la totalidad de los datos necesarios para concurrir a la invitación a participar en la licitación (fls. 380 y ss., cuaderno 1, expediente 3544).

"4. Que dos días después de abrirse la licitación, es decir el 23 de julio de 1981 INRAVISION elaboró unos adendos (condiciones adicionales) al pliego de condiciones para lo cual dio aviso al público a través de nuevos avisos publicados en cuatro diarios capitalinos como lo demuestran las copias debidamente autenticadas que obran a los folios 381 y siguientes, cuaderno 1, expediente 3544.

"5. Que la licitación en mención se cerró el día previsto para ello o sea el 4 de septiembre de 1981 lo cual se hizo en las oficinas de la Secretaría General del Instituto a las 10 a.m., en reunión a la cual asistieron entre otros el Director General de INRAVISION, el Auditor de la Contraloría, el Jefe de la Oficina de Planeación y Desarrollo Técnico y el Delegado para la Contratación Administrativa. Para tal efecto se sacaron las ofertas de la urna y se procedió a su rubricación y lectura, todo lo cual quedó consignado en el acta de cierre, encontrándose en ella las ofertas presentadas por los demandantes en estos procesos (fls. 334 y ss., cuaderno 1 *bis*, expediente 3529).

"6. Que durante la misma reunión de cierre de licitación, una vez terminada la lectura de las propuestas, el Director manifestó a los participantes que quienes desearan dejar constancias lo podían hacer, en consecuencia el proponente Carlos Martínez, demandante en este proceso, dejó una constancia que fue leída por el Director la cual se anexó, luego manifestó su deseo de adjuntar un télex, pero le fue rechazado por el Auditor de la Contraloría por ser un documento probatorio presentado con posterioridad a la oferta, según consta en el acta de cierre al folio 947, cuaderno 1, expediente 3529.

"7. Que durante el acto de cierre de la licitación al revisar la propuesta presentada por el señor Carlos Martínez se encontró que faltaba la constancia de pago de la póliza según consta en la relación de la propuesta visible al folio 378, cuaderno 1, expediente 3529 *bis*.

"8. Que posteriormente el día 22 de septiembre de 1981 se inició el estudio de las propuestas y para ello se conformaron dos grupos, el jurídico y el de sistematización. Se dio lectura a un memorando enviado por la Secretaría General en el cual se relacionaron los licitantes que de acuerdo con el estudio de documentos de la licitación no podían ser tenidos en cuenta para la adjudicación por no cumplir con alguno de los requisitos exigidos; entre estos licitantes se encontraron Carlos Martínez y Universal Importadora Exportadora UNIEXP LTDA, demandantes en este proceso. El primero de ellos, se dice que no anexa el clausulado de la póliza matriz (art. 29, Resolución 8660 Con-

traloría General de la República); y el segundo que no presenta las tasas para póliza de cumplimiento (art. 24, Resolución 8660 *ibídem*). El señor Ministro de Comunicaciones allí presente, hizo leer las normas citadas y previa deliberación con la Junta Directiva, decidió que evidentemente su no cumplimiento era motivo de eliminación, según lo demuestra la copia del acta número 23 que reposa al folio 2 del cuaderno 1 *bis*, expediente 3544.

"9. Que el Director General de INRAVISION profirió la Resolución 03749 de septiembre 29 de 1981 mediante la cual finalmente adjudicó la licitación número 10 de 1981 dejando constancia que una vez analizada la programación, la Junta Directiva teniendo en cuenta el cumplimiento por parte de las programadoras de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, la calidad de los programas y la equitativa distribución de espacios, en sesión de 28 de septiembre autorizó al Director para realizar la adjudicación en la forma consignada en la parte resolutiva de la providencia, según lo prueba la copia del acta de adjudicación visible a los folios 14 y siguientes, cuaderno 1, expediente 3528.

"Analizados los hechos que fueron demostrados en el trámite de los procesos que se estudian, se concluye que el proceso de licitación adelantado por INRAVISION para la adjudicación de los espacios de televisión, se cumplió dentro del marco legal señalado en especial por el artículo 22 del Decreto 150 de 1976, vigente a la época de la convocatoria de la licitación.

"Estudiadas una a una las diferentes etapas del proceso, se pudo comprobar que cada una de ellas se ajustó en un todo a los requisitos legales y al pliego de condiciones.

"Es así como en el expediente 3528 se dice que INRAVISION al efectuar la adjudicación lo hizo con ostensible violación de los artículos 26 y 159 del Decreto 150 de 1976 por cuanto la adjudicación se realizó sin el previo concepto de la Junta de Licitaciones o Adquisiciones del organismo.

"En este punto se precisa observar que todas las etapas del procedimiento estuvieron precedidas de la autorización de la Junta Directiva de la entidad, que para este caso cumplió con las funciones de vigilancia y control de la adjudicación; veamos como la Junta autorizó la apertura de la licitación, estuvo presente en el cierre de la licitación, en el acto de estudio de las propuestas y finalmente dio su concepto para la adjudicación. El requisito que exige la ley, sí se cumplió y la decisión, como quedó analizado, no la tomó el Director de manera arbitraria y autoritaria.

"En cuanto a las irregularidades afirmadas por el representante del actor en el expediente número 3544, la principal de ellas se refiere al haberse descalificado su propuesta por falta de recibo de pago de la póliza de seguro de garantía de seriedad de la oferta. En efecto como ya se vio, la oferta del señor Carlos Martínez fue eliminada al revisarse los documentos y encontrarse que no se había anexado el recibo en mención; esto fue consignado en un memorando que se leyó en la sesión de cierre de licitaciones y

por decisión del señor Ministro y los demás miembros de la Junta Directiva se excluyó la propuesta por no cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 29 y ordinal 5º del artículo 1º de la Resolución 08660 de 1981 que hace parte del pliego de condiciones en su anexo sexto (fls. 139 y ss., cuaderno 1 *bis*, expediente 3544), que establecen la obligación de reproducir en el texto de la póliza todas sus cláusulas y la obligación del contratista de pagar el valor de la prima correspondiente.

"Si bien es cierto que el contrato de seguro se perfecciona con la expedición de la póliza debidamente suscrita por el asegurador, también lo es que el pago de la prima es una obligación consagrada para el asegurado en el artículo 1066 del Código de Comercio y que debe cumplirse dentro de los 10 días siguientes a la fecha de la entrega de la póliza o si fuere el caso, de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella; el artículo 1068 *ibídem* dispone también que la mora en el pago de la prima acarrea la terminación del contrato a partir de la fecha del envío de la respectiva comunicación; de tal manera que con sobrada razón debe exigirse el comprobante de pago de la prima. Es lógico que al exigirse la garantía debía presentarse no solamente la póliza sino el recibo de cancelación de la prima como prueba del cumplimiento del asegurado, tanto es así que en la hoja impresa de recepción de documentos en los cuales se anotaron los esenciales en la apertura de las urnas, aparece el espacio destinado a la constancia de la presentación del recibo de pago y esta exigencia fue aplicada a todos los concursantes. Los esfuerzos hechos por el señor Martínez para cumplir con el requisito, como fueron la solicitud de envío de un télex de la compañía aseguradora que pretendió entregar en la sesión de estudio de las propuestas y que fue rechazado por el Auditor de la Contraloría y la constancia que se dejó, resultaron infructuosos, pero su no aceptación no resulta violatoria del procedimiento licitatorio porque realmente se presentó la omisión de un requisito necesario dentro de la oferta, atendido por todos los oferentes y cumplido a la vez por todos con exclusión del señor Martínez.

"Señala además el demandante que el proceso estuvo viciado por cuanto después de entregarse los pliegos de condiciones fueron expedidos dos adendos modificatorios y que no le fueron entregados en su oportunidad, contrariando lo ordenado en el artículo 22 del Decreto 150 de 1976.

"Es cierto que INRAVISION produjo dos adiciones al pliego de condiciones, uno con relación al Acuerdo número 18 de 1981 y el segundo, con fecha 31 de agosto de 1981, relacionado con la garantía de cumplimiento. Ese cargo podría ser válido para los casos en los cuales se hiciere modificación substancia al pliego, que hiciere imposible el cumplimiento o la participación de los licitantes. En el caso presente al comparar los adendos con las disposiciones iniciales, resulta que las adiciones no contienen modificaciones que impliquen nuevas obligaciones para los oferentes o modificaciones que hagan más gravosa y difícil la presentación de la oferta; en efecto el primero de los adendos es

decir el de fecha 17 de agosto de 1981, modifica el artículo 4º de la página 17 del pliego que disponía que del total de horas de programación un 65% de la oferta correspondería a programas nacionales, la modificación introducida es la de no tener en cuenta este porcentaje para la programación de sábados y domingos o sea que la decisión beneficiaría a los proponentes y en caso de que alguno ya hubiera elaborado su oferta con base en la exigencia inicial, la modificación no invalidaba su propuesta.

"En cuanto al segundo adendo se observa al folio 210 del cuaderno 1, expediente 3528, copia del Acta número 21 de 31 de agosto de 1981 correspondiente a sesión ordinaria de la Junta Directiva del Instituto, en la cual se dio lectura al informe enviado por el señor Superintendente Bancario mediante el cual se comunica la no aprobación por parte de la Superintendencia a las cláusulas especiales de la garantía de cumplimiento incluidas en el pliego de condiciones número 10 de 1981 que por lo tanto debería comunicarse a los interesados mediante adendo.

"En este caso la modificación se hizo no por voluntad del Instituto sino de la Superintendencia Bancaria, entidad encargada del control de las garantías, pero además el contenido de la modificación beneficiaba a los oferentes toda vez que eliminaba varias obligaciones impuestas en los pliegos como fue la presentación de una póliza de manejo.

"Finalmente se observa que los adendos en mención fueron ampliamente divulgados a través de avisos publicados en varios periódicos de gran circulación, por lo tanto, teniendo en cuenta el contenido de las modificaciones y la publicidad que se les dio, puede afirmarse que la administración no contrarió los principios que rigen la contratación administrativa de igualdad de los licitantes y sujeción a las normas en los pliegos de condiciones.

"Los demás cargos señalados en este expediente se encuentran sin respaldo probatorio o no tienen la suficiente relevancia para constituir causal de violación del proceso licitatorio que obligue a declarar su nulidad.

"Con relación a los cargos señalados en el expediente 3529 UNIEXP LTDA, se observa lo siguiente:

"El licitante fue eliminado del concurso por considerarse que no cumplió con el requisito exigido en el artículo 24 de la Resolución número 08660 de 1981 de la Contraloría General de la República que obliga al licitante a presentar junto con la garantía de seriedad, las tasas de las demás garantías que fueran aplicables en caso de salir favorecido. Las tasas propuestas debían contar con la aprobación escrita de la Superintendencia Bancaria y ser anexadas a las garantías de seriedad de oferta para conocimiento de la entidad contratante. Se dice además que en caso de no cumplirse con lo previsto, la entidad contratante rechazará la propuesta.

"No se encuentra prueba en el expediente de lo afirmado por el representante del actor en el sentido de calificar de falsa

la objeción por falta del cumplimiento de este requisito, pues no se demostró que la firma licitante hubiera aportado las tasas de las garantías, que es requisito consignado en la Resolución que hace parte del pliego de condiciones y por lo tanto su contenido era de forzoso cumplimiento para todos los licitantes; además por expresa disposición el incumplimiento de esta exigencia autoriza a la entidad para rechazar la oferta. Luego de ninguna manera la decisión de INRAVISION fue ilegal. La Resolución no ha sido demandada y por lo tanto se presume su legalidad y mientras no se declare la nulidad de lo dispuesto en ella, es de obligatorio cumplimiento.

"De los numerosos cargos señalados por el actor en el expediente tendientes a demostrar los vicios de la licitación, algunos ya fueron analizados en este escrito tales como el referente a la publicación de los adendos, publicidad de la resolución de apertura y causal de exclusión del licitante. Otros cargos constituyen meras irregularidades, que no inciden en la validez de los actos acusados, tales como los señalados en contra del pliego de condiciones que son entre otros: Que el pliego no exige que los licitantes estén inscritos; que carece de fecha pues en la carátula solamente se dice julio de 1981; que no es documento auténtico porque no existe certeza sobre la persona que lo elaboró o firmó, etc., etc.

"De todo lo anteriormente analizado se concluye que las razones expuestas para solicitar la nulidad del proceso licitatorio y el pago de la indemnización, carece de fundamento. Por lo tanto las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar".

A folios 353 y siguientes aparece el alegato de la parte demandada, en el que se glosan los puntos de vista de los demandantes, con argumentos dotados de seriedad. Algunos de sus apartes se transcribirán más adelante, como refuerzo de la motivación de este fallo.

Por su lado los actores, en sendos alegatos, insisten en sus pretensiones y reafirman sus puntos de vista. Así UNIEXP los analiza a folios 325 y siguientes; Carlos Martínez Vargas, a folios 339 y siguientes; y César Gómez M. a folios 345 y siguientes.

Estima la Sala que dada la complejidad del asunto y las diferencias de matices que se observan en las distintas demandas, la motivación deberá seguir el siguiente orden: Las distintas demandas y sus pretensiones. La legitimación pasiva y la ineptitud. El procedimiento licitatorio cumplido. Las conclusiones.

Las demandas y sus pretensiones:

Las distintas demandas coinciden en solicitar la nulidad de la Resolución 03749 de 1981 (septiembre 29), mediante la cual el Instituto Nacional de Radio y Televisión adjudicó la licitación pública número 10. Fue esta la razón justificativa de la acumulación de procesos decretada.

Pero presentan matices diferenciales, así:

a) La presentada por el doctor César Gómez Mejía, pide además la nulidad de la autorización que la Junta Directiva del Instituto le dio a su Director para que hiciera esa adjudicación y la indemnización de los perjuicios causados por esa adjudicación irregular;

b) La formulada por UNIEXP, pretende la nulidad de los distintos pasos o trámites cumplidos dentro del procedimiento y como consecuencia la adjudicación del contrato con su celebración consiguiente, más los perjuicios causados hasta la fecha del restablecimiento de sus derechos. En subsidio, los perjuicios derivados por no habérsele tenido en cuenta en dicha adjudicación (Ver corrección a fls. 489 y ss. del cuaderno 1 *bis*);

c) La demanda del señor Martínez solicita así mismo la nulidad de la decisión contenida en el acta número 23 de septiembre 22 de 1981, por la cual la Junta Directiva de INRAVISION emitió concepto previo con respecto a su oferta, y la indemnización de perjuicios, debidamente actualizados, por no haber obtenido la adjudicación correspondiente.

Muestran las demandas analizadas que los actores pretenden la nulidad del acto de adjudicación por razones tanto de ilegalidad como de expedición en forma irregular, y como consecuencia, restablecimiento de derechos diversos.

La Sala estima que debe hacer una precisión a este respecto.

Ordinariamente el licitante vencido pide la nulidad del acto de adjudicación por cuanto considera que su oferta era la más adecuada para la Administración y busca por todos los medios probar esa circunstancia; en otras palabras, que la adjudicación se hizo en cabeza de quien no presentó la propuesta más favorable y que la suya sí lo era.

En tales condiciones, el debate procesal gira en torno a la calificación final hecha por la Administración, en la selección misma, y no en la forma como se desarrolló el procedimiento licitatorio. Implícitamente al circunscribir el debate sólo a ese extremo, se está aceptando la regularidad y legalidad del procedimiento previo a la selección misma.

Lo precedente permite entender porqué el licitante vencido, que se crea en condiciones de demostrar que su propuesta era más favorable para la Administración que la del favorecido con la adjudicación, pueda pedir, además de la nulidad de ésta, que se le indemnice en forma equivalente a lo que habría ganado si hubiera ejecutado el contrato. Teóricamente es como si ese licitante pidiera la celebración del contrato con él. Se dice teóricamente porque, en principio, la jurisdicción no puede imponerle a la Administración la obligación (de hacer) de celebrar un contrato con quien no quiere.

Pero un licitante vencido puede pedir la nulidad de la adjudicación por haberse cumplido el proceso licitatorio irregularmente o con pretermisión de las formalidades legales. En este evento no puede pretender que, como consecuencia de esa nulidad, se le adjudique el contrato o se le indemnice porque tenía derecho a esa adjudicación;

porque y esto es obvio, la nulidad del procedimiento afectaría a todos los particulares en la licitación por igual y no sólo a los favorecidos con ella.

De allí que en eventos como el analizado la indemnización posible, en principio, no puede consistir sino en los perjuicios que ese procedimiento irregular le irrogó al demandante. Perjuicios que en el fondo podrían no ser otros que los gastos que debió efectuar para participar en la licitación fallida o irregular.

Hechas estas reflexiones debe concluirse que las demandas presentadas por el doctor César Gómez Mejía y Carlos Martínez Vargas se ajustan formalmente a la técnica, pero fallan al no precisar en qué consistieron los perjuicios alegados y no dar ningún elemento de juicio para su determinación. El principio de la congruencia impone la precisión en el *petitum* y condiciona tanto los alcances del fallo en concreto como los del abstracto o *in género.*

La demanda de UNIEXP aunque no es inepta, no es legal ni lógica en la formulación de los distintos extremos del *petitum.* Nadie puede pretender —como se dijo atrás— que como consecuencia de la nulidad de un acto de adjudicación por vicios o irregularidades en el procedimiento previo a su expedición, se le adjudique el contrato y se le deje ejecutar luego de su celebración. En estos casos, de ser procedente la nulidad por expedición irregular del acto, la Administración no podría, sin más requisitos, proceder a una nueva adjudicación porque para esto existiría el impedimento de la nulidad declarada. Como tampoco podría hacerlo la jurisdicción sin invadir la órbita de acción propia de la Administración.

Quiere decir la Sala con esto que aún en la hipótesis de que la nulidad del acto de adjudicación fuera procedente, las pretensiones de restablecimiento no habrían podido prosperar, por su defectuosa o antitécnica formulación.

La legitimación pasiva y la ineptitud:

Cuando se pide la nulidad de un acto de adjudicación por un licitante vencido con pretensiones de restablecimiento derivadas de esa nulidad y que puedan tener incidencia en el contrato o en los contratos celebrados debe, en principio, citarse al proceso a los favorecidos con dicha adjudicación, por ser éstos precisamente los interesados en defender su legalidad, ya que ese acto es para ellos no sólo el fundamento del contrato o los contratos que celebraron con la Administración, sino de todos los derechos derivados de la licitación.

La jurisprudencia y la doctrina han visto en estos casos un *litisconsorcio* pasivo de carácter necesario, conformado por la entidad pública adjudicante y el adjudicatario o adjudicatarios, según el caso.

A este respecto puede verse la sentencia de junio 20 de 1983 de esta misma sección (proceso 3355 Narqui Ltda.).

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de precisar o distinguir, en asuntos similares, cuándo se da la nulidad y cuándo se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva. Las situaciones men-

cionadas y que tienen relación con el *litisconsorcio* necesario se han venido manejando, desde la sentencia de 22 de mayo de 1984 (proceso 1871 de esa misma sección) siguiendo estas orientaciones: a) Cuando el actor pide la citación de quienes debían intervenir y el juzgador guarda silencio y tramita el proceso sin su audiencia, éste quedará afectado de nulidad (art. 152, numeral 9 del C. de P. C.); y b) Cuando debiéndose demandar a las personas que conforman ese *litisconsorcio* no se les demanda, se producirá una falta de legitimación en la causa por pasiva. En este caso el juzgador no podrá integrar el contradictorio, contra el querer o voluntad del demandante, en la forma autorizada por el artículo 83 *ibídem*, máxime en asuntos de única instancia como el que aquí se decide.

Del antecitado fallo, se destaca el siguiente aparte:

"El *litisconsorcio* necesario está ligado a la legitimación en causa. Así, por activa, cuando no intervienen en un proceso todos los que deben hacerlo, se produce una sentencia inhibitoria. Cuando no se hace intervenir a alguien a pesar de habérsele señalado inequívocamente en la demanda como parte, bien explícita o implícitamente, el fenómeno procesal ya no sería de inhibición sino de nulidad. Pero, como se explicó atrás, no fue este el caso, ya que la sociedad demandante fue clara en demandar para sí la totalidad de la indemnización con prescindencia de cualquiera otra; y no se le podía imponer forzosamente la presencia de una persona que no quería dentro del proceso.

"Finalmente, y aceptando en gracia de discusión de que pudiera integrarse el contradictorio después de la admisión de la demanda y hasta antes de dictar sentencia, en el caso *sub júdice* tampoco habría podido cumplirse esa integración porque la solución sólo es posible en asuntos de dos instancias y antes de la sentencia de primera.

"En procesos de única, como el que aquí se decide, la oportunidad no puede darse sino en el auto admisorio de la demanda. En los dos, se satisface en parte ese debido proceso con la intervención que se le permite al citado al finalizar la primera y durante toda la segunda. El inciso segundo de la norma citada impone esa conclusión".

Muestra lo precedente una ineptitud de demanda, pero, no obstante, la Sala hará el análisis de fondo para concluir que tampoco, desde esta perspectiva, podrían salir avante las pretensiones formuladas.

El procedimiento licitatorio:

Coinciden los distintos demandantes en afirmar que el acto de adjudicación adolece de nulidad por violación de normas superiores que debía acatar.

El demandante, doctor César Gómez M., hace hicapié en la violación de los artículos 26 y 159 del Decreto 150 de 1976, vigente a

la sazón, porque a pesar del mandato de aquél la adjudicación se produjo sin que mediara el previo concepto de la Junta de Licitaciones o Adquisiciones del Instituto.

Para la Sala no asiste la razón a este demandante, porque si bien es cierto ese artículo 26 disponía que "corresponde adjudicar el contrato al Ministro o Jefe del Departamento Administrativo, *previo concepto de la Junta de Licitaciones o Adquisiciones del Organismo*" (subrayas fuera de texto), no lo es menos que la norma hacía referencia al ente Nación y no a los organismos descentralizados de su órbita que tenían, como tienen hoy en el Decreto 222 de 1983, normas especiales a ese respecto, una de las cuales era el artículo 158 que disponía:

> "*Artículo 158.* De la competencia para su celebración. Los contratos de los establecimientos públicos de las empresas industriales o comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se adjudicarán y suscribirán por el respectivo Gerente, Director o Presidente y están sujetos a la previa autorización o a la aprobación posterior de la correspondiente Junta o Consejo Directivo, según lo que sobre el particular prevean sus normas orgánicas".

La especialidad de la norma sobre competencia estaba en ese entonces por fuera de toda decisión y ni siquiera podía cuestionarse con lo que disponía el artículo 159 porque, como es apenas obvio, esta disposición hacía referencia a otros aspectos diferentes al de la competencia.

De conformidad, entonces, con ese artículo 158 los contratos de INRAVISION (a la sazón establecimiento público) debía adjudicarlos su Director, bien con autorización previa de su Junta Directiva o con su aprobación posterior, según lo previsto en sus normas orgánicas. Y precisamente entre éstas, el Decreto 1400 de 1978, aprobatorio de los estatutos de INRAVISION como establecimiento público adscrito al Ministerio de Comunicaciones (art. 2º), al enumerar las funciones *de su Director* en el literal e) de su artículo 23, disponía: "Adjudicar las licitaciones, celebrar contratos y ejecutar los actos comprendidos dentro del objeto del Instituto, de acuerdo en cada caso con las disposiciones legales vigentes".

Cuando su cuantía exceda de quinientos mil pesos ($ 500.000.00) requerirá la autorización previa de la Junta Directiva.

Armonizaba este texto con el literal l) del artículo 7º del mismo Decreto que indicaba entre las funciones de la Junta Directiva la de otorgar tales autorizaciones en adjudicaciones que excedieran la indicada cuantía.

Todo lo precedente permite afirmar que la adjudicación de la licitación número 10 no requería el previo concepto de la Junta de Licitaciones del Instituto, sino sólo la autorización de la Junta Directiva, la que se otorgó en la sesión de 28 de septiembre de 1981 (acta número 25, a folios 266 y siguientes del expediente 3529).

Se hace la afirmación precedente pese a obrar dentro del expediente copia de la Resolución número 01562 de 14 de septiembre de

1979, por medio de la cual el Director de INRAVISION pretendió crear un comité asesor para el estudio previo de las propuestas de las licitaciones, por ser este acto francamente inaplicable, no sólo porque la creación de tales organismos competía a la Junta Directiva, sino también porque el Director únicamente podía delegar sus funciones con expresa autorización legal y en determinados funcionarios subalternos suyos (art. 23 del Decreto 3130 de 1968).

La Sala considera que lo dicho en el fallo de junio 20 de 1983 (Narqui Ltda.) mantiene toda su vigencia. Pero debe observar que los supuestos allí analizados fueron diferentes a los estudiados aquí, ya que el ente contratante no era un establecimiento público sino el Municipio de Cali, sometido en este campo a su Código Fiscal Municipal y con una Junta de Valorización, de indiscutible existencia legal, que actuó como organismo adjudicante.

Finalmente, frente a la demanda aquí analizada, la Sala hace suya la juiciosa y ponderada argumentación hecha por el apoderado de la entidad demandada, en su alegato de conclusión. De éste se destaca:

"De manera que cuando se trate de elucidar cuál es la autoridad competente y cuál el procedimiento para la adjudicación y celebración de los contratos de los organismos descentralizados, habrá de estarse a lo establecido en el artículo 158 del Decreto 150 de 1976, y en sus normas orgánicas, y no al precepto del artículo 26. Y el artículo 158 del Decreto 150 de 1976, nada dijo acerca de que esos contratos se adjudicaran y celebraran previo el concepto de un Comité o Junta de Licitaciones o Adjudicaciones.

"Pues, bien, en desarrollo del precepto del artículo 158 del Decreto 150 de 1976, en los artículos 8º, literal i), y 23, literal e), de los estatutos del Instituto Nacional de Radio y Televisión (INRAVISION), expedidos mediante el Acuerdo número 06 de 1978 y aprobados por el Gobierno mediante el Decreto 1400 del mismo año, en cuyo texto fueron incorporados aquéllos, fue establecido que competía a la Junta Directiva de ese organismo autorizar previamente al Director General para adjudicar y celebrar contratos cuya cuantía excediera de $ 500.000.00, y al Director General adjudicar y celebrar esos contratos con la previa autorización de la Junta Directiva. Y así se hizo.

"Cierto es que en el artículo 159 del Decreto 150 de 1976 se estableció que los contratos de los establecimientos públicos estarían sometidos a las normas señaladas para los de la Nación. Ello es así, claro está, pero lo es también que en presencia de normas especiales sobre el asunto, éstas prefieren a las de carácter general; de manera que la norma del artículo 158, comentada, referida específicamente a los establecimientos públicos, prefiere a la del artículo 26. Así, el artículo 159 en cuanto establece que los contratos de los establecimientos públicos deben celebrarse con arreglo a las normas establecidas para los de la

Nación, ha de entenderse sin perjuicio de las normas especiales relativas a la celebración de contratos por los establecimientos públicos.

"Pero es más. Según lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 3130 de 1968, compete a las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos determinar su organización o estructura interna, mediante la creación, entre otras, de comisiones o juntas para el estudio o decisión de asuntos especiales. En conformidad con lo anterior en el artículo 8º, literal i), de los estatutos del Instituto Nacional de Radio y Televisión (INRAVISION), se dispuso que correspondía a la Junta Directiva del Instituto crear comités, comisiones o consejos asesores para el estudio, consideración, decisión o análisis de problemas específicos o determinados.

"Lo anterior para decir que la Junta Directiva del Instituto bien podía haber creado, para el estudio, consideración o análisis de licitaciones, una comisión o consejo asesor cuyo concepto debiera el Director General oír previamente a la adjudicación y celebración de contratos; ello estaría, además, en conformidad con lo establecido en el artículo 158 del Decreto 150 de 1976 en cuanto defirió la adjudicación y celebración de los contratos de los establecimientos públicos a 'lo que sobre el particular provean sus normas orgánicas'.

"Pero ocurre que la Junta Directiva del Instituto Nacional de Radio y Televisión (INRAVISION) nunca creó junta o comité alguno para el estudio de licitaciones, cuyo concepto debieran oír previamente la misma Junta Directiva y el Director General de la entidad. Y desde luego que estaba a discreción suya crearla o no, que ello es de la esencia de la autonomía administrativa que la ley atribuye a los organismos descentralizados. Lo anterior para decir que, entonces, no existía ningún comité de licitaciones cuyo concepto debieran oír la Junta Directiva y el Director General previamente a la adjudicación de contratos de arrendamiento de espacios de televisión.

"Finalmente, es claro que el comité creado por el Director del Instituto mediante la Resolución número 01562 de 14 de septiembre de 1979, ninguna función podía cumplir ni estaba la Junta Directiva y el Director obligados a oírlo previamente. Ello, en primer lugar, porque la creación de comités, comisiones o consejos asesores era atribución privativa de la Junta Directiva del Instituto, según se vio, y no del Director General del mismo. En segundo término, porque no podía el Director delegar en ese comité las funciones que pretendió delegar; en efecto, conforme al artículo 23 del Decreto 3130 de 1968 los representantes legales de los establecimientos públicos sólo pueden delegar funciones en otros servidores del organismo, y no en comités, comisiones o consejos, y no cualesquiera funciones, sino sólo aquéllas cuya delegación les estuviese expresamente autorizada, que para el caso, conforme a lo establecido en los literales g), l) y n) y en el parágrafo del artículo 23 de los estatutos del Instituto, lo eran solamente la ordenación de gastos, la asistencia a comités, comi-

siones y consejos asesores y la ordenación de las comisiones que debiera cumplir el personal del Instituto dentro del país, pero no las que pretendió delegar el Director. Por todo lo anterior la Resolución número 01562 de 14 de septiembre de 1979, es nula y, por ende, inaplicable.

"Por otra parte, la indemnización que reclama el demandante estaría en todo caso, condicionada a que hubiese sido probado en el proceso que su oferta, además de que estaba ceñida formalmente al pliego de condiciones, se encontraba entre las mejores y que por ello debió haber sido escogida, prueba que echa de menos".

Por lo expuesto, no se dio la nulidad alegada. Además, si el demandante doctor César Gómez Mejía pretendía derivar derechos de esa nulidad por cuanto consideraba que tenía derecho a la adjudicación, por qué no hizo ningún esfuerzo para demostrar la calidad de su propuesta y su favorabilidad, en comparación con las otras, para la Administración. La aplicación del principio de la carga de la prueba habría dado al traste con su pretensión.

La demanda de UNIEXP que, como se expresó atrás, es defectuosa en sus peticiones de restablecimiento, alega violación de múltiples normas, según se observa a folios 12 y siguientes del cuaderno número 1 del expediente 3529; pero guarda silencio en torno al hecho de no estar su propuesta ajustada en un todo al pliego de condiciones, por no haber presentado las tasas para la póliza de cumplimiento que debería constituir en caso de ser favorecida con la licitación.

La exigencia estaba contemplada en el citado pliego como causal de rechazo. Para confirmar esto baste leer el inciso final del artículo 24 de la Resolución 08660 de 2 de marzo de 1981, expedida por el Contralor General de la República con apoyo o fundamento en la Ley 225 de 1938 y en los artículos 57 y 58 del Decreto 150 de 1976.

Aunque la demandante hace un gran esfuerzo para demostrar la inconstitucionalidad de la antecitada resolución, ésta no se observa por parte alguna. Lo decidido el 22 de septiembre de 1981 (Acta número 23) estuvo ajustado a la ley. No tenía ningún sentido, para evaluar las propuestas más favorables, incluir en este examen final a aquellas ofertas que no se ajustaban a los pliegos. La selección final en toda licitación tendrá que hacerse sólo con las personas que cumplan todas las exigencias. Esto corresponde al mandato legal que contempla el artículo 25 del Decreto 150 de 1976. Lo contrario, pecaría contra una seria administración y contra la economía porque se evaluarían propuestas que, por las carencias detectadas, no podrían ser favorecidas con la adjudicación.

La Resolución 08660 hizo parte de la licitación, como anexo de la misma. En varios de los artículos del pliego se hizo referencia expresa a ella, en especial en todo lo relacionado con las garantías. Así, en ese pliego al enumerar los anexos, en sexto lugar se enuncia (a fl. 58 del cuaderno 1, expediente 3529). En esa misma pieza ("garantía de cumplimiento" número 15) se dice que el monto de esa

garantía "se repondrá de acuerdo con lo establecido en la condición octava de la Resolución número 8660 de 1981, emanada de la Contraloría General de la República".

Afirma UNIEXP que ni la Resolución 03063 de 14 de julio de 1981 ni la 08660 de la Contraloría General fueron publicadas en el Diario Oficial.

La afirmación se hizo gratuitamente, ya que no se trajo al proceso prueba alguna en contrario. La negación era definida y por tanto pudo probarse con la certificación o constancia de que en dicho Diario no se había hecho tal publicación.

Fuera de esto, la Resolución de apertura 03063 de 1981 no tenía porqué publicarse en el mencionado Diario, sino en dos periódicos de amplia circulación, en la forma exigida por el ordinal 3º del artículo 22 del Decreto 150 de 1976 (Ver constancias de "El Espectador", "El Siglo" y "El Tiempo", fls. 457 y ss. del cuaderno 1 *bis* del expediente 3529). Y la Resolución 08660 de 1981 aparece publicada en la Gaceta de la Contraloría, en la forma prevista en la Ley 20 de 1975.

Alega la demandante que la adjudicación se hizo a favor de personas que no estaban inscritas, calificadas y clasificadas en el registro de proponentes. Esto es formalmente cierto, pero lo es también que el mencionado registro (de programadoras de televisión) fue creado sólo con posterioridad a esa licitación, mediante el Decreto reglamentario 921 de 1983, parcialmente modificado por el 1154 de ese mismo año.

Por lo visto, esta objeción carece de seriedad.

Arguye la misma demandante que los contratos se adjudicaron con pacto de prórroga a voluntad de INRAVISION. No entra la Sala a estudiar este cargo porque toca con la nulidad de unos contratos que no están cuestionados en la presente controversia, como tampoco analiza, por similares razones, el hecho afirmado, aunque no probado, de que la adjudicación se hizo a contratistas con los cuáles existían otros contratos con idéntico objeto.

La falta de concepto previo de la Junta de Licitaciones o Adquisiciones del Instituto se estudió atrás y la Sala se remite a lo allí sostenido.

La presencia del auditor especial de la Contraloría, en calidad de simple invitado (a fls. 219 y ss., Acta número 23, cuaderno número 1, expediente 3529) en las reuniones seguidas para la adjudicación, en lugar de constituir una causal de nulidad, contribuyeron a darle seriedad al proceso. Además, no se acreditó que con su voto se tomó la decisión de no tener en cuenta la propuesta de UNIEXP, por estar incompleta. El carácter de invitado del señor José Antonio Mantilla Zúñiga, auditor de la Contraloría, se destaca en la parte inicial de las actas 23 y 25 de septiembre 22 y 28 de 1981.

La Sala hace suyos los siguientes apartes del alegato de la parte demandada, que refuerzan los argumentos precedentes y contestan otros puntos:

"Es lo cierto que el motivo por el cual no fue considerada esta propuesta consistió en no estar ajustada al pliego de condiciones. La Junta Directiva del Instituto, en su sesión de 22 de septiembre de 1981, según consta en el Acta número 23 (fls. 15 a 19, cuaderno segundo), dejó constancia del motivo por el cual la propuesta de UNIEXP LTDA., no podía ser tenida en cuenta. Dice, en efecto, el acta citada:

" 'Universal Importadora Exportadora —UNIEXP— número 69. No presenta tasas para póliza de cumplimiento (art. 24, Resolución número 8660, Contraloría General de la República).

" '.....

" 'El señor Ministro solicitó se leyera del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública número 10, los artículos 24... de la Resolución número 08660 de 1981, de la Contraloría General de la República, indicados como motivos de descalificación para algunos de los proponentes.

" 'El Secretario General dio lectura a dichas normas legales y la Junta consideró que evidentemente era, su no cumplimiento, motivo de eliminación'.

"El requisito que UNIEXP LTDA., omitió en su propuesta y que la Junta Directiva del Instituto echo de menos, fue exigido expresamente en el artículo 24 de la Resolución 08660 de 2 de marzo de 1981, que constituye anexo fundamental y parte integrante del pliego de condiciones, en los siguientes términos:

" '*Artículo 24. De las tarifas.* En el otorgamiento de las garantías que excedan las sumas establecidas en la tarifa aprobada por la Superintendencia Bancaria, la aseguradora al expedir la garantía de seriedad de oferta debe presentar simultáneamente para las demás garantías que establezcan el pliego de condiciones de la licitación, todas las tasas que se aplicarían si llegare a resultar favorecido el contratista asegurado.

" 'En este caso las tasas propuestas deberán contar con la previa autorización escrita de la Superintendencia Bancaria y ser anexada a la garantía de seriedad de oferta para conocimiento de la entidad contratante.

" 'En caso de no cumplirse con lo prescrito en este artículo la entidad contratante rechazará la propuesta'.

"La carencia en la propuesta de uno de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, es causa de que el respectivo proponente no pueda ser favorecido con la adjudicación. Ello, en virtud de lo establecido expresamente en el artículo 25, inciso primero, del Decreto 150 de 1970, que dice:

" '*Normas comunes sobre licitación.*

" '*Artículo 25.* De los criterios para la adjudicación. La adjudicación deberá hacerse, previos los estudios del caso y hecho el análisis comparativo, al licitante cuya oferta se estime más favorable y esté ajustada al pliego de condiciones'.

"……

"Así, pues, la propuesta, para ser tenida en cuenta, ha de estar ajustada al pliego de condiciones. La propuesta no puede ser apenas aproximada a lo previsto en el pliego: Habrá de estar ajustada a éste.

"Al exigir el artículo 24 de la Resolución número 08660 de 2 de marzo de 1981 las tasas para la póliza de cumplimiento que deberían prestar los proponentes en caso de ser favorecidos, se está tomando la precaución de que las adjudicaciones se efectúen únicamente a los licitantes que se encuentren en capacidad de prestar las garantías. Porque el contrato objeto de la licitación únicamente se perfecciona 'con la aprobación de las fianzas que se constituyan conforme al presente estatuto', según lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 150 de 1976. Por consiguiente, no puede ser adjudicada la licitación a una persona que no haya acreditado estar en capacidad de celebrar el contrato, prestando las garantías exigidas.

"Si los proponentes no reúnen las calidades o las propuestas no se ajustan a las condiciones —dijo el Consejo de Estado en concepto de 16 de mayo de 1967, entre otras tantas providencias— deben ser rechazadas *(Anales del Consejo de Estado* LXXII, números 413 y 414, pág. 31)".

"……

"UNIEXP LTDA., en su demanda dirá que el pliego de la licitación fue modificado por medio de los adendos 1 y 2. De esta afirmación, que no es cierta, no se sigue en manera alguna que los adendos fueron la causa de que la propuesta de UNIEXP LTDA., no se hubiera ajustado al pliego de condiciones. Todo lo contrario, tales adendos simplificaron, por vía general, el cumplimiento de los requisitos del pliego, beneficiando así a todos los licitantes. En efecto, el adendo 1 se limitó a excluir la exigencia de algunas de las cláusulas especiales de la garantía de cumplimiento; y el adendo 2 suprimió las cláusulas adicionales, para beneficio, se repite, de los licitantes. De manera que todas las elucubraciones del demandante respecto de los adendos, carecen de consistencia, como quiera que UNIEXP LTDA., no presentó tasas para la garantía de cumplimiento, ni antes ni después de la expedición de los adendos; o lo que es igual, la propuesta de UNIEXP LTDA., no estuvo ajustada al pliego de condiciones de la licitación, independientemente de que se hubiera o no expedido tales adendos.

"Ahora bien, los adendos, insisto, suprimieron algunas cláusulas de la póliza de cumplimiento, simplificando la licitación, para beneficio de todos los licitantes, por igual, y UNIEXP LTDA., conoció este beneficio, como que recibió del Instituto Nacional de Radio y Televisión (INRAVISION) los nombrados adendos (fls. 250 a 264, cuaderno 1 del expediente 3544).

"Para concluir resulta claro que el Instituto Nacional de Radio y Televisión (INRAVISION) no podía considerar siquiera

la propuesta de la sociedad Universal Exportadora Importadora Ltda., UNIEXP LTDA., carente de las tasas para la garantía de cumplimiento, otorgando a la demandante un trato privilegiado, en perjuicio de los licitantes que sí cumplieron ese requisito".

Finalmente cabe anotar, que tampoco la demandante hizo esfuerzo alguno para demostrar que su propuesta era la mejor o la más favorable para la Administración.

Cuando se impugna un acto de adjudicación por un licitante vencido que pretende que como consecuencia de la nulidad de aquél se le adjudique o se le indemnice por ser de mejor derecho, tendrá la carga de la prueba de demostrar este extremo y no le bastará simplemente afirmarlo, como sucedió en el caso concreto.

La demanda de Carlos Martínez V. pretende la nulidad del acto de adjudicación y la decisión tomada en la reunión de 23 de septiembre de 1981, en la cual la Junta Directiva emitió concepto previo con respecto a la oferta presentada por él.

La Sala prohíja frente a esta demanda la argumentación hecha por INRAVISION y la hace suya en cuanto sostiene:

"2. El demandante alega que su propuesta no fue tomada en consideración debido a que fue injustamente objetada por no haber presentado 'la constancia de pago de la prima de la póliza que garantizaba la seriedad de la oferta', siendo así que el pliego de condiciones no contemplaba en ninguna parte la obligación de anexar dicha constancia de pago. Dice también el actor que la prueba del pago de la prima sí fue aportado antes del cierre de la licitación, mediante télex enviado desde Tunja por la aseguradora que había expedido la póliza de seriedad de la oferta.

"3. Pero no es cierto que la propuesta de Carlos Martínez Vargas hubiese sido desestimada por la apuntada razón. El demandante relata en su libelo la causa de que su propuesta no hubiese sido considerada, causa consignada textualmente en el acta 23 de la Junta Directiva del Instituto, así:

"'*3. Carlos Martínez Vargas. Número 44*'.

"No anexa clausulado de la póliza matriz (art. 29, Resolución número 08660. Contraloría General de la República).

"El demandante confiesa que no anexó a su propuesta el clausulado general de la póliza matriz. Pero pretende que esta omisión o, lo que es igual, esta falta de adecuación de su propuesta respecto del pliego de condiciones, no implicaba que aquella tuviera que ser descartada. Dice el actor que no era preciso anexar a la propuesta el clausulado de la póliza matriz, puesto que el documento de seguro aportado por él, hacía referencia a dicho clausulado general, diciendo que había sido expedido 'en aplicación a la póliza modelo Resolución 08660 de 1981'.

"La diferencia que hay entre anexar el clausulado de la póliza, por una parte, y hacer una simple referencia a dicho clausulado, por otra, es la misma diferencia que existe entre cumplir los requisitos del pliego y no cumplirlos.

"En lo demás, valen respecto de este demandante las razones que respecto de su reclamo de indemnización se trajeron a cuento en los apartes anteriores".

Lo así escrito encuentra apoyo en las pruebas que obran en el expediente, en especial en el texto del Acta número 23 de septiembre 22 de 1981 (a fls. 219 y ss. del cuaderno número 1, expediente 3529).

Cabe destacar además, que este demandante se orienta en su demanda a atacar la adjudicación hecha a otras personas, por considerarlas irregulares. Esto, ya se dijo y se repite aquí, no puede considerarse siquiera porque estos adjudicatarios no fueron citados al proceso.

Tampoco hizo esfuerzos el demandante para demostrar que su propuesta, de no haber sido rechazada por falta de requisitos, era, en el campo que licitaba, la más favorable para la Administración.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Declárase inhibido para fallar de fondo por falta de legitimación en causa de la parte demandada.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 7 de diciembre 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.

PERSONERIA ADJETIVA.—

Tratándose de expedientes reconstruidos, la Corporación ha obrado con criterio de amplitud y no ha exigido poder especial para la reconstrucción del expediente cuando a su juicio no cabe duda de que el abogado solicitante de la reconstrucción es el mismo que había venido actuando en el proceso incinerado.

PERSONERIA SUSTANTIVA. COMPAÑIA DE SEGUROS.

Es preciso suponer que si el suplente del representante legal de la sociedad actora actuó confiriendo poder en nombre y representación de la compañía, fue porque en el momento de su otorgamiento el respectivo principal no pudo hacerlo por estar ausente temporal o definitivamente. No se puede partir del supuesto de la falta de competencia del suplente que otorgó la representación judicial de la aseguradora demandante.

CONTRATO DE SEGURO. SEGURO DE TRANSPORTE. POLIZA AUTOMATICA.

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.

COMPAÑIA DE SEGUROS. Monto del reembolso.

El legislador, al establecer el precepto contenido en el artículo 1096 del Código de Comercio, buscó sencillamente que la aseguradora recibiera del autor del daño el "mismo valor" que desembolsó para cubrir el siniestro.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número 4083 (153). Actor: "La Interamericana Compañía de Seguros S. A.". Demandado: Empresa Puertos de Colombia.

Surtida la tramitación de rigor, y una vez reconstruido el proceso, que se hallaba en estado de recibir sentencia cuando se produjeron los hechos luctuosos del Palacio de Justicia de los días 6 y 7 de noviembre de 1985, ha llegado el momento de decidir el presente proceso en el cual "La Interamericana Compañía de Seguros Generales S. A.", por conducto de apoderado, demanda a la entidad pública denominada Empresa Puertos de Colombia para que sea declarada directamente responsable por los perjuicios causados por "falta de entrega al importador de 56 cartones que contenían tela Denin 44, ancho, 98% algodón, 2% polyuretano", que fueron recibidos por la demandada en sus instalaciones del terminal marítimo de Buenaventura, en perfecto estado, y para que, en consecuencia, sea condenada a pagar a la aseguradora demandante, como subrogataria de los derechos del importador de la mercancía, "Confecciones Piccolino & Cía. Ltda." domiciliada en Cali, la cantidad de $ 3.294.890.00, "valor éste girado por la aseguradora como precio de la mercancía dejada de entregar por la demandada", más los intereses comerciales corrientes liquidados sobre la expresada suma y correspondientes al lapso comprendido entre el momento en que se produjo el daño patrimonial y la fecha en que se realice el pago. En subsidio de las peticiones anteriores, solicitó la demanda que se condenara a la empresa pública demandada a pagar la cuantía de los perjuicios que se probaren dentro del proceso, así como a darle cumplimiento a la sentencia definitiva dentro del término legal. Finalmente pidió se condene a la entidad demandada al pago de las costas y gastos del proceso.

Los fundamentos de hecho de las anteriores pretensiones los presenta la demanda así:

"*Primero:* La sociedad Confecciones Piccolino & Cía. Ltda., domiciliada en la calle 55 número 5N-32 de Cali, legalmente constituida según Certificado de la Cámara de Comercio, importó desde la ciudad de Kobe, Japón, la cantidad de un (1) container, el cual llevaba en su interior 93 cartones de tela con un peso de 8.503 kilos, por un valor total de setenta y cinco mil novecientos noventa y dos dólares (US$ 75.992.00).

"*Segundo:* Las anteriores mercancías fueron despachadas desde el puerto de Kobe, Japón, el día 1º de febrero de 1982.

"*Tercero:* La mercancía descrita llegó a Colombia por vía marítima, el día 27 de febrero de 1982, siendo depositada al arribo de la nave en los patios, exactamente en el patio número 1A del terminal marítimo de Buenaventura en 'Puertos de Colombia COLPUERTOS'. El día 1º de marzo de 1982.

"Al momento de ser requerida la entrega de la mercancía a 'Puertos de Colombia', se pudo verificar la falta de 56 cartones que contenían tela para blujeans, hecha la reclamación, se expidió el certificado por parte de la Empresa Puertos de Colombia, en donde consta el faltante. La prueba de haber sido robada dicha mercancía en el terminal, se corrobora en la correspondencia

interna de la empresa 'Puertos de Colombia'; exactamente en el memo dirigido por el Jefe del sector del patrio 1A al Jefe de Almacenaje y Control de Servicio, fechado en marzo 18 de 1982. Así como la solicitud de sanción dirigida al Comandante del terminal marítimo de la Policía de Vigilancia Portuaria Buenaventura, la cual tiene el número de radicación 0101.

"*Cuarto:* Confecciones Piccolino & Cía. Ltda., celebró con La Interamericana Compañía de Seguros Generales S. A., el contrato de seguros por medio del cual fue expedida la póliza número TR 343 de fecha agosto 13 de 1981 con base en las cláusulas de dicho contrato y teniendo en cuenta que se envió con fecha 26 de enero de 1982, reporte del zarpe de la mercancía, se expidió el certificado número 5676 de fecha marzo 3 de 1982 por un valor asegurado total de ocho millones ochocientos cuarenta y siete mil setecientos sesenta y dos pesos ($ 8.847.762.00). Los riesgos que amparaba el certificado eran *pérdida total, falta de entrega* (bulto completo) *avería particular y saqueo* todo lo anterior sobre el trayecto marítimo Kobe (Japón) - Buenaventura y el trayecto Buenaventura-Cali.

"*Quinto:* La empresa Confecciones Piccolino & Cía. Ltda., presentó en su debido tiempo, reclamación formal por la pérdida de la mercancía en mención, ante lo cual La Interamericana de Seguros Generales S. A. procedió a indemnizar a la sociedad asegurada en la suma de tres millones doscientos noventa y cuatro mil ochocientos noventa pesos ($ 3.294.890.00), según orden de pago por siniestro y recibo de subrogación de derechos, para lo cual se libraron los cheques números 0103505 de fecha julio 5 de 1982 y el cheque número 000018 de fecha julio 29 de 1982.

"*Sexto:* La Interamericana Compañía de Seguros Generales S. A., se ha subrogado en los derechos, reclamos e intereses que se pudieren ejercer contra persona, firma o corporación responsable de la pérdida o daños a la propiedad por la cual ha realizado el pago. Lo anterior con base en el derecho que le otorga el Código de Comercio (art. 1096).

"*Séptimo:* La mercancía perdida o dejada de entregar, fue hurtada de los patios exactamente patio número 1A de Puertos de Colombia por deficiencia y fallas en la prestación del servicio de vigilancia sobre las mercancías almacenadas, esto se confirma con la declaración que al respecto hizo el empleado de COLPUERTOS, en su informe de fecha marzo 18 de 1982 dirigida al Jefe de Almacenaje y Control de Servicios, la cual lleva implícita la admisión de responsabilidad para Puertos de Colombia.

"*Octavo:* Para la fecha en que se extravió la mercancía, ya existía amparo del riesgo, puesto que el certificado de seguro se expidió si bien con posterioridad al despacho, no así con ocasión de la pérdida de dicha mercancía. A más de ello, ya existía conocimiento tanto de la fecha de embarque como de la calidad y clase del interés asegurado. Lo anterior se puede confirmar con el certificado de seguro número 5676 el que debidamente se anexa y con la solicitud de amparo de enero 26 de 1982.

"*Noveno*: La Interamericana Compañía de Seguros Generales S. A., a través de su representante legal, doctor César Zárate Paeres, me ha conferido poder especial amplio y suficiente para ejercitar la presente acción" (fls. 1 a 4, cuaderno 1).

La demanda dedica un capítulo a exponer su criterio sobre las disposiciones violadas y el concepto de la violación, sin que ello fuese necesario por no tratarse de una acción de impugnación sino declarativa o de condena, y menciona como disposiciones aplicables los artículos 68 del antiguo Código Contencioso Administrativo; 16 y 20 de la Constitución Nacional; 2º del Decreto 630 de 1942; 1096 y 1121 del Código de Comercio; 63, 2341, 2260, 2263 y 1121 del Código Civil; 8º de la Ley 154 de 1959; 2º, 4º y 5º del Decreto 2465 de 1981; 2º del Decreto 1414 de 1981; 20, 28 y 30 del Decreto 528 de 1964; Ley 22 de 1977, y los Decretos 561 de 1975 y 1358 del mismo año. Luego, bajo el acápite "normas legales de aplicabilidad a la presente acción", hace la demanda una presentación un tanto confusa sobre el régimen de responsabilidad aplicable al caso *sub júdice*, situándolo ora bajo la égida de la responsabilidad civil extracontractual directa regulada por el artículo 2341 del Código Civil, ora en el campo del contrato de "depósito obligatorio", aunque también invoca el sistema de responsabilidad objetiva "por la simple asunción del riesgo" que cree encontrar consagrado el actor en el artículo 2º del Decreto 630 de 1942, mas sin dejar de mencionar la teoría de la culpa administrativa, o de la falta o falla en el servicio, sobre la cual pone particular énfasis en el alegato de conclusión (fl. 50, cuaderno 1).

Dentro del trámite de la reconstrucción, la Empresa Puertos de Colombia constituyó apoderado el cual allegó copias de los documentos que obraban en poder de su representada. Entre ellos destaca la Sala el escrito de contestación a la demanda en la cual COLPUERTOS se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, propuso la excepción de inexistencia de la obligación y solicitó la práctica de varias pruebas (fls. 65 a 67, cuaderno 1).

Decretada la reconstrucción del expediente, se ordenó correr traslado a la señora Fiscal Segunda de la Corporación, la cual en su vista de fondo conceptúa que debe dictarse fallo inhibitorio pues "se presenta una indebida representación de la parte actora por ausencia del poder de quien actúa como su representante". Agrega la representante del Ministerio Público que si la Sala decide estudiar el fondo del asunto planteado, es preciso denegar las súplicas de la demanda por "falta de prueba de la existencia de la póliza de seguros de transporte y además se observa que la póliza automática de seguro de transporte debe amparar los intereses asegurados desde el momento en que son sacados de sus depósitos o almacenes de origen hasta el momento en que llegan a los almacenes o depósitos de destino, tomando como base la apreciación de los lugares geográficos estipulados en el certificado de seguro los cuales constituyen el trayecto asegurado". Seguidamente, la señora Fiscal, haciéndose eco de la jurisprudencia sostenida mayoritariamente por esta Sección falladora, agrega:

"Lo anterior significa que el certificado de seguro debió expedirse desde la fecha de salida de la mercancía desde Kobe (Japón) ciudad de origen, lo cual tuvo lugar el día 1º de febrero de 1982

según se desprende del mismo certificado de seguro; siendo que dicho certificado se expidió el 3 de marzo del año en mención y la mercancía llegó a puerto colombiano el 27 de febrero de 1982, se considera que el riesgo no estaba amparado, con el agravante de que en el expediente no existen pruebas que determinen exactamente la fecha de la pérdida de la mercancía la cual pudo haber ocurrido antes de 3 de marzo, fecha de la expedición del certificado, por lo tanto la compañía aseguradora no estaba en la obligación de pagar la correspondiente indemnización por cuanto la modalidad del contrato de seguro de transporte de póliza automática impone una integración entre la póliza y el certificado y como tal su expedición debe hacerse con anterioridad a la ocurrencia del siniestro para que responda a la necesidad de amparar un riesgo futuro e incierto, toda vez que si al momento de expedirse el certificado el riesgo se ha producido, el contrato carece de objeto y el pago efectuado por la compañía aseguradora como indemnización no es válido por no darse las condiciones legales que le obligan a ello y en consecuencia no se produce la subrogación legal y la aseguradora no adquiere la legitimación para solicitar el respectivo pago".

Como no se observan causales de nulidad que puedan dar lugar a invalidar la actuación, debe la Sala proceder a decidir el presente asunto lo cual hace previas las siguientes

Consideraciones de la Sala:

En vista de que la señora Fiscal ha propuesto la decisión inhibitoria, se hace preciso resolver en primer lugar los planteamientos en que se fundamenta esa solicitud.

Sostiene la Fiscalía, de una parte, que no aparece en el expediente documento alguno que demuestre la representación que invoca el abogado que habla en nombre de la parte actora.

No comparte la Sala el planteamiento de la señora Fiscal Segunda, porque no ha de olvidarse que se está en presencia de un expediente reconstruido luego de los hechos violentos del Palacio de Justicia. La Corporación ha obrado, en casos como el presente, con criterio de amplitud, proporcionado apenas a la magnitud de la tragedia que dio lugar a la expedición del Decreto legislativo número 3825 de 1985 sobre reconstrucción de procesos contencioso administrativos, y no ha exigido poder especial para la reconstrucción del expediente cuando a su juicio no cabe duda, según acontece en el *sub júdice*, de que el abogado solicitante de la reconstrucción es el mismo que había venido actuando en el proceso incinerado. Si a ello se agrega la circunstancia de que ni la parte demandada ni el propio Ministerio Público manifestaron objeción alguna sobre la personería adjetiva del solicitante de la reconstrucción cuando se les dio traslado de la correspondiente petición, bien puede concluirse legítimamente que esa conducta implica un asentimiento tácito a lo afirmado por el solicitante de la reconstrucción en el sentido de ser él el mandatario judicial de la persona o entidad que dijo representar. Cabe recordar, además, que para procesos incinerados por razón de la toma violenta del Palacio de Justicia, que se

encontraban a conocimiento de esta Corporación en única instancia, el numeral 2 del artículo 1º del Decreto 3825 de 1985 previó que en el escrito de solicitud de reconstrucción "y *bajo la gravedad del juramento que se entenderá prestado con la presentación personal del memorial*" el solicitante debía afirmar lo que le constara sobre los siguientes hechos, entre otros:

> "b) Las diversas providencias dictadas dentro del proceso, las pruebas aducidas y la actuación surtida".

Y obrando de conformidad con ese mandato, el señor apoderado de la sociedad actora manifestó lo siguiente en el escrito mediante el cual impetró la reconstrucción del proceso:

> "Para información de su Despacho a continuación me permito transcribir *de acuerdo con el libro radicador número 11*, la historia del proceso como se llevó hasta último momento:
>
> ".....
>
> "Julio 15 de 1983: Admite la demanda, ordena notificar personalmente, ordena fijar en lista, reconoce al doctor Ricardo Tapias López como apoderado de la compañía Interamericana de Seguros S. A.".

Todo lo dicho hasta ahora lleva a la Sala al convencimiento de que la personería adjetiva de la parte actora no merece reparo alguno.

Consideraciones similares a las anteriormente expuestas caben en relación con los argumentos que la Fiscalía endereza contra la representación legal de la aseguradora demandante, cuando estima que dicha representación no está bien acreditada toda vez que el certificado expedido por la Superintendencia Bancaria (fl. 20, cuaderno 1) expresa que el representante legal de la sociedad actora es persona distinta de la que según afirma el actor, confirió el poder y porque quien otorgó el poder es el primer suplente del representante legal pero no se acreditó la falta temporal o absoluta del representante legal para que el primer suplente pudiese actuar válidamente.

No comparte la Sala las conclusiones ni las premisas del razonamiento de la señora Fiscal, porque considera que es preciso suponer que si el suplente del representante legal de la sociedad actora actuó como lo hizo, esto es, confiriendo poder en nombre y representación de la compañía, fue porque en el momento de su otorgamiento el respectivo principal no pudo hacerlo por estar ausente temporal o definitivamente. No se puede, en efecto, partir del supuesto de la falta de competencia del suplente que otorgó la representación judicial de la aseguradora demandante, pues semejante planteamiento vale tanto como afirmar que en los actos de los suplentes de los representantes legales de las sociedades ha de presumirse la mala fe, la indebida actuación, la usurpación de las funciones del principal por parte del suplente, conclusión inaceptable máxime cuando en el proceso no se ha controvertido por las partes el punto y no obra en los autos una sola prueba, un simple indicio siquiera, que permita apuntar en la dirección en que se orienta la vista Fiscal.

De otra parte, no puede olvidarse que las compañías de seguros, por mandato imperativo del legislador, deben organizarse y funcionar como sociedades anónimas (Ley 105 de 1927). Así las cosas, resulta imprescindible remitirse a la preceptiva del estatuto mercantil que regula la representación legal de las sociedades anónimas y, en particular, al artículo 440 del Código de Comercio según el cual "la sociedad anónima tendrá por lo menos un representante legal con uno o más suplentes, designados por la Junta Directiva para períodos determinados, quienes podrán ser reelegidos indefinidamente o removidos en cualquier tiempo. Los estatutos podrán deferir esta designación a la asamblea". Como sin dificultad alguna fluye del texto que se deja transcrito, la representación legal de la sociedad anónima compete a, por lo menos, una persona natural y a uno o más suplentes suyos, designados en la forma que se contemple en el estatuto social y por el órgano social colegiado al cual dichos estatutos asignen tal función (junta directiva o asamblea general de accionistas). La institución de los suplentes, como es obvio, tiene como finalidad evitar la parálisis de la sociedad y procura que ésta tenga en todo tiempo un órgano actuante que lleve la personería jurídica de la sociedad, por activa o por pasiva. Esa finalidad, ínsita en la regulación que el Código de Comercio contiene respecto de la representación legal de las sociedades en general y de las anónimas en particular, determina que el suplente pueda actuar en todo caso de falta absoluta, temporal o simplemente accidental del titular, pues —se repite— lo que la ley quiere es que la sociedad tenga en todo instante de la vida social por lo menos un representante legal. Esa finalidad, claramente expresada en la ley, se vería frustrada si se aceptara el planteamiento contenido en la vista fiscal, fuera de que el enfoque de la distinguida colaboradora agente del Ministerio Público implica descargar sobre los hombres de la parte actora una especie de prueba diabólica, en cuya virtud correspondería esta última la demostración de las causas, motivos o razones —que puedan ser infinitos— por las cuales un determinado representante legal no pudo, en un determinado momento histórico, ejercer esa representación y actuar en nombre del respectivo ente social.

Lo dicho es suficiente, a juicio de la Sala, para desechar igualmente el planteamiento de la vista Fiscal que, también por el extremo analizado, solicita se profiera sentencia inhibitoria. Procederá entonces la Corporación, al estudio de fondo de las pretensiones de la aseguradora demandante.

1. De conformidad con las peticiones, los fundamentos de hecho, las apreciaciones de derecho que la demanda consigna y la probanza allegada al proceso, el caso que se decide puede resumirse así:

a) Que la sociedad "Confecciones Piccolino Ltda." de la ciudad de Cali, importó legalmente al país el cargamento compuesto por 363 piezas (93 bultos) de tela "denim", el cual fue transportado por vía marítima en un contenedor, desde el puerto japonés de Kobe hasta el de Buenaventura, a bordo de la motonave "Neptune Turquoise" (fls. 32 a 38 y 42 a 44, cuaderno 1);

b) Que el transportador marítimo entregó a la Empresa Puertos de Colombia, sin observaciones por parte de ésta, en el terminal marítimo de Buenaventura, para su almacenamiento con miras al cum-

plimiento de los trámites de nacionalización, el día 1º de marzo de 1982, el contenedor que se había obligado a transportar (fls. 30, 32, cuaderno 1);

c) Que la Empresa Puertos de Colombia colocó el contenedor de que se trata en el patio número 1A del terminal marítimo de Buenaventura (fl. 44, cuaderno 1) y que al ser abierto aquél para efectos del reconocimiento aduanero de rigor, se constató que uno de los candados no correspondía con el que previamente se le había colocado; que además había sido saqueado faltando gran parte de su contenido *(ibídem)*;

d) Que, en consecuencia, la Empresa Puertos de Colombia no dio cumplimiento a la obligación legal a su cargo, derivada de lo previsto por el artículo 2º del Decreto-ley 630 de 1942, plenamente vigente para la fecha en que se produjo la pérdida, consistente en entregar la mercancía almacenada en sus bodegas a los dueños de ella, en el mismo estado en que la recibió, salvo daños o pérdidas derivados de fuerza mayor, evaporación, deterioro natural o empaque defectuoso o de suyo inadecuado por su inconsistencia o mala confección para la seguridad del contenido, toda vez que la empresa demandada no acreditó en forma fehaciente ninguna de dichas causales exonerativas de la responsabilidad objetiva que el precepto en cita consagra y le atribuye a la mencionada empresa;

e) Que "La Interamericana Compañía de Seguros Generales S. A." expidió la póliza automática de seguro de transporte número 343 el 13 de agosto de 1981, mediante la cual y de conformidad con lo pactado en sus "condiciones particulares" la sociedad "Confecciones Piccolino Ltda." en su triple calidad de tomador, asegurado y beneficiario del seguro contratado, amparó todos los despachos de telas de corduroy y denim y los pantalones y "blujeans" confeccionados con esas clases de telas que se le hiciesen "desde cualquier lugar del mundo hasta Colombia y viceversa" contra los riesgos de pérdida total, falta de entrega, avería particular, saqueo y guerra internacional en lo concerniente a mercancía de importación, y de pérdida total y falta de entrega para exportaciones, por un valor asegurado máximo por despacho de $ 10.000.000.00 (fls. 127 a 131, cuaderno 1);

f) Que el contrato de seguro, en la modalidad de automático, contenido en la póliza de seguro de transporte número 343 fue revocado, en todas y cada una de sus partes, por voluntad de la aseguradora y de conformidad con lo pactado al respecto en la cláusula trigésimaprimera de las "condiciones generales" contenidas en la citada póliza, desde el 17 de febrero de 1983, como así consta en el anexo número 070/4 de 18 de enero de ese mismo año (fl. 132, cuaderno 1). De allí se desprende, sin lugar a la menor duda, que el seguro contratado se hallaba vigente en su plenitud para la fecha en que se constató la pérdida de la mercancía (18 de marzo de 1982, cfr., fl. 30, cuaderno 1);

g) Que las mercancías importadas por "Confecciones Piccolino Ltda.", recibidas por la Empresa Puertos de Colombia sin observaciones de su parte, almacenadas en los patios de su terminal marítimo de Buenaventura y no entregadas a sus propietarios en los términos

de la obligación legal que a dicha empresa impone la disposición contenida en el artículo 2º del Decreto-ley 630 de 1942, fueron amparadas bajo la póliza automática de seguro de transporte número 343, de conformidad con lo que consta en el certificado de seguro número 5676 expedido el día 3 de marzo de 1982, esto es, con posterioridad —como es obvio— a la contratación del seguro de transporte pero también con *anterioridad* al día 18 de marzo de 1982, fecha en que según ya se dijo, se constató la pérdida (fls. 16 y 114, cuaderno 1);

h) Que la firma actora pagó a su asegurada, la sociedad "Confecciones Piccolino Ltda.", la cantidad de tres millones doscientos noventa y cuatro mil ochocientos noventa pesos ($ 3.294.890.00) moneda legal, a título a indemnización del siniestro anteriormente referido (fl. 25, cuaderno 1). En virtud de tal pago, la aseguradora demandante se subrogó por ministerio de la ley (art. 1096 del C. de Co.) en los derechos de la firma asegurada contra el responsable del siniestro, esto es, contra la Empresa Puertos de Colombia, porque esta última incumplió la obligación legal que le imponía el artículo 2º del Decreto 630 de 1942, según quedó analizado anteriormente.

2. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, en reciente oportunidad, se pronunció así en relación con el tema de la póliza automática en el seguro de transporte de mercaderías:

"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 éstas 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 *ibidem*, tratándose de la póliza automática y de la flotante, en ellas se describen únicamente las condiciones generales del seguro y se deja para declaraciones posteriores, que pueden constar en certificado o en otros documentos, 'la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización...'"

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

"El certificado de seguro no tiene otra función importante que la de especificar la cosa (la mercancía asegurada) genéricamente señalada en la póliza y valorar el interés asegurado, precisiones que por faltar no afectan la esencia del contrato, el cual sin ellas existe y queda perfeccionado. Están previstos en la póliza el riesgo, como acontecimiento futuro e incierto, y el interés asegurado. Para que existan tales elementos 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 quedaría 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, dictados 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 efectivamente el transporte de un determinado conjunto de mercancías y, en consecuencia, sea que se produzca antes o después de realizado el siniestro, si éste se produce dentro de un determinado trayecto de transporte'.

"Opina el mismo conferencista que 'lo normal es que el comerciante que solicita y obtiene la expedición de una póliza automática de seguro de 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 volunmen 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 éste, 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 éste 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. Co., art. 1050) una función bien distinta: Tiene un mero alcance probatorio, más 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 del riesgo es lo que justifica precisamente la naturaleza de la póliza automática. Sucede lo mismo que, por ejemplo, en una póliza anual de accidentes de aviación en la que el riesgo surge cuando se realizan los viajes, pero el interés asegurable subsiste permanentemente, para poderlos hacer cuantas veces sea necesario.

" 'En cuanto al riesgo asegurable, es un elemento que queda definido con claridad en las condiciones de la póliza, la cual

señala la extensión y calidad de los amparos y sólo deja por fijar otros elementos que son determinables conforme al artículo 1047 y el mismo artículo 1050.

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

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

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

" '.....

" 'En resumen, las pólizas automáticas se llaman precisamente así porque el asegurador, dentro de las condiciones generales establecidas, ampara los riesgos convenidos desde que principian a correr, aunque los avisos le lleguen posteriormente y el certificado se expida aún después de realizado el riesgo' " (Sentencia 17 de junio de 1988, Copiador Secretaría General, Tomo 1, 1988, págs. 418 y ss.).

3. La anterior pauta jurisprudencial, obligatoria para esta Sección mientras la Sala Plena de la Corporación no modifique el criterio en ella expuesto, y que, además, expresa el entendimiento ajustado a derecho del contrato de seguro de transporte de mercancías instrumentado en la póliza automática de que trata el artículo 1050 del Código de Comercio, es plenamente aplicable al *sub júdice* porque el contrato de seguro de transporte contenido en la póliza automática número 343, allegada al proceso reconstruido de conformidad con lo dispuesto en auto de fecha 16 de agosto del año en curso dictado con aquiescencia de la Sala, comenzó a regir con mucha anterioridad (13 de agosto de 1981) a la ocurrencia del siniestro (saqueo del contenedor descubierto el 18 de marzo de 1982) y fue terminado el 17 de febrero de 1983, esto es, once (11) meses después de la constatación del siniestro asegurado. En otros términos: El seguro contratado estaba plenamente vigente cuando el riesgo asegurado (saqueo) se produjo. De allí que la compañía actora haya podido indemnizar al asegurado, como lo hizo, por la ocurrencia del siniestro y por consiguiente que esté legitimada por ministerio del artículo 1096 del Código de Comercio para reclamar de la Empresa Puertos de Colombia, como subrogataria

legal de "Confecciones Piccolino Ltda." y hasta concurrencia del importe de la indemnización pagada, el reembolso correspondiente. Ahora bien: Cuál ha de ser el monto de ese reembolso?

Debería ser el mismo *valor real* efectivamente pagado por la aseguradora demandante, pues no es dable pensar que en el estado actual del pensamiento jurídico universal, puedan interpretarse las normas jurídicas con criterios nominalistas. El legislador, al sentar el precepto que se contiene en el artículo 1096 del Código de Comercio buscó sencillamente que la aseguradora subrogada en los derechos del asegurado a quien indemnizó, recibiera del autor del daño el *mismo valor* que desembolsó para cubrir el siniestro; en manera alguna quiso o pretendió enriquecerla o empobrecerla. Por consiguiente, la expresión "hasta concurrencia de su importe", utilizada en el precepto que se comenta, ha de interpretarse en el sentido de que el responsable del siniestro cubierto por la aseguradora tiene para con ésta una obligación de resarcimiento, no formal o nominal de cifras, de números, sino substancial *de valor*, de contenido reparatorio real y efectivo.

No obstante, en el *sub lite* no podrá la Sala aplicar este criterio, porque ni aún haciendo un esfuerzo interpretativo del libelo de demanda, en su conjunto, es posible deducir o sostener que el actor entendió pedir la condena actualizada. En efecto, la rígida formulación de las peticiones segunda y tercera principales, sólo permiten a la Sala condenar por la cantidad en ellas expresada de tres millones doscientos noventa y cuatro mil ochocientos noventa pesos ($ 3.294.890). Proceder de otro modo llevaría a desconocer la regla conforme a la cual en procesos como el que aquí se decide rige el principio dispositivo, que impide al Juez conceder más de lo que le ha sido pedido en forma expresa y clara por el demandante, so pena de incurrir en fallo *extra petita* (C. de P. C., art. 305, inciso 2º).

4. Se despachará favorablemente, en cambio, la petición tercera principal de la demanda, que impetra la condena a la parte demandada a pagar en favor de la sociedad actora intereses comerciales corrientes sobre la suma de $ 3.294.890.00, desde la fecha en que se produjo el daño patrimonial (29 de julio de 1982), pero únicamente hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

5. Finalmente, las cantidades líquidas reconocidas devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y moratorios después de este término (art. 177 del C. C. A.), pero sin que en ningún caso haya lugar a pagar intereses de intereses.

6. El apoderado de la empresa demandada propuso la excepción de "inexistencia de la obligación". A lo largo de esta sentencia ha quedado demostrado justamente lo contrario: Que sí existe la obligación a cargo de Puertos de Colombia.

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

Falla:

Primero: Declárase no probada la excepción de inexistencia de la obligación, propuesta por la Empresa Puertos de Colombia.

Segundo: Declárase que la Empresa Puertos de Colombia es responsable de los perjuicios causados por la falta de entrega al importador "Confecciones Piccolino & Cía. Ltda." de 56 cartones que contenían tela Denin 44, ancho 98% algodón, 2% poliuterano, entregados a la demandada el primero de marzo de 1982.

Tercero: Condénase a la Empresa Puertos de Colombia a pagar, a la sociedad "La Interamericana Compañía de Seguros Generales S. A.", subrogataria legal del importador "Confecciones Piccolino & Cía. Ltda.", la cantidad de tres millones doscientos noventa y cuatro mil ochocientos noventa pesos ($ 3.294.890.00) de 29 de julio de 1982, más intereses comerciales desde la fecha mencionada hasta la ejecutoria de este fallo, liquidados sobre la expresada suma de dinero.

Cuarto: Cúmplase esta condena en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, con expresa advertencia de que en ningún caso se pagarán intereses de intereses.

Quinto: Deniéganse las restantes súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha quince (15) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (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 VII

JUICIOS ELECTORALES

ALCALDE.— Inhabilidad.

El artículo 1º, parágrafo 2º de la Ley 49 de 1987, que adicionó el artículo 5º de la Ley 78 de 1986, consagra como inhabilidad para ser elegido Alcalde el haberse desempeñado como empleado oficial dentro de los tres meses siguientes anteriores a la elección.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., primero de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Euclides Londoño Cardona.*

Referencia: Expediente número 0171. Recurso de apelación contra el auto de fecha 9 de mayo de 1988 proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante el cual se decretó la suspensión provisional de la elección de Adolfo Alarcón Guzmán como Alcalde del Municipio de Purificación (Tolima) para el período de 1988-1990. Actor: Hugo Escobar Sierra.

Dentro del término procesal señalado por la ley, la doctora Amanda del Pilar Guzmán Cardona en su condición de apoderada del demandado (fl. 31) interpuso el recurso de apelación (fls. 32 vto., 34 a 46 vto.) contra el auto del Tribunal Administrativo del Tolima, mediante el cual se decretó la suspensión provisional del acto de elección del señor Adolfo Alarcón Guzmán como Alcalde de Purificación para el período de 1988-1990.

El recurso interpuesto por la apoderada fue concedido por el Tribunal en el efecto devolutivo (fl. 33) y corresponde a esta Corporación decidirlo de plano en los términos consagrados en el artículo 232 del Decreto 01 de 1984.

Se considera:

I. El Tribunal fundamentó su proveído para decretar la suspensión provisional, así:

"...Efectivamente, en el folio 16, aparece el Oficio DAPD 233 de fecha 6 de abril de 1988, dirigido al doctor Juan Guillermo Gómez y suscrito por el doctor Marco Antonio Melo Pérez, Director de la División de Asuntos de Personal Docente de la Universidad Nacional de Colombia, que dice: 'En atención a su solicitud de marzo 24 de 1988, me *permito informarle que el señor Adolfo Alarcón Guzmán está vinculado actualmente a la Univer-*

sidad Nacional adscrito al Departamento de Ingeniería Civil desempeñándose como docente de tiempo completo en la categoría de profesor asociado.

"'El profesor ingresó el 1º de agosto de 1977 como instructor asistente promoviéndose a la categoría en que actualmente se encuentra' (El subrayado es del Tribunal).

"A folios 1 a 15 aparece fotocopia auténtica del acta parcial de escrutinio general y de la declaratoria de elección, llevada a cabo el 20 de marzo por los delegados del Consejo Nacional Electoral y terminada el 23 de marzo, de la cual se desprende que el señor Adolfo Alarcón Guzmán fue elegido Alcalde de Purificación y declarado como tal, en los comicios electorales efectuados el 13 de marzo último.

"De lo anterior, surge lo siguiente:

"Que el señor Adolfo Alarcón Guzmán, a la fecha de expedición del oficio suscrito por el Rector (sic) de la Universidad Nacional (06 de abril de 1988), que tenía el carácter de empleado oficial o público y que fúe elegido Alcalde de Purificación por el Partido Liberal, en las elecciones que se efectuaron el 13 de marzo pasado...

"Para el Tribunal no cabe duda de que el numeral e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986 y el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 49 de 1987, fue vulnerado en forma ostensible al otorgársele la credencial de Alcalde de Purificación a Adolfo Alarcón Guzmán, toda vez que para que su elección no cayera en los vicios de inhabilidad, ha debido retirarse de la cátedra en la Universidad Nacional el 12 de diciembre de 1987, motivo por el cual asiste razón al demandante cuando impetra la suspensión provisional del acto demandado" (fls. 24 y 25, cuaderno 1).

II. En el memorial de apelación el recurrente no sustentó la impugnación (fl. 32), pero al contestar la demanda expresó:

"En favor de la brevedad, señores Magistrados, el presente escrito es suficiente como sustentación del recurso de apelación interpuesto en término hábil contra la decisión de suspender provisionalmente los efectos del acto impugnado, en orden a obtener su total revocación. Claro está, sin perjuicio de abundar o hacer mejores precisiones ante la Sección Quinta de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del honorable Consejo de Estado" (fl. 46).

En la respuesta al libelo inicial propuso diversas excepciones, que no es del caso entrar a analizar en este momento procesal, y criticó el mérito demostrativo de las pruebas aportadas.

III. *La Sala observa:*

a) Las normas relativas a la suspensión provisional (inciso segundo del artículo 152 del Decreto 01 de 1984) permiten al fallador apreciar las "pruebas aportadas" para demostrar la manifiesta viola-

ción de la ley, pero es evidente que su decisión como medida precautelativa que es, tiene como fundamento fáctico lo que revelan tales medios probatorios.

La contradicción de los hechos afirmados en la demanda y virtualmente probados *"ab initio"*, no es cuestión previa al auto provisorio y por lo tanto para la impugnación de esa providencia no existe término probatorio que permita contraprobar durante el trámite del recurso.

Conclúyese de lo anterior que para decidir la apelación sólo deben tenerse en cuenta las pruebas que tuvo a su disposición el *a quo* para proferir el auto recurrido;

b) En cuanto a la presentación de la demanda ante el Presidente y la Secretaría del Consejo de Estado constituye requisito suficiente para satisfacer la exigencia de la parte final del artículo 142 del Código Contencioso Administrativo;

c) El parágrafo segundo del artículo 1º de la Ley 49 de 1987, que adicionó el artículo 5º de la Ley 78 de 1986, norma esta que consagra las inhabilidades para ser elegido o designado Alcalde, estatuye:

> "El numeral e) (sic) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986 quedará así:
>
> "e) Quien como funcionario dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política, o militar, o quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial o haya celebrado por sí o por interpuestas personas, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que debe ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio".

En el texto del literal preinserto —que el demandante estimó ostensiblemente agraviado con el acto cuya nulidad se depreca— (fl. 20), se contemplan tres situaciones que constituyen causal de inhabilidad para ser elegido o designado Alcalde, a saber:

1ª Haber ejercido en calidad de funcionario dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección jurisdicción o autoridad civil, política o militar.

2ª Haberse desempeñado como empleado oficial dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección; y

3ª Haber celebrado por sí o por interpuesta persona, dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección, contrato de cualquier naturaleza, con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo, que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

Está probado que el señor Alarcón Guzmán fue elegido Alcalde del Municipio de Purificación (Tolima) según fotocopia autenticada del acta parcial (fls. 1 a 15), en la elección que se efectuó el 13 de marzo de 1988, no obstante que el elegido se encontraba inhabilitado

por la causal 2ª, por ser un empleado oficial, en la especie de empleado público según lo dispone el artículo 97 del Decreto 80 de 1980 y se acredita con el documento público visible a folio 16.

Así las cosas, la Sala estima que las apreciaciones del Tribunal *a quo* que sirvieron de fundamento a su decisión de ordenar la suspensión provisional del acto impugnado, son correctas.

De folios 54 a 65 obra el memorial presentado por el doctor José Roberto Herrera Vergara, como apoderado sustituto de la doctora Amanda del Pilar Guzmán Cardona.

La Sala no tendrá en cuenta dicho memorial en razón de que el artículo 155, inciso final, dispone que cuando se trata de apelación de autos de suspensión provisional el Consejo de Estado resuelve de plano. Pero ello no obsta para que la Sala le reconozca personería al doctor José Roberto Herrera Vergara, según la sustitución hecha por la procuradora judicial del demandado, visible a folio 53.

Por la misma razón, tampoco es posible tomar en consideración el escrito presentado por el doctor Hugo Escobar Sierra, en su calidad de actor (fls. 57 a 65).

Son suficientes las anteriores consideraciones para que se confirme la providencia apelada y, en consecuencia, se ordene devolver el expediente al Tribunal de origen.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

Resuelve:

Primero. Confírmase el auto apelado.

Segundo. Reconócese personería al doctor José Roberto Herrera Vergara.

Tercero. 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 primero (1º) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

HECHO NOTORIO.— Prueba.

Si el conocimiento del Juez es compartido por la generalidad de las personas que forman el medio social donde ocurrió el hecho o ejerce sus funciones, estamos en presencia de un hecho notorio exento de prueba. En caso contrario el hecho debe ser probado en la forma legalmente establecida.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., ocho de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente número E-147. Recurso de súplica. Nulidad del nombramiento del doctor Horacio Serpa Uribe como Procurador General de la Nación.

El doctor Guillermo Romero García, obrando en su condición de actor en el proceso de la referencia, dentro de la oportunidad procesal indicada para ello, interpuso recurso ordinario de *súplica* contra la providencia fechada el veintiséis (26) de abril del corriente año, proferida por la Sala Unitaria del honorable Consejero, doctor Antonio José de Irisarri Restrepo, en cuanto por ella, al admitirse la demanda, se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del Decreto ejecutivo número 616 de 7 de abril de 1988, suscrito por el señor Presidente de la República y refrendado por su Ministro de Justicia por el cual se nombró al doctor Horacio Serpa Uribe como Procurador General de la Nación, encargado.

I. *Fundamento de la solicitud de suspensión provisional.* Aun cuando el accionante no señala expresamente en el capítulo de su demanda intitulado "suspensión provisional", cuál o cuáles son las normas constitucionales o legales presuntamente quebrantadas con el acto administrativo cuya suspensión provisional se impetra, ya que en él solamente se limita a expresar las razones por las cuales considera que aquella medida procede en los juicios electorales, del contexto de la demanda —que la Sala Unitaria que dictó la providencia recurrida y ahora esta Sección interpreta como un todo armónico— surge que el fundamento de la acusación de nulidad del Decreto ejecutivo referido e igualmente de la suspensión provisional solicitada no es otro que el artículo 109 de la Constitución Política, en cuanto dicho precepto prohíbe al Presidente de la República dar empleo a Senadores o Representantes, principales o suplentes, excepción hecha de los cargos de Ministro, Viceministro, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador, Alcalde de Bogotá, agente diplomático y jefe militar en

tiempo de guerra, cargos dentro de los cuales no se encuentra el de Procurador General de la Nación, que le fuera conferido al doctor Serpa Uribe.

Adicionalmente, en la demanda se invocan como quebrantadas las disposiciones contenidas en los artículos 2º, 55, 102-2, 142 y 161 de la Constitución Política.

II. *Fundamentos de la decisión recurrida.* La Sala Unitaria niega la solicitud de suspensión provisional, con fundamento en las siguientes consideraciones:

a) No aparece en parte alguna del acto acusado que la persona designada interinamente para desempeñar el cargo de Procurador General de la Nación, mientras la Cámara elige el titular, sea senador o representante, principal o suplente en ejercicio del cargo;

b) Tampoco aparece acreditada —como ha debido serlo— la calidad de Senador, principal o suplente en ejercicio del cargo, del doctor Serpa Uribe, ya que con la demanda no se aportó prueba alguna en tal sentido, como lo exige el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, no obstante que en la demanda se afirma que "todos sabemos, todos hasta el doctor Virgilio Barco, que el doctor Horacio Serpa Uribe es Senador principal hasta el año de 1990" (fl. 2, cuaderno 1);

c) En consecuencia, no aparece la manifiesta violación de la norma superior de derecho invocada de la simple confrontación entre el acto acusado y la norma constitucional contenida en el artículo 109 de la Carta, que la ley exige como requisito *sine qua non* para la viabilidad de la orden de suspensión provisional de un acto administrativo;

d) Tampoco encuentra el Despacho que el Decreto acusado y cuya suspensión provisional se solicita, vulnere ostensiblemente los artículos 2º, 102-2, 142 y 161 de la Carta, porque la violación de ese conjunto de preceptos no surge de manera clara y manifiesta, en forma espontánea, sino que de existir ella, requeriría de una serie de argumentaciones y disquisiciones sobre la soberanía nacional y la limitación de los poderes públicos; sobre la colaboración armónica de las ramas del Poder Público; y, en general, sobre el régimen constitucional y legal del Ministerio Público, a más de que, para deducir, la violación alegada, sería necesario, examinar la incidencia que sobre la materia podrían tener disposiciones como las contenidas en artículos tales como el 68, numeral 11 de la Ley 4ª de 1913, y el inciso 2º del artículo 17 del Decreto 1660 de 1978.

III. *Fundamentos del recurso ordinario de súplica interpuesto.* Al sustentar el recurso indicado, el actor expresa que se limitará a insistir en el cargo fundamental imputable al Decreto 616 del corriente año, o sea, el artículo 109 de la Carta por considerarlo fundamental —los demás cargos son secundarios afirma— y suficiente para que se pueda acceder a la suspensión provisional impetrada.

La norma constitucional indicada —dice el recurrente— es tan diáfana que no requiere exégesis: En orden a preservar la separación

entre las tres ramas del Poder (art. 55, C. N.), se prohíbe al Presidente de la República conferir a parlamentario —debió expresarse a congresista, pues en Colombia no existe Parlamento— en ejercicio cargo distinto de los que el artículo 109 enumera, así sea interinamente, pues, de un lado, la norma supralegal no establece excepción en tal sentido, y de otro lado, la existencia del artículo 2º del Decreto 1660 de 1978 que faculta al Presidente de la República para proveer el cargo de Procurador, en caso de vacante definitiva, *mientras la Cámara elige en propiedad,* conlleva la facultad lícita de hacerlo nombrando a cualquier ciudadano que reúna las calidades, siempre y cuando que no sea congresista principal o suplente en ejercicio, porque estos últimos únicamente pueden ser nombrados en los cargos que señala el artículo 109. Esto no es tan difícil de comprender, ni tan complejo como lo describe el auto suplicado, agrega el actor.

Finalmente, el recurrente se refiere al argumento expuesto en la providencia de Sala Unitaria para negar el decreto de suspensión provisional, consistente en que no se acreditó que el doctor Horacio Serpa Uribe es Senador y ocupaba su curul en la fecha de nombramiento, el cual considera formalista, casuístico a ultranza, en acciones que prescriben a los veinte días, por cuanto se trata de un hecho notorio o público, que la ley exonera de prueba (art. 177 del C. de P. C.), sin que sea de recibo la aseveración según la cual "el conocimiento personal que el juzgador pueda tener de determinado hecho, bien por haberlo presenciado o por haber tenido conocimiento de él por fuera del proceso o en su vida privada, no puede servir de prueba del mismo", ni aún atribuyendo a esa prueba el carácter de lo notorio, "porque aún en materias como la de que se trata tiene operancia el principio general de derecho probatorio conforme al cual el Juez debe fallar según lo que las partes le hayan probado y alegado", ya que ello es una institución de estirpe bárbara y románica, afincada en el concepto absolutista de la propiedad, que en buena hora desapareció para ceder el paso al principio inquisitivo y la facultad oficiosa.

Con apoyo en las anteriores razones, insiste el recurrente en que se decrete la suspensión provisional denegada; sin embargo, aporta al proceso, con motivo de la interposición del recurso de súplica, la constancia expedida por el señor Secretario General del Senado de la República, con fecha 9 de junio de 1988, según la cual el doctor Serpa Uribe fue elegido Senador Principal por la Circunscripción de Santander, para el período constitucional de 1986-1990, funciones que ejerció hasta el 7 de abril del mismo año.

El proceso fue repartido el 14 de junio del presente año al Consejero Miguel González Rodríguez, a quien corresponde elaborar la presente ponencia, según los restantes integrantes de la Sección Quinta, por no haber sido el mismo Consejero que dictó la providencia recurrida, y que ahora se procede a resolver previas las siguientes

Consideraciones:

El hecho notorio y su prueba. La pregunta que los tratadistas de derecho procesal se hacen sobre si se puede pronunciar un Juez, en relación a una cuestión de hecho, según su propio conocimiento, sin

otras pruebas?, respecto de lo cual muchos de ellos sostienen que se requieren grandes precauciones, porque, de un lado, dónde está la línea divisoria entre un hecho suficientemente notorio y el que no lo es?, ya que lo que es notorio a los ojos de uno, puede no serlo a los de otro, y por cuanto, de otro lado, aun cuando con respecto a determinado hecho, la persuasión general esté suficientemente establecida, puede no estarlo también con relación a tal o cual circunstancia importante del mismo hecho, sin embargo, modernamente ha sido respondida por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación en sentido afirmativo (el principio fue consagrado por primera vez, al parecer, en la doctrina y en la legislación alemana de 1898, reiterado en la actual), como se puede ver en el artículo 177, inciso segundo, de nuestro Código de Procedimiento Civil, pues hay casos en que los hechos son tan notorios que ni la parte adversaria se atrevería a negarlos sin exponerse a una imputación de mala fe.

No obstante ello, es necesario cuidarse —afirma el profesor Devis Echandía— de no confundir el conocimiento personal o la ciencia personal del Juez, con la notoriedad general o judicial, porque aquél se refiere a los hechos de que el Juez es testigo por haberlos conocido fuera del proceso, bien sea en su vida privada o en actividades judiciales, cuando no gocen de notoriedad general; si el conocimiento del Juez es compartido por la generalidad de las personas que forman el medio social donde ocurrió el hecho o ejerce aquel sus funciones, estaremos en presencia de un hecho notorio, exento de prueba; en el caso contrario ese hecho debe ser probado con los requisitos y medios ordinarios o especiales exigidos por la ley, y el Juez no puede eximirlo de prueba a causa del conocimiento personal que de él tiene, ya que a esos hechos no probados y conocidos por el Juez se aplica el principio *quod non est in actis non est in mundo* (lo que no está en los autos, no está en el mundo).

Hechas las anteriores precisiones, la Sala debe concluir que se acierta en la providencia suplicada cuando se sostiene que la condición de Senador principal, por determinada Circunscripción electoral, del doctor Horacio Serpa Uribe debió demostrarse, al menos con un principio de prueba, en razón de que el conocimiento personal que el juzgador —en este evento quien conocía anteriormente del presente juicio— pueda tener de determinado hecho, bien por haberlo presenciado o por haber tenido conocimiento de él por fuera del proceso o en su vida privada (conocimiento personal), no puede servir de prueba del mismo, especialmente cuando, de un lado, nadie podría afirmar que para todos es conocido el hecho de que el doctor Serpa Uribe es Senador principal, "porque todos los periódicos colombianos, todos los noticieros radiales y televisados, todos los programas de actualidad política, repitieron durante una semana, hasta la fatiga y en diversas formas que el *Senador* —se subraya— Serpa Uribe había sido encargado de la Procuraduría", y de otro lado, cuando es claro que nuestra ley procesal, en materia de suspensión provisional, exige el examen de pruebas aportadas, en el evento de que no se dé la manifiesta violación de una norma superior, que se pueda apreciar a través de una sencilla o simple confrontación entre el acto acusado y la norma superior (art. 152, inciso segundo, del C. C. A.).

Para cuántos colombianos y residentes en nuestro país no es conocida la condición de Senador o de Representante de muchas de las personas que ocupan actualmente, o han ocupado alguna vez, una curul en el Senado de la República o en la Cámara de Representantes, inclusive tratándose de Senadores y Representantes que aparecen citados o fotografiados en los periódicos de circulación nacional o regional, con cierta frecuencia? Por esa sencilla razón no es admisible pretender que se dé por establecida o probada en el proceso, especialmente para efectos de tomar una decisión tan trascendental como es la medida de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, la condición de Senador principal del doctor Serpa Uribe, por la circunstancia de que periódicos, radioperiódicos o programas televisivos, hayan trasmitido la información de que el Senador Serpa Uribe, fue designado interinamente Procurador General de la Nación por el Presidente de la República, y, porque, además, el señor Consejero ponente de la providencia suplicada sabe a ciencia cierta que dicha persona era, en el momento de su nombramiento, Senador principal por Santander (conocimiento personal y no notoriedad judicial que ha sido rechazada por la mayoría de los autores y excluida de las legislaciones).

Ahora bien; la circunstancia de haberse allegado al proceso, con motivo de la interposición del recurso de súplica, la prueba que echó de menos la Sala Unitaria, no puede servir de fundamento a esta Sala de Decisión para revocar su providencia, ya que lo inconveniente o injurídico de la providencia apelada o suplicada debe verificarse, al hacer el reexamen de la cuestión debatida, teniendo en cuenta los elementos de juicio que las partes aportaron al proceso y que le sirvieron al Juez para resolver en primera instancia, y no los que se aportaron posteriormente con motivo del recurso ejercitado por la parte disconforme con la decisión. Los errores en la sentencia o en la providencia que obedezcan a negligencia de las partes, sólo a ellas puede y debe perjudicar.

El ostensible desconocimiento del artículo 109 de la Constitución Política. No obstante que las anteriores consideraciones serían más que suficientes para confirmar la providencia suplicada, la Sala de Decisión no quiere dejar de observar que igualmente acierta la Sala Unitaria cuando en aquella expresa que tampoco aparece en forma ostensible la violación de las normas superiores de derecho que se invocan como quebrantadas en el libelo y que para llegar a esa conclusión, sería necesario, de existir esa violación, acudir a toda una serie de argumentaciones y disquisiciones que son propias de la sentencia y no de un simple auto.

En efecto; de un lado, habría que determinar el alcance del artículo 109 de la Carta frente a lo preceptuado en el numeral 11 del artículo 68 del Código de Régimen Político y Municipal, que le confiere al Presidente de la República la facultad de "nombrar interinamente, en receso del Congreso, los empleados que éste o cualquiera de sus cámaras debiera elegir, siempre que falten y no haya suplentes que puedan reemplazarlos"; de otro lado, resulta apresurado determinar en este momento si el empleo de Procurador General de la Nación, en

interinidad, es de aquellos que el artículo 109 de la Constitución prohíbe al Presidente de la República discernir a los Senadores y Representantes, o determinar previamente si la prohibición constitucional es solo para que el designado entre a desempeñar empleos pertenecientes a la Rama Ejecutiva, como pareciera deducirse de la enumeración legislativa de los casos de excepción, o si también abarca o comprende los empleos de organismos fiscalizadores de las otras ramas del Poder Público, como son la Procuraduría y la Contraloría que estrictamente no hacen o forman parte del Ejecutivo —aun cuando el artículo 142 de la Carta preceptúe que el Ministerio Público será ejercido bajo la suprema dirección del Gobierno, lo que no implica que el Presidente de la República sea el superior jerárquico del Procurador—, y cuya provisión corresponde a la Cámara de Representantes, previa terna del Ejecutivo en el primer caso y sin ella en el segundo.

Finalmente, habría necesidad de determinar si, a partir del Acto legislativo número 1 de 1968, por cuyo artículo 33 se modificó el artículo 109 del ordenamiento vigente hasta ese entonces, el quebrantamiento de la prohibición constitucional de conferir empleos a los Senadores y Representantes, salvo los casos de excepción allí enumerados, se sanciona con la nulidad del acto administrativo de nombramiento, o sólo conlleva o implica la vacante transitoria del cargo de Senador o Representante, por el término en que se desempeñe el cargo o empleo para el cual el Senador o Representante es designado por el Presidente de la República, pues es evidente que, según la codificación constitucional de 1945, la "infracción de este precepto —el del art. 109— vicia de nulidad el nombramiento", y además "produce vacante transitoria —del cargo de Senador o Representante, se entiende— por el tiempo en que desempeñe el cargo" el nombrado (art. 31 del Acto legislativo número 1 de 1936), y la modificación efectuada en la reforma constitucional de 1968 —en cuanto al art. 109 hace relación—, consistió precisamente en suprimir la frase: "La infracción de este precepto vicia de nulidad el nombramiento", lo que eventualmente podría llevar a la conclusión de que la violación de la prohibición constitucional quedó sin sanción legal alguna, o sólo quedó limitada a la vacancia transitoria del cargo de Senador o Representante, por el término en que se desempeñe el empleo conferido por el Presidente de la República.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, *resuelve:* Confirmar, como en efecto confirma, la providencia de 26 de abril de 1988 proferida en este proceso por la Sala Unitaria del señor Consejero Antonio José de Irisarri Restrepo, en cuanto por ella se denegó la petición de suspensión provisional del artículo primero del Decreto ejecutivo número 616 de abril 7 de 1988, que designó interinamente al doctor Horacio Serpa Uribe, como Procurador General de la Nación.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sección Quinta en su sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese, y en firme vuelva al Despacho del ponente para resolver sobre la petición de pruebas.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONCEJO MUNICIPAL.— Actos de elección.

El artículo 100 del Decreto 1333 de 1986 no determina que de no proceder el cabildo en el período de sesiones ordinarias, a perfeccionar la elección, pierda la atribución dicha, hasta las sesiones ordinarias de noviembre del siguiente año.

ADMINISTRACION MUNICIPAL. Codificación.

Siendo que las previsiones del Decreto 49 de 1932 no fueron incorporadas al Decreto 1333 de 1986 no puede estimárseles vigentes pues implicaría desconocimiento por el legislador del alcance de las facultades extraordinarias del literal b) del artículo 76 de la Ley 11 de 1986.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., quince de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente número E-112. Actor: Fabio Moreno Pérez.

Apelación de la sentencia de noviembre 9 de 1987, proferida por el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca negando la nulidad de la elección de Contralor, Tesorero y Personero de Fusagasugá.

Conoce la Sala, por apelación, de la sentencia de fecha 9 de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), por cuya virtud el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda propuesta por el profesional del Derecho Fabio Moreno Pérez contra el acto de elección de Contralor, Tesorero y Personero Municipales de Fusagasugá, efectuado por el honorable Concejo Municipal de ese lugar en sesión ordinaria efectuada el viernes seis (6) de marzo del año mencionado al comienzo.

Su demanda la encaminó el actor a obtener las siguientes declaraciones:

"*Primera:* Declarar la nulidad de la elección de Manuel H. Cárdenas V., como Contralor Municipal de Fusagasugá; de Rafael Salcedo Jaimes, como Tesorero de Fusagasugá, y de Jorge Sierra Castro, como Personero de Fusagasugá, mayores y vecinos de

Fusagasugá, elección que consta en el acta correspondiente a la sesión del honorable Concejo Municipal de Fusagasugá, efectuada el día seis (6) de marzo de 1987. Elección que hizo *EXTEMPORANEAMENTE y sin la DEBIDA CITACION*, dicha Corporación edilicia. Por no expedirse copia de esa acta, se solicita oficiar con ese fin".

"*Segunda:* Como consecuencia de la declaración anterior, se disponga igualmente, si a ello hubiere lugar, la interdicción prevista en el artículo 244 del Código Contencioso Administrativo para quienes dieron lugar a la infracción de la ley, en el caso de autos".

"*Tercera:* Se sirva ordenar el cumplimiento de la sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo".

"II. *Peticiones subsidiarias.*

"En el evento de estimarse que la súplica sobre la nulidad de la elección, por estar referida a tres personas, debe fraccionarse y formularse separadamente para cada elegido, así se procede, en subsidio, en relación con la primera pretensión, principal, a saber:

"1ª Se declare la nulidad de la elección de Jorge Sierra Castro, como Personero de Fusagasugá.

"2ª Se declare la nulidad de la elección de Rafael Salcedo Jaimes, como Tesorero Municipal de Fusagasugá.

"3ª Se declare la nulidad de la elección de Manuel H. Cárdenas, como Contralor Municipal de Fusagasugá. Elecciones precitadas que hizo el Concejo Municipal de Fusagasugá, en la sesión de 6 de marzo de 1987.

"Por lo anterior las pretensiones *segunda y tercera*, principales quedarán de *cuarta* y *quinta*, en subsidio (4ª y 5ª)".

Para fundamentar la demanda expone el actor los siguientes:

"V. *Hechos u omisiones* (sic).

"1. El Concejo Municipal de Fusagasugá, *omitió* o no hizo la elección de Tesorero y Contralor en el mes de noviembre de 1986, cuando debía haberlo hecho al tenor de lo previsto en el artículo 197-6 de la Constitución Nacional; artículo 92-6 del Decreto 1333 de 1986 y artículos 100, 136, 153 y 79 *ibídem* (sic).

"2. Los artículos 197-6 de la Constitución Política y 92-6 del Decreto 1333 de 1986, señalan que los Concejos *elegirán Personeros*, etc. *Cuando* las normas vigentes lo *autoricen*. El artículo 100 del citado Decreto señala *esa oportunidad legal.*

"3. El artículo 100 precitado, dispone que 'los Concejos elegirán funcionarios *en* las *sesiones ordinarias inmediatamente anteriores* a la fecha de *iniciación del período* del elegido...' Subrayo. Vale decir, desarrolla al artículo 197-6 de la Constitución Nacional y señala *cuando* se hace la elección.

"4. Los artículos 136 y 153 del Decreto 1333 de 1986, señalan que el *período* de los Personeros y Tesoreros, se *iniciara* el primero de *enero* de cada año. Por tanto, las *sesiones* ordinarias *anteriores* a esa fecha (enero 1º), son las *sesiones* de *noviembre*, según el artículo 79 *ibidem* (sic).

"5. Por lo anotado en los hechos anteriores, la elección de funcionarios impugnada debió hacerse, legalmente, en noviembre de 1986 y no en marzo de 1987 como se hizo. El artículo 100 del Decreto 133 de 1986, sólo prevé una excepción, la *falta absoluta*, que no es el caso de autos.

"6. El artículo 2º del Decreto 49 de 1932 prevé que la convocatoria para la elección debe *señalar día* y *hora*. En el caso de autos no se señaló la *hora*. Verse Acta de la sesión de febrero 27 de 1987, la *proposición* número 24.

"7. Eos (sic) artículos 1º y 12 del Decreto 49 de 1932 disponen que la *citación* de los Concejales se hará por *notificación personal*, vale decir, por *escrito*. No se hizo así en el caso de autos, verse constancia anexa. Se hizo verbal".

Concepto de la violación:

Bajo este rubro resume el actor su concepto sobre las infracciones al orden jurídico, en que incurrió el honorable Concejo Municipal de Fusagasugá en los actos de elección de los tres funcionarios prementados. Esas violaciones fueron tres, así:

1ª De orden constitucional y legal, por cuanto el artículo 197, numeral 6º de la Constitución Nacional dispone que son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, "elegir Personeros y Contralores Municipales cuando las normas vigentes lo autoricen, y los demás funcionarios que la ley determine", en tanto el artículo 100 del Decreto 1333 de 1986 estatuye: "Los Concejos elegirán funcionarios en las sesiones ordinarias inmediatamente anteriores a la fecha de iniciación del período del elegido", fijando de ese modo la oportunidad para que las Corporaciones edilicias efectúen la elección de dichos funcionarios. Por consiguiente, al disponer los artículos 136 y 153 del precitado Decreto 1333 de 1986 que el período de los Personeros y Tesoreros se *inicia* el 1º de enero, al tenor de lo reglado en el artículo 79 *ibidem* dicha elección debe realizarse en las sesiones ordinarias del mes de noviembre, por ser las inmediatamente anteriores a la fecha de iniciación de ese período.

Todas esas disposiciones, en concepto del actor, fueron infringidas por el Concejo de Fusagasugá al efectuar las elecciones acusadas en el mes de marzo de 1987 y no en noviembre de 1986.

2ª De orden legal, por infracción del artículo 2º, Decreto 49 de 1932, que establece la obligación de convocar, señalando fecha y hora, para la sesión de elección de funcionarios por parte de los Cabildos Municipales, lo que no se hizo respecto de la hora, en la proposición número 24 de 27 de febrero de 1987 del Concejo de Fusagasugá, violando también, por ese aspecto, el artículo 75 del Reglamento del mismo Cabildo.

3ª También de orden legal, por infracción de los artículos 1º y 12 del citado Decreto 49 de 1932, que establecen la obligación de citar *personalmente*, o sea, por escrito, a los miembros del Concejo Municipal cuando dicha Corporación se vaya a ocupar de la elección de funcionarios, normas que también fueron violadas para las elecciones acusadas por cuanto la respectiva citación fue verbal.

Sentencia de primera instancia:

El honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia apelada, denegó las peticiones de la demanda apoyándose en los siguientes argumentos:

"Se responde en el sentido de que la elección no es extemporánea (sic) porque: a) El hecho de no haberse llevado a cabo la elección en la sesión ordinaria inmediatamente anterior a la fecha de iniciación del período, sino en una posterior, no le hace perder la competencia al honorable Concejo Municipal, para efectuar la elección de los citados funcionarios conforme a la norma constitucional (art. 197, numeral 6) y las normas legales (art. 100, Decreto 1333 de 1986), dado que eso está dentro de la órbita de sus atribuciones (arts. 92, numeral 6 y 93, numeral 2, Decreto 1333 de 1986), de tal suerte que, cuando se haga una elección después de principiado un período —como es el caso— *sub exámine* (inciso 2º, art. 100 *ibídem*), se entiende hecha sólo para el resto del período en curso. La finalidad de la norma invocada como violada es la de facilitar a los Contralores, Personeros y Tesoreros la posesión en la fecha de iniciación del período, mediante la elección oportuna por los Concejos Municipales. Pero si ello no es posible y por cualquier circunstancia no se hace en la sesión anterior a la iniciación del período, lo que ocurre es simplemente que no puede tomar posesión en esa fecha y continúa el que estaba ejerciendo las funciones hasta el momento en que se produzca la elección, la cual se entiende, conforme a la ley, que lo es por el resto del período. Si no se lleva a cabo la elección en noviembre, por cualquier circunstancia, imputable o no a los miembros del Cabildo, no significa que la ley haya querido privarlos de una atribución constitucional y legal, como sería la conclusión a que tendría que llegar esta Sala si se aceptara la tesis expuesta por la demanda; y b) Porque tal hecho no está erigido expresamente por la ley como causal de nulidad".

Respecto a la pretensa violación de los artículos 1º, 2º y 12 del Decreto 49 de 1932, el *a quo* llegó a la conclusión de que tales normas fueron derogadas mediante el artículo 385 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal vigente).

Finalmente, en cuanto a la infracción al reglamento de funcionamiento del Concejo de Fusagasugá, alegado por el actor, dijo el Tribunal que, en primer lugar, ese Cabildo no tenía al tiempo de las elecciones impugnadas un reglamento interno expedido al tenor de las previsiones del artículo 72 del Código de Régimen Municipal, sobre todo en cuanto a normas de validez de las convocatorias de las reuniones. En segundo lugar, por lo que se refiere a la violación del artículo

75 del reglamento del Concejo, sostiene que nada dice él sobre la validez de las convocatorias a esas reuniones, no siendo dable deducir la nulidad de la elección acusada.

Sustentación del recurso de apelación:

Fundamento de la apelación es el monto del presupuesto del Municipio de Fusagasugá, superior a treinta millones de pesos por la fecha de interposición del recurso —13 de noviembre de 1987— y la reiteración del concepto de violación de las disposiciones que señala como infringidas, expuesto en la demanda. Además alega que el *a quo* no examinó el planteamiento de la extemporaneidad de las elecciones acusadas, sino que encaminó sus argumentos hacia el análisis de la competencia del Cabildo para efectuar ese acto tomando así un camino equivocado, en concepto del actor. Aduce que también el Tribunal se equivocó al considerar derogadas las disposiciones del Decreto 49 de 1932, siendo que la sentencia de exequibilidad del artículo 385 del Decreto 1333 de 1986, citada en apoyo de ese criterio, claramente separa los conceptos de exequibilidad de las de derogatoria de la norma jurídica. Finalmente critica el planteamiento expuesto en la sentencia recurrida en lo atañadero al reglamento del Concejo de Fusagasugá, que tacha de sofístico.

Concepto del Ministerio Público en segunda instancia. Estima el colaborador del Ministerio Público que el acto de elección de funcionarios municipales de Fusagasugá, acusado en la demanda, está viciado de nulidad por extemporáneo, como que no se realizó oportunamente conforme a lo mandado en el artículo 100 del Decreto 1333 de 1986, o sea, en las sesiones ordinarias del cabildo correspondiente al mes de noviembre de 1986. Al respecto afirma: "...la ley ha limitado el tiempo, lo ha fijado, para que los Concejos, cada uno en su ámbito territorial, pueden elegir funcionarios de este rango, en otras palabras, los cabildos no pueden ejercer *ad libitum* su potestad constitucional de elegir contralor, personero y tesorero, sino que han de supeditarse a la época previamente fijada por la ley..." Y agrega que la falta de oportunidad, la extemporaneidad, sigue vigente, si se tiene en cuenta que al tiempo de la elección no se presentaba la excepción consagrada en el mismo artículo 100 del Código de Régimen Municipal, sobre la falta absoluta de esos funcionarios. También afirma que resulta invalidable el triple acto de elección acusado por infringir las previsiones del Decreto 49 de 1932, en cuanto que la citación previa a los Concejales para concurrir a la sesión en que aquél se realizó fue verbal y sin determinación de la hora.

Finalmente se opone a la segunda petición principal de la demanda, la de imponer la pena de la interdicción de derechos y funciones públicas a los responsables de la nulidad de la elección acusada, por cuanto la norma del artículo 244 del Código Contencioso Administrativo fue declarada inexequible por la honorable Corte Suprema de Justicia.

No encontrando en lo actuado motivos de invalidez, procede la Sala a desatar el recurso.

Considerandos:

Sea lo primero anotar, aunque el actor mismo lo considera incuestionable, que los Concejos tienen atribución constitucional para elegir algunos altos funcionarios de la Administración municipal. Incluso, durante algunos períodos de nuestra historia republicana de este siglo, la de elegir funcionarios de la Administración de justicia a nivel municipal.

En efecto, en reacción contra el exagerado centralismo político y aún administrativo consagrado en la Carta Política de 1886, en la que el Presidente quedó investido de amplísimos poderes jurídico-políticos no sólo a nivel nacional sino en lo departamental y municipal, la reforma constitucional de 1910 consagró aquella atribución en favor de los Concejos en su artículo 62, así:

Acto legislativo número 3 de 1910. "Artículo 62. Corresponde a los Concejos Municipales...nombrar Jueces, Personeros y Tesoreros Municipales, y ejercer las demás funciones que les sean señaladas".

Dicha disposición aparece reiterada textualmente en el artículo 195 de la codificación constitucional correspondiente al Acto legislativo número 1 de 1936.

En cambio, el Acto legislativo número 1 de 1945 reformó sustancialmente la norma del artículo 195 de la Carta, pues quitó a los Concejos la atribución de elegir Jueces, se las conservó para elegir Personeros y Tesoreros municipales y la amplió facultándolos para elegir "...los demás funcionarios o empleados que la ley determine..." Esta disposición constituyó la regla 3ª del artículo 197 de la Carta, por virtud de la codificación elaborada por el profesor Tulio Enrique Tascón.

El Acto legislativo número 2 de 1954 atribuyó la elección que se comenta a los llamados Concejos de Administración Municipal, agregando la de Contralor y modificando la proposición final al facultar a dichas Corporaciones para nombrar "...los demás funcionarios para cuya designación los facultan expresamente las leyes..." (art. 19).

El Acto legislativo número 1 de 1968, por su artículo 62, modificó el artículo 197 de la Constitución Nacional al disponer:

"Artículo 62. El artículo 197 de la Constitución Nacional quedará así:

"Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

"1ª .....

".....

"6ª Elegir Personeros y Tesoreros municipales y los demás funcionarios o empleados que la ley determine.

".....".

Finalmente, el Acto legislativo número 1 de 1986 modificó nuevamente esa atribución 6ª del artículo 197 de la Constitución Nacional, en los siguientes términos:

"Artículo 5º La atribución sexta del artículo 197 de la Constitución Nacional quedará así:

"Elegir Personeros y Contralores municipales cuando las normas vigentes lo autoricen, y los demás funcionarios que la ley determine".

Este rápido recuento histórico tiende a mostrar, simplemente, que la atribución a los Cabildos, consagrada en el ordinal 6º del artículo 197 de la Constitución Política, tiene profundo arraigo en nuestras instituciones jurídico-políticas y fue, hasta que se estatuyó la elección popular de Alcaldes, la más importante, si no la única, expresión de descentralización administrativa dentro del estricto régimen centralista establecido por la Constitución Política de 1886.

Era que a través de la elección de funcionarios realizada por los Cabildos, los vecinos, indirectamente participaban en la conformación de parte muy importante de la Administración del respectivo Municipio. Por ello esa atribución de competencia de los Concejos Municipales revestía excepcional trascendencia en el marco de las instituciones democráticas que nos rigen, porque, por el contrario los Alcaldes —Jefes de la Administración Municipal— eran agentes del Gobernador del respectivo Departamento y, más exactamente, subalternos suyos, como que de éste dependía su nombramiento y permanencia en el cargo. La participación indirecta o mediata de los vecinos en la escogencia de algunos funcionarios del respectivo distrito se ha modificado en beneficio del criterio descentralizador y democrático, por cuanto la intervención de la comunidad se ha tornado directa en relación a la elección de Alcaldes, por disposición contenida en los artículos 1º y 3º del Acto legislativo número 1 de 1986, además de la participación que otorga a la comunidad el nuevo Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986) en sus artículos 374 a 378.

Se puede concluir, entonces, que no es lógico que el importante fuero conferido a los Concejos, para elegir a determinados funcionarios municipales, pueda ser condicionado, hasta el extremo de tornarlo nugatorio, ni siquiera por la misma ley. Como sería, por caso, que en ésta se fijaran términos temporales para la ejercitación de esa atribución constitucional, fuera de los cuales aquella resultara nula. "...Pero tal interpretación es absolutamente inadmisible", ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de Sala Plena. Y agrega: "...Cuando se trata de competencias atribuidas por la Carta a un órgano o funcionario, una cosa es que la ley reglamente su ejercicio, y otra que lo limite, lo recorte, o reparta esa competencia en órgano o funcionario distintos..." (Sentencia de 4 de septiembre de 1969, Magistrado ponente doctor Hernán Toro Agudelo).

Examen de los cargos formulados:

Cargo primero. Que con el tripartito acto electoral acusado, por haberse producido fuera de la oportunidad señalada en la ley, se infringió la regla 6ª del artículo 197 de la Carta y los artículos 100, 136, 153 y 79 del Decreto 1333 de 1986.

La Sala comienza el análisis del cargo consignando proposiciones por fuera de toda controversia, así:

A) La aludida regla 6ª del artículo 197 de la Carta Política, atribuye a los Concejos Municipales la competencia para elegir Personeros y Contralores Municipales "...cuando las normas vigentes lo autoricen...", atribución que antes del Acto legislativo número 1 de 1986 se extendía a los Tesoreros municipales. Esa disposición la reitera el artículo 92, ordinal 6º del Decreto 1333 de 1986;

B) El artículo 136 del Decreto 1333 de 1986 fija en un (1) año el período de duración de los Personeros municipales, contado a partir de 1º de enero. De modo similar establecía el artículo 153 de la misma obra la duración y la fecha de iniciación del período de los Tesoreros municipales, siendo por disposición del artículo 24 de la Ley 78 de 1986, que dicho cargo pasó a ser de libre nombramiento y remoción de los Alcaldes municipales a partir de 1º de junio del año en curso. Y en cuanto a los Contralores municipales el artículo 306 del Decreto 1333 de 1986, establece que serán elegidos para períodos de dos años, que empezarán a contarse el 1º de enero de 1987;

C) El artículo 100 del Decreto 1333 de 1986, tantas veces aludido, consagra la disposición que se erige en meollo del cargo en estudio. Así reza: Artículo 100. "Los Concejos elegirán funcionarios en las sesiones ordinarias inmediatamente anteriores a la fecha de iniciación del período del elegido. En los casos de falta absoluta, lo podrán hacer en cualquier tiempo.

"Siempre que se haga una elección después de principiado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso".

Compaginando el inciso primero (1º) de esta norma con la previsión del artículo 79 *ibídem*, que determina las fechas de iniciación de los períodos ordinarios de las sesiones de los Concejos Municipales, sesiones que cada vez se extienden a treinta (30) días prorrogables por diez (10) días más, infiere el actor que la elección acusada debió efectuarse en las sesiones ordinarias de noviembre de 1986, por ser las inmediatamente anteriores a la fecha de iniciación del período de los elegidos, por lo que efectuado ese triple acto electoral en sesión de 6 de marzo de 1987, el Cabildo de Fusagasugá incurrió en violación de la disposición constitucional y de los preceptos legales relacionados en este acápite.

Sin embargo, la Sala no comparte esa conclusión por las siguientes razones:

1. Porque el artículo 100 del Decreto 1333 de 1986 indica las sesiones ordinarias en las que el Concejo Municipal está autorizado para elegir a los funcionarios que por atribución constitucional le corresponde nombrar, pero no determina que, de no proceder el Cabildo en ese período de sesiones a perfeccionar la elección, pierda la atribución dicha hasta las sesiones ordinarias de noviembre del siguiente año. Por lo contrario, el inciso segundo (2º) de la norma comentada establece, de modo general, que de efectuar la elección "...después de principiado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso...", limitando a la mera reducción del

período de los funcionarios así elegidos la consecuencia de no habérseles elegido en el espacio de tiempo en que autoriza hacerlo el artículo 100 del Código de Régimen Municipal. Esa es también la conclusión a la que se debe llegar cuando se observa que la ley no estableció la prórroga del período de los aludidos funcionarios municipales, si en las sesiones de noviembre del respectivo período dejó de hacerse la elección de quienes hayan de reemplazarlos. Se entiende que aquellos quedan interinos hasta que el nominador agote la atribución de elegir los reemplazos para el período en curso, pero sólo para el tiempo que de él reste.

Conviene advertir, por el mismo aspecto, que el artículo 100 del Decreto 1333 de 1986 está conformado por dos incisos, de los cuales el primero contiene, a manera de colon segundo imperfecto, la proposición "en los casos de falta absoluta, lo podrán hacer en cualquier tiempo", disposición que sólo cabe relacionar con lo previsto en el inciso segundo cuando se elige Personero o Contralor municipal por falta absoluta de quien venía desempeñando el cargo. Se yerra, en cambio, cuando ese colon imperfecto se toma como complemento obligado del inciso segundo de la misma norma, pues de ser así el texto de ese segundo inciso tendría que estar redactado expresando: Siempre que se haga una elección después de principiado un período por falta absoluta del funcionario, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso. Pero como está redactado el inciso, ese adverbio de tiempo "siempre" está indicando que no sólo en el caso de falta absoluta del funcionario sino en todo caso, en todo tiempo o en cualquier tiempo u ocasión, la elección se entiende hecha para el resto del período en curso.

2. Porque siendo comprensible que la autorización —que no la orden— de elegir funcionarios por parte del Concejo Municipal se dé para las sesiones ordinarias inmediatamente anteriores a la fecha de iniciación del período, a fin de que los elegidos puedan asumir sus cargos en la misma fecha en que aquél comienza, evitando que por la demora en asumirlos se causen graves trastornos a la Administración municipal, no menos cierto es que la intención del legislador cabe entenderla en sentido inverso, cual sería la de evitar que los Concejos Municipales efectúen las elecciones de los funcionarios y empleados que les corresponda elegir con mayor anticipación a la fecha de iniciación de sus respectivos períodos, creando con ese procedimiento factores de tensión entre los recién elegidos pero cuyo período todavía no comienza, y quienes desempeñen la función en el período en curso. Fue ese, precisamente, el objeto de la disposición contenida en el artículo 5º de la Ley 5ª de 1929, advirtiendo que allí sí se estipuló sanción para el evento de que se efectuara la elección anticipadamente. Ese artículo expresaba:

> "Artículo 5º Los Concejos Municipales no podrán hacer los nombramientos que, según la ley, son de su incumbencia, antes de los treinta (30) días inmediatamente anteriores a la fecha en que las personas nombradas deban entrar a ejercer el cargo. La contravención a este artículo vicia de nulidad el nombramiento..."

La misma intención del legislador cabe inferir del inciso 1º del prementado artículo 100, buscando evitar, con el señalamiento de las

sesiones para realizar la elección, que los Concejos elijan funcionarios en sesiones anteriores a las del mes de noviembre, creando motivos de enfrentamiento y tensión entre los recién elegidos y quienes vienen desempeñando la función.

Dificultades de esa índole se suscitan con facilidad, como tuvo oportunidad el país de constatarlo a raíz de la reciente elección de Alcaldes, pues algunos recién elegidos pretendieron ejercer atribuciones de jefes de la Administración municipal, antes de la fecha de su posesión el pasado primero de junio.

Lo expuesto es suficiente para concluir que no prospera el cargo primero de la demanda.

Cargos segundo y tercero. Es procedente analizarlos bajo el mismo epígrafe, dado que atañen a la pretensa violación de los artículos 1º, 2º y 12 del Decreto 49 de 1932 y del 75 del Reglamento del Concejo de Fusagasugá, específicamente porque la proposición número 24 de febrero 27 de 1987, no señaló hora para la sesión de elección de funcionarios y la respectiva citación se hizo verbalmente y no por escrito.

Al respecto se tiene:

Las normas que regulan la organización y funcionamiento de los Municipios fueron codificadas en el Decreto 1333 de 1986, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el ordinal B), artículo 76 de la Ley 11 de ese mismo año.

El aludido artículo 76 de la Ley 11 de 1986 expresa:

"Artículo 76. Revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias, de acuerdo con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Política, por el término de cien (100) días, contados a partir de la fecha de promulgación de la presente ley. Con tal fin podrá:

".....;

"b) Codificar las disposiciones constitucionales y legales vigentes para la organización y el funcionamiento de la Administración Municipal. La numeración comenzará por la unidad y los títulos se nominarán y ordenarán de acuerdo con el contenido de las disposiciones que se codifiquen".

A su vez el artículo 385 del Decreto 1333 de 1986 establece:

"Artículo 385. Conforme a lo dispuesto en el artículo 76, literal b), de la Ley 11 de 1986, están derogadas las normas de carácter legal sobre organización y funcionamiento de la Administración municipal no codificadas en este estatuto".

Ahora bien: Siendo así que las previsiones del Decreto 49 de 1932 no fueron incorporadas al Decreto 1333 de 1986, podrá estimárselas vigentes y, por ende, su violación constituirse en fundamento de invalidez de la elección acusada?

Indudablemente no, pues lo contrario implicaría desconocimiento por el legislador, en ese caso el Presidente de la República, del alcance

de las facultades extraordinarias otorgadas mediante el literal b) del artículo 76 de la Ley 11 de 1986, ordenadas a *codificar* las disposiciones constitucionales y legales *vigentes* para la organización y funcionamiento de la Administración Municipal (Subrayas de la Sala).

El Exministro Jaime Castro, sin duda uno de los más profundos estudiosos de la problemática legal de los municipios, expresó al respecto: "La organización y funcionamiento de los Municipios hasta ahora venían siendo regulados por un código obsoleto y anacrónico, el del Régimen Político y Municipal o Ley 4ª de 1913, reformando y adicionando por tal cúmulo de leyes que nadie sabía a ciencia cierta cuáles eran las disposiciones vigentes.

"El ordenamiento regional y local se había convertido en algo oculto e impenetrable, verdadera maraña de normas, de difícil acceso para quienes en él se interesaban. Además se había transformado en el derecho de los editores y compiladores que se habían abrogado la facultad de definir, según sus particulares criterios, las normas que estaban rigiendo y las normas que habían sido derogadas o modificadas, con las peligrosas y nocivas consecuencias que es dable imaginar..."

"El Decreto-ley 1333 codifica las disposiciones de carácter legal que el legislador extraordinario, con la asesoría de la comisión creada para el efecto por el Congreso, consideró que estaban vigentes y que regulaban la organización y funcionamiento de la Administración Municipal..." (Cita de Rodrigo Ordóñez en su obra "La Nueva Legislación Municipal", pág. 10).

Y la honorable Corte Suprema de Justicia, al declarar exequible el artículo 385 transcrito, refiriéndose a los alcances de la facultad otorgada al Presidente de la República para codificar las normas vigentes de la Administración municipal, expresó:

> "De otra parte, no parece consecuente que la ley de facultades al hablar de 'codificar' quisiera referirse únicamente a la labor de compilar, que por ser eminentemente mecánica y con frecuencia adelantada aún por los particulares, no requiere de facultades legislativas.
>
> "Como la facultad de codificar consiste en establecer, sentar, definir de manera sistemática y ordenada las normas relativas a una determinada área del comportamiento social, es uno atribución legislativa que, por tanto, incluye las de innovar, modificar, refundir y derogar las normas vigentes, para que toda la materia quede en un solo cuerpo legal. Esto último resulta de especial utilidad práctica porque facilita el conocimiento y la aplicación de las normas por las autoridades locales, que de otra manera se perderían en un piélago de disposiciones esparcidas en numerosísimos estatutos de difícil obtención y consulta" (Sentencia de 7 de noviembre de 1986. Sala Plena de la honorable Corte Suprema de Justicia. Magistrado ponente doctor Hernando Gómez Otálora).

Ese pronunciamiento de la honorable Corte, así como el concepto del Exministro Castro, sacan valedera la conclusión que respecto del

Decreto 49 de 1932 formuló el *a quo*, en el sentido de no tener vigencia por la no incorporación de su articulado en el Decreto 1333 de 1986. De allí que la pretensa nulidad del acto electoral acusado por violación de los artículos 1º, 2º y 12 del derogado Decreto 49 de 1932, carece de asidero legal.

Y en lo que atañe al desconocimiento de la previsión contenida en el artículo 75 del Reglamento del Concejo de Fusagasugá, por falta de señalamiento de hora para la sesión de elección de funcionarios, conviene transcribir ese texto reglamentario antes de emprender el análisis del cargo.

Así reza la norma: "Artículo 75. El Concejo tendrá dos sesiones ordinarias por semana, en los días y a las horas que señale oportunamente por medio de proposición especial".

Al respecto la Sala estima:

El artículo 72 del Decreto 1333 de 1986 estipula: "Los Concejos expedirán un reglamento interno para su funcionamiento en el cual se incluyan entre otras, las normas referentes a la validez de las convocatorias, a las reuniones y la de la actuación de los Concejales elegidos en calidad de suplentes..."

Contiene esta disposición un mandato imperativo: La obligación de los Concejos de expedir su reglamento interno con aplicación de ese precepto legal, o sea, incluyendo normas "...referentes a la validez de las convocatorias, a las reuniones...etc.". Por consiguiente, los reglamentos vigentes en los Concejos Municipales con anterioridad a la aplicación del precepto transcrito, carecen de eficacia en orden a la invalidación de los actos administrativos en cuya formación hubiere incurrido el Cabildo en desconocimiento de alguna de sus normas, por lo que atañe a la convocatoria o a las reuniones.

Pero aún examinando la acusación al tenor de la previsión del artículo 75 del citado Reglamento interno, también se llega a la inocuidad del cargo.

En efecto, no se podría estimar infringido ese texto en el evento en examen por cuanto dicha norma no concierne directamente al asunto, como que contempla aspecto general del funcionamiento del Concejo y, también, porque la proposición de citación número 24 de 27 de febrero de 1987, por la que se convocó para la elección de funcionarios, cumplió los requisitos de citar para día en que ordinariamente sesiona el Cabildo y a la hora usual. Así dice: *"Proposición número 25.* Cítese al honorable Concejo Municipal para que en la sesión del día viernes seis de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987), se elijan Personero, Tesorero y Contralor Municipal, lo mismo que las Juntas Municipales".

Tal texto permite entender, y en verdad que así lo entendieron once (11) de los doce (12) concejales principales del Cabildo de Fusagasugá, pues que sólo faltó uno excusado debidamente y reemplazado por su suplente, que la convocatoria para la sesión en que habría de elegirse funcionarios y juntas municipales tendría lugar en día y hora usuales de reunión ordinaria de la Corporación. De ella, por lo demás, fueron notificados verbalmente los señores ediles, pues así consta en

los autos, sin que ello sea causal de invalidez del acto electoral acusado. Entonces, tampoco prospera la demanda de nulidad en cuanto al desconocimiento de la aludida norma reglamentaria.

Resta referirse a dos aspectos. El primero, acreditado pero no demandado en este proceso. Lo atinente a la Contraloría Municipal de Fusagasugá, cuyo acuerdo de creación no fue sancionado y que es objeto de acción administrativa propuesta por el respectivo Alcalde. Sobre esa cuestión no cabe hacer pronunciamiento alguno en esta sentencia, como que ello sería decidir *extra petita.*

Y en lo atinente a la solicitud de penalización con interdicción de derechos y funciones públicas a quienes dieron lugar a la infracción de la ley —en criterio del actor—, basta anotar que la norma que preveía esa sanción, el artículo 244 del Código Contencioso Administrativo, fue declarada inexequible por la honorable Corte en sentencia de agosto 16 de 1984, con fundamento en que "...la referida interdicción en nada contribuye al adecuado cumplimiento de los fallos de nulidad de elecciones. Constituye, por tanto, extralimitación de las facultades extraordinarias y en tal virtud infringe el artículo 118-8 de la Constitución Nacional. De otra parte, esa interdicción vulnera el artículo 26 de la Constitución, ya que es una pena impuesta sin un procedimiento de las características de los establecidos en el Código correspondiente..."

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Confirmar la sentencia apelada, proferida por el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca en noviembre 9 de 1987, denegando la invalidez de la elección de Tesorero, Personero y Contralor municipales de Fusagasugá, efectuada por el honorable Concejo de ese distrito municipal el viernes 6 de marzo de 1987.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sección Quinta en reunión de fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente de la Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL.— Interpretación.

Cuando de su contexto surge claramente que el fundamento legal de la solicitud de suspensión provisional coincide con el que se indica en el libelo como causal de nulidad del acto, no es dable acudir a formalismo para omitir un pronunciamiento.

ALCALDE. Inhabilidades. SANCION PENAL.

Para el caso de los individuos que hayan sido condenados a penas privativas de la libertad, la inhabilidad que establece el literal c) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, debe predicarse sólo de aquellas condenas vigentes, no cumplidas, suspendidas en su ejecución o condicionales.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., quince de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Proyectó: *Doctor Antonio José Lizarazo Ocampo.*

Referencia: Expediente número 177. Actor: Alfonso Santos Montero. Apelación.

Dentro de la oportunidad legal, el señor apoderado de Luis Alberto Cruz Vargas, a quien se le demandó su elección como Alcalde del Municipio de San Juan de Rioseco, interpuso recurso de apelación para ante el Consejo de Estado contra la providencia de 17 de mayo de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto por ella se decretó la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que declaró la elección.

El mencionado recurso fue concedido por el Tribunal mediante proveído de junio 14 del presente año y le corresponde ahora decidirlo de plano a esta Corporación, como lo prescribe el inciso final del artículo 155 del Código Contencioso Administrativo, previas las siguientes precisiones:

I. La providencia recurrida:

1. El auto recurrido accedió a la solicitud de suspensión provisional impetrada en el libelo por el demandante por considerar "evi-

dente que la elección del señor Luis Alberto Cruz Vargas, como Alcalde Municipal de San Juan de Rioseco —Cundinamarca—, el trece (13) de marzo del corriente año, tuvo lugar estando éste inhabilitado para ser elegido Alcalde", conforme al literal c) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, por haber sido condenado a prisión e interdicción de derechos y funciones públicas antes de su elección.

2. El Tribunal encontró la violación del precitado artículo 5º, literal c), de la Ley 78 de 1986, del examen de las pruebas aportadas al proceso junto con la demanda, consistentes en piezas procesales traídas de la causa número 1631 adelantada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá contra Luis Alberto Cruz Vargas, examen que le permitió las siguientes conclusiones:

a) "Que Luis Alberto Cruz Vargas fue denunciado penalmente por el delito de 'perturbación de la posesión sobre inmueble' ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá (fl. 16)";

b) Que dicho Juzgado penal "condenó al procesado Luis Alberto Cruz Vargas, a pagar como pena principal seis (6) meses de prisión, en su carácter de autor material responsable del delito de 'perturbación de la posesión sobre inmueble', condenándolo así mismo a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal, y que finalmente le concedió el beneficio de la condena de ejecución provisional por un período de dos (2) años...";

c) Que mediante providencia de 26 de enero de 1983, emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, se confirmó en todas sus partes la anterior sentencia, quedando debidamente ejecutoriada (fls. 40 a 47) y;

d) Que según la constancia de 23 de marzo de 1988 que obra a folio 50 del cuaderno principal suscrita por el Juez Primero Penal del Circuito de Facatativá, dentro del expediente número 1631 "que se adelantó contra Luis Alberto Cruz Vargas, no se halló constancia alguna proveniente del honorable Tribunal Superior de Bogotá donde se informe sobre la concesión de la rehabilitación de derechos y funciones públicas, de que trata el artículo 635 del Código de Procedimiento Penal".

II. El recurso de apelación:

El recurrente plantea contra la decisión de suspensión provisional, contenida en la providencia apelada, cinco cargos, a saber:

1. *Violación del principio de justicia rogada* por haber admitido el Tribunal la petición de suspensión provisional a pesar de que en ella no se indicaba la norma superior que el solicitante consideraba manifiestamente violada por el acto acusado, conforme al artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, razón por la cual, afirma el apelante, era "materialmente imposible un pronunciamiento del Tribunal sobre el punto, porque debido al principio de justicia rogada

carece de competencia para, oficiosamente, inducir la norma legal que, en el pensamiento no explícito por el actor, habría sido violada por el acto acusado".

2. *Extinción de la pena* por expresa decisión judicial, según providencia de 16 de abril de 1985, proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Facatativá, que el Tribunal no tuvo en cuenta por no haber sido aportada por el demandante al proceso junto con las demás piezas procesales mencionadas. La extinción de la condena, agrega el recurrente, implica la cesación de los efectos tanto de la pena principal como de las accesorias, y no se hace necesario, por lo mismo, solicitar la rehabilitación a que se refiere el artículo 635 del Código de Procedimiento Penal pues tal instituto jurídico está concebido para quienes tienen vigente una condena y desean que se les levante antes de su cumplimiento, no siendo el caso de Cruz Vargas, quien obtuvo la declaratoria de extinción de la condena y porque, por otro aspecto, han transcurrido, en exceso, los términos de la pena impuesta.

3. *Inconstitucionalidad* del literal c) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, por violación de los artículos 14, 26 y 28 de la Constitución, en cuanto dicha disposición legal, que sirvió de fundamento al Tribunal para decretar la suspensión provisional recurrida, consagra una causal de pérdida de la ciudadanía no prevista en la Constitución Política, siendo impuesta, además, no por decisión judicial sino por decisión legal, con desconocimiento del debido proceso.

4. *Violación del artículo 5º de la Ley 57 de 1887* en cuanto no aplicó preferencialmente las disposiciones del Código Penal frente a las normas sobre elecciones; y finalmente.

5. *Improcedencia de la suspensión provisional por complejidad del caso* que impide, según el memorialista, percibir la manifiesta violación de la norma superior a través de una sencilla comparación o del análisis de las pruebas aportadas al proceso por el demandante, puesto que se trata de pruebas incompletas o mutiladas cuyo grado de convicción se enerva con las pruebas documentales que se acompañan al recurso, por medio de las cuales se establece la declaratoria de extinción de la pena impuesta al recurrente.

III. Consideraciones de la Sala:

1. En cuanto al primero de los cargos es oportuno señalar que si bien la jurisdicción en lo contencioso administrativo es rogada y no oficiosa, por lo que resulta indispensable que a ella se le indique no sólo la norma o normas de superior jerarquía que se consideran infringidas por los actos acusados, sino, además, que se explique el concepto de la violación, cuando se trate de la impugnación de actos administrativos, conforme lo ordena el numeral 4º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, y que la medida de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo deberá ser solicitada y sustentada de modo expreso a tenor de lo dispuesto por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, es lo cierto que para el estudio de la ley procesal, como lo afirma el profesor Devis

Echandía, "no puede el juzgador aferrarse a las palabras ni al sentido literal, sino que debe perseguir el conocimiento del contenido jurídico que en ella se encierra", porque también en esta jurisdicción el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial siempre y cuando se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes (art. 4º del C. de P. C.).

Es por ello que esta Sala de Decisión ha dicho que la demanda debe interpretarse como un todo armónico y que, por consiguiente, cuando de su contexto surge claramente que el fundamento legal de la solicitud de suspensión provisional coincide con el que se indica en el libelo como causal de nulidad del acto administrativo acusado, no es dable acudir a formalismos para omitir un pronunciamiento en relación con tal solicitud, especialmente tratándose de acciones públicas, como lo es la de carácter electoral. Por este aspecto, pues, no prosperará la impugnación de la providencia recurrida.

2. La Sala se abstendrá de considerar la excepción de inconstitucionalidad del literal c) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986 por cuanto la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 9 de junio de 1988 declaró su exequibilidad, aun cuando con algunas precisiones que serán tenidas en cuenta por esta Corporación al analizar los otros cargos.

3. Por el contrario, encuentra la Sala que le asiste razón al recurrente en cuanto al segundo de los cargos formulados contra la providencia impugnada. En efecto, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia precitada encontró que la norma contenida en el literal c) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, es constitucional porque fue expedida en desarrollo de una competencia propia del legislador (Constitución Nacional, arts. 62 y 201), en la forma como lo modificó el artículo 3º del Acto legislativo número 1 de 1986, y que, en tales condiciones "nada se opone a que por motivos penales pueda el legislador establecer causales de inhabilidad...dirigidas a preservar determinados principios de ética social...", pero que para el caso de los individuos que hayan sido condenados a penas privativas de la libertad, "la inhabilidad que establece el literal c) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, debe predicarse sólo de aquellas *condenas vigentes, no cumplidas, suspendidas en su ejecución o condicionales, y no extinguidas*" (Subrayas de la Sala).

Comparte plenamente esta Sala el criterio de la Corte expresado en la mencionada providencia, en el sentido de que "en nuestro ordenamiento jurídico, las penas no pueden tener efectos intemporales y en el asunto que se resuelve debe interpretarse lo establecido por la ley de modo sistemático, al lado de las demás normas que en el ámbito del derecho penal regulan los fenómenos de la prescripción, la rehabilitación y la extinción de aquellas..." "...porque resulta odioso y contrario a todo sentido democrático y republicano el que los ciudadanos se vean sometidos en el ejercicio y disfrute de sus derechos políticos, a barreras limitativas insuperables, que enerven el ideario constitucional de la igualdad y del esfuerzo individual, como fundamento de la competencia social sobre el que se erige nuestro orden".

Como del examen de las pruebas aportadas al proceso por el recurrente con motivo de la apelación, aparece claramente que la condena impuesta al señor Luis Alberto Cruz Vargas fue declarada extinguida mediante proveído de 16 de abril de 1985, pronunciada por el Juez Primero Penal del Circuito de Facatativá (fls. 86 y 87 del expediente), y que por lo mismo, la condena no se encontraba vigente al momento de su elección como Alcalde de San Juan de Rioseco el día 13 de marzo de 1988, cerca de tres (3) años después de ejecutoriada esta última providencia, no procedía la suspensión provisional decretada por el *a quo*, y en consecuencia, deberá revocarse la medida de suspensión provisional recurrida, decisión a la cual llegó el *a quo* en razón de la prueba incompleta aportada por el demandante y que complementó con todo derecho el recurrente con motivo de la interposición del recurso, que habría llevado indubitablemente al Tribunal a la misma conclusión a la que se llega en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

Resuelve:

Revócase el numeral 2º de la parte resolutiva de la providencia de 17 de mayo de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto por él se decretó la suspensión provisional del acto acusado.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente de la Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure*, Ausente.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

TESORERO. ALCALDE.—

Cualquier Alcalde según las nuevas normas que señala nuestro orden jurídico en materia de Tesorero, que haga el nombramiento de éste, aplica una atribución específica que hace producir un acto administrativo que se sujeta a derechos, y que por lo mismo, está amparado con la presunción de legalidad.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., veintisiete de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Euclides Londoño Cardona.*

Referencia: Expediente número E-149. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Se decide el recurso de apelación interpuesto dentro de la oportunidad procesal (fls. 84 vto. y 85 vto.) por la parte actora contra la sentencia calendada el 4 de marzo de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío.

Antecedentes:

El ciudadano José de Jesús Laverde Ospina, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública electoral, solicitó al referido Tribunal la declaratoria de nulidad de la designación del señor Octavio Arenas Agudelo como Tesorero de Rentas Municipales del Municipio de Montenegro, hecha por el Concejo Municipal el día 27 de noviembre de 1987, según consta en el Acta número 043, página 12.

Como hechos de la demanda expuso los siguientes:

"1. El día veintisiete (27) de nobiembre (sic) de mil novecientos ochenta y siete (1987), el honorable Concejo Municipal de Montenegro, designó como nuevo Tesorero de Rentas Municipales para ese Municipio, al señor Octavio Arenas Agudelo.

"2. Al ser designado Tesorero de Rentas Municipales el señor antes citado, los honorable (sic) Concejales que lo eligieron, a *motu proprio* y de por sí y ante sí, en un exceso y desviación de poder le señalaron un período no existente dentro de la Constitución Nacional y las leyes de la República (sic) esto es, del primero (1º) de enero al treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988)" (fl. 1, cuaderno número 1).

Cita como disposiciones violadas:

"El artículo 32 de la Ley 78 de mil novecientos ochenta y seis (1986), que derogó el ordenal (sic) 2º del artículo 93 del Decreto nacional 1333 de mil novecientos ochenta y seis (1986), despejo (sic) la duda que existía en el sentido de que la elección de funcionario que antes hacia (sic) el honorable Concejo Municipal, quedo (sic) sircunscrito (sic) a la elección sola y exclusivamente al Personero Municipal, equivale a decir que el Tesorero de Rentas Municipales por mandato de la ley, quedo (sic) como empleado de libre nombramiento y remosión (sic) por parte de los Alcaldes Municipales.

"De acuerdo a lo anterior, en el Municipio de Montenegro está nombrada como Tesorera de Rentas Municipales la señora Gloria Elsa Sotelo Martínez (sic) por medio de un acto administrativo espedido (sic) por la señora Alcaldesa municipal, a la citada funcionaria no le fue fijado ningun (sic) período legal, en razón a que los Tesoreros quedaron sin término fijo, mejor aclaro que el nombramiento que le hiciera el Ejecutivo municipal fue hasta que el honorable Concejo Municipal entrara a proveer el cargo en propiedad o en interinidad por el resto del período, en razón al fallecimiento del Tesorero titular que venia (sic) ejerciendo esas funciones.

"Si lo anterior fuera poco tenemos como respaldo de orden jurídico y de mayor jerarquía el artículo 24 de la Ley 78 de mil novecientos ochenta y seis (1986) que a la letra dice: *'Artículo 24. Corresponde a los Alcaldes nombrar y remover libremente a los Tesoreros municipales a partir del primero (1º) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988)'.*

"De conformidad con la norma que a (sic) quedado transcrita en el parrafo (sic) anterior, y en razón a que la señora Gloria Elsa Sotelo Martinez (sic) venía cumpliendo funciones de Tesorera de Rentas Municipales en interinidad, el honorable Concejo Municipal de Montenegro con fecha seis (6) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), haciendo uso de lo ordenado en el artículo 24 de la Ley 78 de mil novecientos ochenta y seis (1986), por mayoría de votos en sesión celebrada legalmente el mismo día eligió como Tesorera de Rentas Municipales aparttir (sic) del primero (1º) de enero al treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988) a la señora Elsa Sotelo Martinez (sic).

"A la citada funcionaria, le fue comunicado el nombramiento y esta (sic) a su vez con fecha nueve (9) de noviembre, comunico (sic) la aceptación de dicha designación en los siguientes terminos (sic):

" 'Montenegro Quindio (sic) noviembre 9 de 1987. Doctor Javier Gallego Jaramillo Presidente del honorable Concejo Municipal y demás honorables Concejales del Municipio de Montenegro.

" 'Con el presente doy contestación a su oficio número 058 de fecha noviembre siete (7) de mil novecientos ochenta y siete (1987), en la cual ustedes me nombrar para dirijir (sic) los

destino de la Tesoreria (sic) Municipal, según consta en el Acta número 032 emanada de dicha Corporación. Agradeciendoles (sic) tan magna distinción acepto el nombramiento de Tesorera Municipal para el período del primero (1º) de enero al treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988). Atentamente, Gloria Elsa Sotelo M., Tesorera Municipal (sic)'.

"La designación de que hemos venido hablando está plasmada en la Página (sic) tercera del Acta número 032 de fecha seis (6) de noviembre del corriente año.

"Ahora bien, el honorable Concejo Municipal de Montenegro, no tiene facultad para haber designado o designar otro Tesorero de Rentas Municipales, en razón de qué (sic) desde el seis (6) de noviembre del corriente año agotaron la citada facultad con el nombramiento de la señora Gloria Elsa Sotelo Martinez (sic) y cuya aceptación fue comunicada oportunamente al Cabildo municipal.

"Además el artículo 127 del Decreto 1333 de mil novecientos ochenta y seis (1986) prohíbe en forma terminante el que se reboque (sic) nombramiento ya comunicados, que es el caso en que nos ocupamos en el presente proceso. Asi (sic) mismo lo indica el artículo 73 del Decreto nacional 01 de 1984 (Nuevo codigo —sic— Contencioso Administrativo).

"Todo lo anteriormente expuesto, nos está demostrando que la nueva elección hecha por el honorable Concejo Municipal de Montenegro, con fecha veintisiete (27) de noviembre del corriente año y el cual está plasmado en la página 12 en el Acta número 043, esta (sic) completamente viciado de nulidad, por violar normas de mayor Jeraraquia (sic) ya enunciadas en el acápite del concepto de la violación" (fls. 2 a 4, cuaderno número 1).

Suspensión provisional:

En escrito separado (fls. 26 a 29, cuaderno número 1), el demandante solicitó la suspensión provisional, que fue resuelta favorablemente en el auto admisorio de la demanda de fecha diciembre 11 de 1987 (fl. 36, cuaderno número 1), resolución que fue apelada por el señor Octavio Arenas Agudelo, como parte impugnante dentro del proceso (fls 40 a 45, cuaderno número 1) y confirmada por la Sala Contenciosa Electoral del Consejo de Estado en providencia calendada el 24 de febrero de 1988 (fls. 110 a 112, cuaderno número 1).

La sentencia apelada:

La sentencia impugnada decidió declarar no probada la excepción de "falta de legitimación en la causa por activa", propuesta por la parte impugnante, y negar las peticiones formuladas en la demanda.

Como puede verse a folio 88 del cuaderno número 1, el actor recurrente al sustentar el recurso manifiesta su inconformidad en

la decisión impugnada sólo en cuanto no levantó la medida cautelar de suspensión provisional y despachó desfavorablemente la petición de nulidad impetrada en el libelo inicial.

En consecuencia, la Sala contraerá su examen al objeto del recurso.

Ahora bien, el *a quo* respaldó su decisión negativa con estos razonamientos:

"...se parte de la base de que los nombramientos de Tesorero municipal de Montenegro, Q. hechos por el Concejo de esa localidad, tanto en cabeza de la señora Gloria Elsa Sotelo Martínez, el día 6 de noviembre de 1987, como el recaído (sic) en la persona del señor Octavio Arenas Agudelo el día 27 de los mismos mes y año, fueron emanados del organismo competente para ello.

"Sin embargo, toda vez que nos encontramos ante anómala situación de que en un mismo municipio fueron designadas dos personas para ocupar el cargo de Tesorero durante igual período, es por lo que esta Corporación estudia de tales nombramientos, si el segundo reviste la legalidad que en principio es dado presumir de él.

"De acuerdo con los documentos aportados por el demandante como anexos de la demanda, en principio se desprende, como lo interpretó el Tribunal al resolver sobre la suspensión provisional del acto impugnado, que el segundo nombramiento de Tesorero municipal de Montenegro, hecho en favor del señor Octavio Arenas Agudelo, plasmado en el Acta número 043 de noviembre 27 de 1987, constituye una manifiesta violación de la norma contenida en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto se trata de una revocación tácita de un acto administrativo de carácter particular y concreto, sin mediar el consentimiento escrito y expreso del titular del derecho.

"No obstante, teniendo en cuenta el Acta número 037 del Concejo Municipal de Montenegro, Quindío, cuya copia fue acompañada por el impugnante con el escrito de contestación de la demanda (fl. 8, cuaderno 2), se tiene que dicha Corporación revocó 'en todas sus partes los aspectos contenidos en las actas...' cuyos números relaciona y entre las cuales menciona la número 032 de noviembre 6 de 1987, en la que se plasmó el nombramiento de Tesorero inicialmente realizado, esto es, el referente a la señora Gloria Elsa Sotelo Martínez, que el actor dice revocado ilegalmente con la designación de nuevo Tesorero, en cabeza del señor Octavio Arenas Agudelo, consignada en el Acta número 043 de noviembre 27 de 1987, cuando en realidad la revocación fue hecha mediante el Acta número 037 de noviembre 14 de 1987, mencionada.

"La revocación a que se refiere el Acta número 037, tuvo como especial fundamento, el hecho de que el Concejo que sesionó, entre otras fechas, el día 6 de noviembre de 1987, fecha en la cual se designó a la señora Sotelo Martínez como Tesorera del Municipio de Montenegro, fue ilegal, toda vez que se violaron

las disposiciones contenidas en los artículos 66 y 72 del Decreto 1333 de 1986, por cuanto no se citó a los concejales principales, ni se recibió excusa de inasistencia por parte de ellos, compareciendo los suplentes sin siquiera respetar el orden numérico que debe tenerse en cuenta para la suplencia. Se dijo, entonces, que se procedió sin competencia a elegir Tesorero municipal.

"Con relación a la ilegalidad en la instalación de los Concejos Municipales, el honorable Consejo de Estado, ha emitido el siguiente concepto que aparece en el expediente, en copia aportada por el impugnante:

" '*Concejos Municipales*. Convocatoria a sesiones.

" 'Corresponde hacerla al Presidente de la Corporación, y a éste o al Alcalde del Municipio, cuando se trata de sesiones extraordinarias...Sólo en caso de que el Concejo haya señalado los días en que debe reunirse ordinariamente, de acuerdo con la facultad contenida en el ordenamiento legal, no se requiere citación previa para avisar la reunión, *pero sí para dar a los principales la oportunidad de excusarse* y a los suplentes la de poder integrar el *quórum*...' (rayas de la Sala) (fl. 15, cuaderno 2).

" '*Concejales Municipales*. Suplentes y principales.

" 'La Ley 84 de 1915 en su artículo 3º dice: «Los suplentes de los concejales pueden por derecho propio ocupar puesto en los Concejos Municipales mientras los principales respectivos no se hayan presentado a ocupar su puesto *después de haber sido citados*» (rayas de la Sala)'.

" 'El Decreto 049 de 1932, en el artículo 1º dice: «La citación de los concejales a las sesiones del Concejo Municipal se hará por medio de notificación personal o colectiva, hecha por conducto del secretario respectivo y con indicación precisa de los asuntos que serán objeto de la sesión. La citación la hará el secretario por medio de un empleado subalterno del Concejo o de un agente de la policía. Queda reglamentado así el artículo 3º de la Ley 84 de 1915» (fl. 17, cuaderno 2)'.

"Hecha la revocación a que se refiere el Acta número 037 de noviembre 14 de 1987, se tiene que, cuando el Concejo Municipal de Montenegro, Quindío, el día 27 del mismo mes y año, designó como Tesorero de ese Municipio, al señor Octavio Arenas Agudelo, dicho cargo se encontraba vacante, pues el nombramiento de la señora Sotelo Martínez ya había quedado sin efectos en virtud de la mencionada revocación. Por tanto, mal podría afirmarse que el Acta número 043 de noviembre 27 de 1987, del Concejo de Montenegro, contenga un nombramiento revocatorio, en forma tácita, de otro anterior, pues la revocación del nombramiento antes hecho se hizo en forma expresa y como consecuencia de la disposición contenida en el Acta 037, de dejar sin efectos lo acordado en sesiones anteriores.

"Sobre este punto, la Fiscal colaboradora del Tribunal, mediante vista fiscal número 041 de febrero 8 de 1988, hace el siguiente comentario que, por considerarse pertinente, es acogido por la Sala y se transcribe, así:

" 'En nuestro caso concreto, tenemos que: En la sesión del honorable Concejo Municipal de Montenegro de fecha seis de noviembre de mil novecientos ochenta y siete, éste no solamente deliberó, sino que también tomó decisiones y éstas de transcendencia para la municipalidad, como fue la aprobación de proyectos y la elección de funcionarios tales, como *Tesorero y Personero;* esta sesión del seis de noviembre de 1987, consignada en el Acta número 032, fue ordinaria y los *Ediles* que integraron el *quórum* para deliberar y decidir válidamente, fueron siete, de los cuales, *tres* eran *principales* y *cuatro suplentes;* tratándose de votaciones, los *Ediles* deben tener voz y voto, para poder tomar decisiones, aprobar proyectos y elegir funcionarios y para que tengan los *Concejales* voz y voto, es menester que el *Edil* sea principal posesionado y presente en el recinto y el *suplente* esté posesionado y en orden numérico reemplace a un principal, «cuya ausencia esté comprobada documentalmente en secretaría del Concejo».

" 'En el caso a estudio, folio 6 del cuaderno principal, en el llamado a lista y verificación del *quórum,* la secretaría informa al Presidente de la Corporación que existe *quórum* para deliberar y decidir, declarándose como consecuencia abierta la sesión. El *quórum* integrado el día 6 de noviembre de 1987, en el honorable Concejo Municipal de Montenegro, no podía deliberar, ni decidir válidamente; lo anterior, debido a que de la lectura del caudal probatorio allegado al proceso, se establece que para la sesión de 6 de noviembre de 1987, *no fueron citados los honorables Concejales principales* y los *Ediles suplentes* que concurrieron, no lo hicieron dentro de las normas establecidas para tal circunstancia; la ausencia de los Concejales principales y sus causas, no estuvo comprobada documentalmente en la secretaría, ni aparece que los honorables Concejales suplentes, hubiesen tomado posesión. De tal suerte, que en el sentir de la Fiscalía, la sesión en la cual se nombró Tesorero municipal de Montenegro a la señora Sotelo Martínez, no tenía ni el *quórum* para sesionar, ya que sólo contó con la presencia de tres Concejales principales; ni mucho menos, contó con *quórum* decisorio, pues éste se logra cuando asisten no menos de la mitad más uno de los miembros principales del Concejo o de sus *suplentes* debidamente posesionados en reemplazo de los principales ausentes, cuya ausencia está comprobada documentalmente en la secretaría de la Corporación, y ya, con la presencia de la mitad más uno de los *Ediles,* a más de sesionar, no pueden tomar decisiones *válidamente,* como las que se pretendió tomar en la sesión de 6 de noviembre de 1987 y de que da cuenta el Acta número 032.

" 'De tal suerte que la *presunción de legalidad* que cobija todo acto administrativo, en el caso del nombramiento de la Tesorera del Municipio de Montenegro, doctora Sotelo Martínez,

no se da. Ya que no fue expedido con cumplimiento de todas las normas que condicionan su emisión, pues el Concejo Municipal reunido el día del nombramiento, no estaba facultado para hacerlo, por las circunstancias ya analizadas y por tal situación, podía ser retorado, o mejor dicho, *revocado* por el propio Concejo, tal como lo hizo en la sesión de noviembre 14 de 1987, consignada en el Acta número 037.

" 'La facultad que tenía el honorable Concejo Municipal de Montenegro para el nombramiento de Tesorero municipal, quedó agotada en la sesión de 27 de noviembre de 1987, consignada en el Acta número 043, con la elección de Octavio Arenas Agudelo. Para dicha sesión el *quórum* aparece integrado por nueve principales y tres suplentes, *quórum* decisorio para poder tomar con toda autoridad y en forma legal cualquier determinación en cuanto a aprobación de proyectos y elección de funcionarios.

" 'La sesión del honorable Concejo Municipal de Montenegro, llevada a cabo el 14 de noviembre y consignada en el Acta número 037, en cuya sesión *revocó expresamente el nombramiento de Tesorero,* no ha sido impugnada, conservando por lo tanto su presunción de legalidad; la *revocatoria* contenida en el Acta número 037, dio lugar al nuevo nombramiento de Tesorero en la persona de Octavio Arenas Agudelo, llevada a cabo, repetimos, en sesión de 27 de noviembre de 1987 y consignada en Acta número 043. Siendo, en opinión de la Fiscalía, legal dicho nombramiento' (fls. 64 a 66, cuaderno número 1).

"Se concluye, de todo lo anterior, que el nombramiento del señor Octavio Arenas Agudelo como Tesorero del Municipio de Montenegro, hecho por el honorable Concejo Municipal respectivo en sesión de 27 de noviembre de 1987 y consignado en el Acta número 043, no viola en momento alguno la disposición consagrada en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, que el actor afirma infringido con la adpoción (sic) de aquel acto, pues no conllevó la revocación tácita del nombramiento antes hecho en cabeza de la señora Sotelo Martínez sin su consentimiento escrito y expreso, revocación que, se repite, fue dispuesta mediante el Acta 037 de noviembre 14 de 1987.

"Tampoco se infringió, con el acto acusado, el artículo 127 del Decreto 1333 de 1986, como lo afirma el actor, ya que no se hizo mediante él ninguna revocación conforme se expresó antes.

"Finalmente, el acto impugnado no violó el artículo 24 de la Ley 78 de 1986 que otorga a los Alcaldes la facultad de nombrar y remover libremente a los Tesoreros municipales, pues, como quedó ampliamente explicado, la competencia para esta clase de nombramientos, hasta el 31 de mayo de 1988, sigue siendo a los Concejos Municipales" (fls. 79 a 83, cuaderno número 1).

El concepto de la Fiscalía Séptima:

El señor Agente del Ministerio Público, después de hacer una síntesis de los antecedentes del proceso, conceptúa:

"Para fundamentar su apelación, el recurrente formula dos cargos, respecto de los cuales este despacho se permite observar:

"En primer lugar, consideró el apelante que para efectos de la revocación del nombramiento de la Tesorera del Municipio de Montenegro, el Concejo de esa localidad debió aplicar lo dispuesto en los artículos 73, 69 y siguientes y 28 del Decreto 01 de 1984. Las dos primeras disposiciones citadas están dirigidas a regular una actuación administrativa después de proferida una decisión definitiva, que es la que se demanda en la vía contencioso administrativa y, por otra parte, el artículo 28, igualmente, se refiere a las actuaciones administrativas iniciadas de oficio.

"En el presente caso, se demandó la nulidad del acto administrativo por medio del cual se designó a la doctora Gloria Elsa Sotelo Martínez —Acta número 32 de noviembre 6 de 1987— como Tesorera del Municipio de Montenegro, *cuya designación fue posteriormente revocada por haber sido proferida sobre bases ilegales, dado que el Concejo Municipal, violando los artículos 66 y 72 del Decreto 1333 de 1986, omitió algunas exigencias esenciales coma (sic) las de convocatoria legal de la sesión y las que autorizan la actuación de los Concejales suplentes.* Ese acto de revocación no fue demandado, conservando por tanto la presunción de legalidad que lo ampara.

"Los argumentos del actor tendrían validez si la acción hubiera estado dirigida a invalidar el acto que revocó el nombramiento de Tesorera y en tales circunstancias que como razones de un recurso de apelación, cuyo objeto, dicho sea de paso, es que el 'Superior estudie *la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme*' (se subraya) —art. 350, C. de P. C.—.

"Al parecer existió de parte del recurrente cierta confusión entre la cuestión que decidió la providencia apelada, que se refiere, y no podía ser de otra manera, al acto demandado y aquel acto que habiendo sido expedido posteriormente (al acto demandado) afectó al primero, sin que su legalidad hubiera sido cuestionada en juicio y en contra del cual van dirigidos los argumentos del recurso de apelación.

"Por lo brevemente expuesto, este primer argumento no está llamado a prosperar.

"De otra parte, sostiene el apelante que, pese a que la sentencia recurrida denegó las súplicas de la demanda, no levantó la medida cautelar de suspensión provisional, concluyendo entonces que el nombramiento de Tesorero continúa suspendido. Al respecto cabe anotar que en el momento procesal en que fue suspendido el acto demandado se presentaron pruebas que *prima facie* demostraban que éste había sido expedido sobre una base de ilegalidad, en cuanto contenía una revocación tácita de un acto administrativo creador de una situación jurídica de carácter particular. Estos fundamentos fueron desvirtuados en el transcurso del proceso, llegándose a demostrar que el acto de que se dice que revocó de manera supuestamente ilegal la designación

de la doctora Gloria Elsa Sotelo Martínez —noviembre 6 de 1987— como Tesorera de Montenegro, al haber designado para el mismo cargo al señor Octavio Arenas Agudelo —noviembre 27 de 1987—, en realidad fue revocado antes, mediante Acta 037 de noviembre 14 de 1987, precisamente en virtud de la clara ilegalidad de la sesión en que se efectuó.

"Con estas nuevas razones desaparecieron los fundamentos que sirvieron para decretar la medida provisional, y, así mismo, al decidir sobre las peticiones, adoptar una determinación que no podía ser distinta a la denegación de las súplicas de la demanda, toda vez que, al contrario de la providencia que decretó la suspensión provisional, al terminar el proceso ya se había establecido que el acto demandado fue proferido conforme a derecho. Este aspecto fue analizado en la parte considerativa de la sentencia apelada —fl. 79— y si no fue incluido dentro de la resolutiva es porque la ley no exige como formulismo la manifestación expresa del levantamiento de la medida cautelar que en este caso se encuentra implícita en la decisión definitiva.

"Sin embargo, y tomando en consideración que las partes interesadas a quienes afecta directamente la decisión residen en un Municipio, en aras de brindar una mayor claridad, asumiendo que lo que en derecho abunda no daña y con el fin de que exista más clara y precisa consonancia entre las partes considerativa y resolutiva, la Fiscalía se permite proponer a la honorable Sala que modifique o complemente la parte resolutiva de la providencia apelada en el sentido de levantar de modo expreso la suspensión provisional del nombramiento hecho por el Concejo Municipal de Montenegro (Q.), contenido en el Acta número 043 de 27 de noviembre de 1987, según el cual el señor Octavio Arenas Agudelo fue designado para ocupar el cargo de Tesorero de Rentas de ese Municipio" (fls. 104 a 107, cuaderno número 1).

Consideraciones de la Sala:

Respecto a la elección o designación de Tesorero municipal, según la legislación vigente, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto de 7 de julio de 1988, con ponencia del Consejero doctor Jaime Betancur Cuartas, se expresó así:

"1. El Acto legislativo número 1 de 1986, 'por el cual se reforma la Constitución Política' estableció la elección popular de Alcaldes, incluido el del Distrito Especial de Bogotá (art. 1º), que serán elegidos por el voto directo de los ciudadanos para períodos de dos (2) años, el día que fije la ley, y ninguno podrá ser reelegido para el período siguiente (art. 3º), y categóricamente dispuso que en todo municipio habrá un Alcalde que será Jefe de la Administración Municipal (art. 2º).

"2. En la reforma constitucional de 1968, artículo 197, estaba atribuido a los Concejos Municipales, con ejercicio conforme a la ley:

"'6ª Elegir Personeros y Tesoreros municipales y los demás funcionarios o empleados que la ley determine...'

"3. El Acto legislativo número 1, enero 9 de 1986, dispuso lo siguiente:

"'Artículo 5º La atribución sexta del artículo 197 de la Constitución Política quedará así:

"'Elegir Personeros y Contralores municipales cuando las normas vigentes lo autoricen, y los demás funcionarios que la ley determine'.

"Aparece así la supresión constitucional para los Concejos Municipales de la atribución para elegir Tesoreros municipales.

"4. Luego se dictó la Ley 78 de 1986, diciembre 30, 'por la cual se desarrolla parcialmente el Acto legislativo número 1 de 1986 sobre la elección popular de Alcaldes y se dictan otras disposiciones' y expresa:

"'Artículo 24. Corresponde a los Alcaldes nombrar y remover libremente a los Tesoreros municipales, a partir de 1 de junio de 1988.

"'Artículo 25. Suprímase la palabra «Tesorero o Tesoreros municipales» en los artículos 87, 101, 103, 153, 288 inciso 2º, 289, inciso 2º del Decreto 1333 de abril 25 de 1986'.

"Posteriormente se expidió la Ley 49 de 1987, diciembre 4, 'por la cual se modifica y adiciona la Ley 78 de 1986, se dictan otras disposiciones y se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias'. Y dice:

"'Artículo 5º El artículo 3º de la Ley 78 de 1986, quedará así:

"'Funciones. Los Alcaldes en su carácter de jefes de la administración municipal o de la distrital, o como delegatarios de otra autoridad, ejercerán las funciones que les asigne la Constitución, la ley, las ordenanzas y los acuerdos'.

"En la función 5) preceptúa que 'tendrán jurisdicción coactiva para hacer efectivo el cobro puntual de las obligaciones a favor de los Municipios. Esta función podrá delegarla en los Tesoreros municipales que la ejercerán conforme a lo dispuesto en los artículos 68, 79 y 252 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y 561 y siguientes del Código de Procedimiento Civil'.

"Y en el 'parágrafo transitorio. Mientras los Alcaldes elegidos por el voto directo de los ciudadanos entran a ejercer sus funciones, los Tesoreros municipales será elegigos (sic) por los Concejos. Los Tesoreros elegidos para 1988 terminarán su período el 31 de mayo del mismo año'.

"6. Por su parte, el Decreto reglamentario 1001 de 1988, mayo 23, 'por el cual se reglamentan las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987, sobre elección popular de Alcaldes, expresa:

"'Artículo 12. Personal de Tesorería. A partir de 1º de junio de 1988, los Alcaldes nombrarán y removerán libremente a los Tesoreros y a los empleados subalternos de la Tesorería Municipal.

"'Los Alcaldes dispondrán lo correspondiente para incorporar y asimilar el personal de la Tesorería a la planta de personal de la Alcaldía, conforme a lo establecido en los artículos 288 y 289 del Código de Régimen Municipal'.

"7. De lo anterior pueden hacerse algunas deducciones:

"A) El Acto legislativo número 1 de 1986, tiene el indiscutible propósito de extender la participación del ciudadano en la escogencia directa de los Alcaldes municipales, incluido el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá. Se trata de trascendental innovación en nuestro sistema democrático, existente en legislaciones extranjeras con demostrados beneficios, y que fue ampliamente debatido en el Congreso Nacional. El acto reformatorio unifica la elección popular de todos los Alcaldes, determina normas acerca de éstos en forma clara y otras materias que desarrollará la ley, y constituye una de las bases esenciales de la estructura política, administrativa y fiscal que se pretende para modernizar nuestro Municipio;

"B) Dicho Acto legislativo, con sus Leyes de desarrollo, 78 de 1986 y 49 de 1987, con el Decreto reglamentario 1001 de 1988 y los demás decretos complementarios, constituyen lo que pueden denominarse el Estatuto de los Alcaldes de Elección Popular, sistema bien diferente del que existía cuando los Alcaldes eran agentes del Gobernador o del Presidente de la República en el caso del Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, hasta el punto que la Ley 78 de 1986 tiene el enunciado 'por el cual se desarrolla parcialmente el Acto legislativo número 1 de 1986 sobre la elección popular de Alcaldes y se dictan otras disposiciones';

"C) El Acto legislativo en mención excluyó a los Tesoreros municipales de la elección de los Concejos, y la Ley de desarrollo —78 de 1986— atribuyó a todos los Alcaldes, que ya lo serían de elección popular, el libre nombramiento y remoción de los Tesoreros, a partir de 1º de junio de 1988, fecha de posesión e iniciación de su período, es decir que quedaron como *agentes*, dependientes directa y exclusivamente de los mismos. Y ello para todos los Alcaldes del nuevo sistema, como quiera que éste no hizo exclusión alguna, ni confirió esa facultad a distinto funcionario o corporación. La historia de trámite tanto del Acto legislativo número 1 de 1986 como de las citadas leyes en desarrollo, no dejan duda acerca de la comprensión general de los Alcaldes de elección popular;

"D) El Alcalde es el Jefe de la Administración municipal según el Acto legislativo número 1 de 1986 (art. 2º), y la ley según el mismo está facultada para dictar las disposiciones que sean necesarias para el normal desempeño de su cargo (art. 3º, inciso 5), lo cual efectivamente hizo con las leyes de desarrollo que concedió a los Alcaldes de libre nombramiento y remoción del Tesorero,

a fin de obtener el manejo, la recaudación y pago, respecto del presupuesto, por considerarlo más conveniente y técnico, y para aprovechar la benéfica experiencia del Tesorero General de la Nación y los Tesoreros departamentales, que tienen naturaleza de agentes en sus respectivos ámbitos. Quedó así el Tesorero incorporado a la administración central del Municipio como dependiente del Alcalde, con relación directa, a partir de 1º de junio del año en curso, y los Tesoreros elegidos por el Concejo Municipal 'terminarán su período el 31 de mayo del mismo año'. Y esa centralización en el Alcalde quedó más definida por el legislador cuando en forma expresa lo hizo titular de la jurisdicción coactiva para hacer efectivo el cobro puntual de las obligaciones a favor del Municipio, con la característica de poderla delegar en el Tesorero para su ejercicio según la ley, e incorporó a la Alcaldía el personal de planta de la Tesorería Municipal;

"E) También el artículo 32 de la Ley 78 de 1986 hizo derogación expresa del artículo 93, ordinal 2º del Decreto-ley 1333 de 1986 que atribuía a los Concejos Municipales la facultad de elegir el Tesorero;

"F) El artículo 7º del Acto legislativo número 1 de 1986, preceptúa que el artículo 199 de la Carta quedará así: 'La ciudad de Bogotá, capital de la República, será organizada como un Distrito Especial, sin sujeción al régimen municipal ordinario, dentro de las condiciones que fije la ley...', con lo cual es reiterativo de la norma anterior respecto de su estructura administrativa, que se encuentra concretada en las normas vigentes del Decreto-ley 3133 de 1968, y que no significa exclusión de la aplicación de las especiales y posteriores normas, que resultan complementarias, en relación con la naturaleza y funciones de los Alcaldes de elección popular, incluido como está el Alcalde Mayor de Bogotá en dicha elección, y comprendida también su facultad de nombrar el Tesorero;

"G) La Sala encuentra, además, que la Ley 11 de 1986, que consagra el nuevo régimen administrativo municipal, se aplica a los municipios de carácter ordinario y no al Distrito Especial de Bogotá. En cambio el Acto legislativo número 1 de 1986, las Leyes 78 de 1986, 49 de 1987, y el Decreto reglamentario 1001 de 1988, forman un todo en lo relativo a la elección popular de Alcaldes, y por lo mismo dicha legislación comprende a los municipios ordinarios como el Distrito Especial de Bogotá;

"H) Así las cosas, cualquier Alcalde según las nuevas normas que señala nuestro orden jurídico en materia de Tesorero, que haga el nombramiento de éste, aplica una atribución específica que hace producir un acto administrativo que se ajusta a derecho, y que por lo mismo, está amparado con la presunción de legalidad".

Los atinados razonamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil, que esta Sala Electoral comparte, permiten establecer, de manera palmaria, que en el caso objeto de examen el Concejo Municipal de Montenegro (Q.) tenía la competencia para designar Tesorero y con período hasta el 31 de mayo de 1988, pues sólo a partir de 1º de junio

del mismo esa atribución pasó a formar parte de las de los Alcaldes municipales (incluso de las del Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá).

Así las cosas, no prospera el cargo de exceso y desviación de poder que está antitécnicamente formulado en el hecho "2" del libelo inicial.

Ahora bien, de los hechos de la demanda y del concepto de violación de las normas enumeradas en ella se infiere que se trata de tres actos diferentes: El de la designación de la señora Gloria Elsa Sotelo Martínez como Tesorero de Rentas Municipales, verificada por el Concejo Municipal el día 6 de noviembre de 1987 (Acta número 32, fls. 7 y 8); el de revocatoria de este acto, efectuado en la sesión del Concejo Municipal el día 14 de noviembre de 1987 (Acta número 037); y, finalmente, el de la designación del señor Octavio Arenas Agudelo como nuevo Tesorero, efectuada por el Cabildo Municipal el día 27 de noviembre de 1987 (Acta número 043, fl. 21).

Estima el actor que este último acto está viciado de nulidad, por cuanto desde el 6 de noviembre de 1987 el Concejo agotó la facultad de designar Tesorero de Rentas Municipales con el nombramiento de la señora Gloria Elsa Sotelo Martínez, quien oportunamente comunicó al Concejo su aceptación. Razón esta para que el Cabildo no pudiera revocar su nombramiento, en los términos de los artículos 127 del Decreto 1333 de 1986 y 73 del Decreto nacional 01 de 1984 (nuevo C. C. A.).

Para la Sala este cargo tampoco tiene vocación de prosperidad, por la sencilla razón de que el referido acto de revocación del nombramiento como Tesorero recaído en la señora Sotelo Martínez no fue acusado de nulidad, en ejercicio de la acción correspondiente y por los conceptos anotados y, por ende, tal acto está amparado por la presunción de legalidad y ejecutoriedad, produciendo, consecuentemente, el efecto de eliminar de la vida jurídica el acto de designación de la señora Gloria Elsa Sotelo Martínez como Tesorero de Rentas del Municipio de Montenegro (Q.). En estas condiciones, el Cabildo Municipal —como atrás se anotó— tenía la competencia para designar al nuevo Tesorero de Rentas Municipales, como en efecto lo hizo en la sesión de 27 de noviembre de 1987 (Acta número 043), con período hasta el 31 de mayo de 1988, en la persona del señor Octavio Arenas Agudelo, con sujeción a la preceptiva jurídica vigente sobre la materia.

Los argumentos con los cuales el apelante sustenta el recurso (fl. 88) no son de recibo, pues siendo esta jurisdicción rogada el Juez administrativo no puede tomar en consideración como normas transgredidas otras distintas de las citadas en la demanda o en su adición o corrección oportuna. Y el recurrente cita en su sustentación los artículos 69 y siguientes y 28 del Código Contencioso Administrativo, sin expresar el concepto de violación, y no estando indicadas en la demanda.

En lo que toca con la afirmación de que el nombramiento del nuevo Tesorero sigue suspendido, en razón de que la sentencia del *a quo* negó las súplicas de la demanda pero no levantó la medida cautelar de suspensión provisional, la Sala comparte el criterio de su colaborador Fiscal en el sentido de que "este aspecto fue analizado

en la parte considerativa de la sentencia apelada —fl. 79— y si no fue incluído (sic) dentro de la resolutiva es porque la ley no exige como formulismo la manifestación expresa del levantamiento de la medida cautelar que en este caso se encuentra implícita en la decisión definitiva". Por ello, considera que no hay razón para modificar o complementar la parte resolutiva de la sentencia.

Son suficientes los apretados razonamientos que preceden para que la Sala confirme la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto fiscal,

Resuelve:

Primero: Confirmar la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Quindío con fecha marzo cuatro (4) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Segundo: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

EMPLEADO MUNICIPAL.— Posesión.

La persona natural elegida o nombrada en un cargo municipal debe estar a paz y salvo con el Fisco Municipal en el momento de tomar posesión del empleo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., cinco de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente número 0158. Recurso de apelación contra la sentencia de abril 11 de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual se declaró la nulidad de la elección de Personero y Tesorero del Municipio de Yacopí. Actor: Aurelio Téllez.

El señor Mario Triana Bustos, por conducto de su apoderado especial, interpuso recurso de apelación contra la sentencia fechada el once (11) de abril del corriente año, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto por ella se declaró la nulidad de los actos de elección de Tesorero y Personero del Municipio de Yacopí (Cundinamarca), recaídos, en su orden, en los señores Mario Triana Bustos y José Excelin Velásquez Luque, efectuados por el Concejo de la misma localidad el día 8 de diciembre de 1986, para los períodos comprendidos entre el 8 y 31 de diciembre de 1986, y 1º de enero al 31 de diciembre de 1987.

I. *Fundamentos de la sentencia impugnada.* El *a quo* consideró que los actos de elección acusados eran nulos y así debían declararse, por las siguientes razones:

a) Por cuanto al elegirse al señor Mario Triana Bustos para el cargo de Tesorero municipal, el Concejo de Yacopí quebrantó el precepto contenido en el ordinal 6º del artículo 99 del Decreto-ley 1333 de 1986, que le prohíbe a los Concejos municipales nombrar a personas deudoras del fisco, situación esta en que se encontraba el elegido según certificación que obra al folio 2 del expediente expedida por la Tesorería municipal de dicha localidad, de la cual surge claramente que el señor Triana Bustos adeudaba al fisco municipal la suma de $ 21.149.37, por concepto de impuesto predial, sin que sea admisible el argumento expuesto por el apoderado del demandado según el cual, para la fecha de posesión del elegido, el señor Triana Bustos ya se encontraba a paz y salvo con el tesoro municipal, pues el precepto regulador no es el artículo 4º del Decreto-ley 2400 de 1968 —que se

refiere al requisito de estar a paz y salvo para entrar a ejercer el empleo—, sino, por el contrario el precitado ordinal 6º del artículo 99 del Decreto-ley 1333 de 1986 que prohíbe *nombrar* para un destino lucrativo en el municipio a los deudores del fisco. Y no lo es el artículo 4º del Decreto-ley 2400 de 1968 —dice el Tribunal—, porque esta norma solamente es aplicable a los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público a nivel nacional;

b) Por cuanto al elegirse al señor José Excelín Velásquez Luque para el cargo de Personero municipal, quien no ostentaba el título profesional de abogado, ni había terminado estudios de derecho, según manifestación que hiciera el propio designado en oficio 153 de noviembre 11 de 1987, se quebrantó lo dispuesto en el artículo 137 del Decreto-ley 1333 de 1986 que exige para tal cargo "ser abogado titulado o haber terminado estudios de derecho", sin que sea válido el argumento que se expuso por el demandado, según el cual esos requisitos no eran indispensables por tratarse de una elección en "interinidad", ya que la ley no distingue, ni mucho menos las explicaciones dadas por uno de los Concejales que intervinieron en la elección de que en el municipio "nadie tiene esas condiciones" y que los ciudadanos que sí los cumplían y a quienes les fue ofrecido el cargo, no aceptaron "por razones de orden económico y orden público", ya que la disposición no trae equivalencias.

II. *Fundamentos de la apelación interpuesta.* El abogado Patricio A. Quiñones Alegría, quien solamente invoca su condición de apoderado especial del demandado Mario Triana Bustos, al ejercitar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia —el cual debe entenderse interpuesto respecto a lo decidido en relación con su patrocinado y no en relación con la declaración que se hace respecto de la elección del señor Velásquez Luque—, argumenta que el precepto que se indicó como quebrantado debe entenderse en el sentido de que el elegido debe estar a paz y salvo para con el Tesoro Público en el momento de tomar posesión del empleo, pues de no demostrarlo la entidad que lo designó, o la persona ante quien deba tomar posesión se abstendrá de permitírselo para que entre a ejercer regularmente el cargo.

III. *El concepto del señor agente del Ministerio Público.* Mientras que la Fiscalía Segunda del Tribunal Administrativo conceptuó que debía accederse íntegramente a las pretensiones contenidas en la demanda, por ser "palmaria la transgresión de los artículos 99, numeral 6º, y 137 del Código de Régimen Político y Municipal por parte del acto acusado", por el contrario el distinguido Fiscal Séptimo de esta Corporación, al rendir su concepto de rigor, es de parecer contrario, razón por la cual conceptúa que la sentencia apelada debe ser revocada en su integridad. Sostiene este último, que "parece absurdo pensar que el fisco municipal esté protegido de una manera legal más draconiana que el nacional. Si, en efecto, para los deudores del fisco nacional basta con ponerse a paz y salvo para empezar a ejercer el cargo, no se ve por qué los del erario municipal tengan que hacerlo forzosamente antes de ser nombrados. La ley que protege estos fiscos quiere sin duda crear situaciones que hagan ineludible para el ciudadano el pago voluntario de sus deudas con el tesoro público, pero no

puede ser su finalidad la creación de una inhabilidad insubsanable que invalide cualquier elección o nombramiento... Las inhabilidades creadas por la prohibición que el artículo 99 del Decreto 1333 de 1986 dirige a los Concejos Municipales no se pueden equiparar. Sin lugar a dudas, no son salvables las dos primeras (ser Concejal o pariente de Concejal dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad), pero la misma lógica normativa no cobija el ser deudor del fisco porque sólo con aquellas dos previsiones tratan de impedirse situaciones declara inconveniencia moral y política, en tanto que con la última se intenta únicamente fortalecer el fisco, impedir que se premie al deudor (moroso?) y exigir que los empleados sean los primeros en dar ejemplo en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales o tributarias".

En cuanto a la elección del Personero municipal, dice el señor Fiscal que en autos no milita prueba alguna del actor en sentido opuesto a la aseveración que se hizo por el Concejal que intervino en la elección en su declaración rendida en el proceso, relativa a que no existían, al momento de la elección, otras personas interesadas en el empleo de Personero municipal que poseyeran las calidades requeridas por la ley, y que en tales condiciones se podía proveer el empleo interinamente y no dejar el cargo improvisto indefinidamente por esa circunstancia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia que resuelva el recurso de apelación interpuesto contra el fallo del *a quo*, previas las siguientes

Consideraciones:

La elección del Personero municipal de Yacopí. Sea lo primero, observar que esta Corporación no tiene competencia para pronunciarse en relación con la declaratoria de nulidad de la elección de Personero Municipal de Yacopí, recaída en la persona del señor José Excelín Velásquez Luque, en razón de que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no fue apelada por el afectado o perjudicado con ella, como fácil es constatarlo dentro del proceso. La sentencia que nos ocupa, fue solamente apelada —como se dijo atrás— por el señor apoderado de Mario Triana Bustos, Tesorero municipal elegido para el período de enero a diciembre de 1987. El Personero a quien se le demandó su elección no lo hizo, no solamente porque no solicitó que se le tuviera como parte opositora en el proceso, sino porque segura o probablemente entendió —como bien lo expresó en su escrito de noviembre 11 de 1987— que su permanencia dependía del Concejo Municipal que lo podía retirar del servicio en cualquier momento, por tratarse de un nombramiento o elección en interinidad, aun cuando es lo cierto que —según el Acta de la sesión correspondiente— se le designó para el resto del período en curso —8 a 31 de diciembre de 1986— próximo a fenecer en el momento de la elección, no obstante lo cual —sin saberse a ciencia cierta el porqué— continuó ejerciendo el empleo en el subsiguiente período de enero a diciembre de 1987, según el documento que obra al folio 105 del expediente. Por lo demás, en el momento de expedición de la sentencia del *a quo* (abril 11 de 1988) ya habían fenecido los períodos legales

tanto del Personero como del Tesorero elegidos en 1986, sin que de ello deba responsabilizarse a alguien en particular, y mucho menos al Tribunal de primera instancia, pues la inadmisión de la demanda por aquél, la apelación de dicho proveído ante la Sala Electoral del Consejo de Estado, y la decisión de aquella por este tan sólo el primero de septiembre de 1987, que determinó a partir de algunos días posteriores la tramitación del proceso por el *a quo* —interrumpida con las vacaciones judiciales generales de 1987—, llevaron a la decisión de la controversia en su primera instancia a la fecha atrás indicada, y a la decisión definitiva de la contención hasta la fecha de esta sentencia.

Por ello, como bien lo observa el señor Fiscal del Consejo, la decisión final del proceso va a ser extemporánea, pues los actos acusados ya se agotaron en sus efectos, y sólo queda —en el caso de que la demanda tenga razón—, un remedio preventivo, fuera del puramente jurídico y simbólico de tutela de la legalidad.

En conclusión, en cuanto hace relación a la decisión tomada por el *a quo* sobre la elección del Personero municipal de Yacopí, esta Corporación se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno, para confirmarla o revocarla, por carecer de competencia para ello en razón de no haberse recurrido.

La elección del Tesorero municipal de Yacopí. El análisis de esta Corporación deberá contraerse únicamente al presunto quebrantamiento del numeral 6º del artículo 99 del Decreto-ley 1333 de 1986, en razón de que, de un lado, como bien se expresó en la sentencia recurrida y en el concepto del señor Fiscal de esta Sección Quinta, el artículo 4º del Decreto-ley 2400 de 1968 —como todo el estatuto— sólo es aplicable a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público a nivel nacional, y a que, de otra parte, el requisito especial del *"paz y salvo ordinario de renta, patrimonio e impuesto a las ventas"* para poder entrar a ejercer un empleo público, nacional, departamental o municipal, desapareció del ordenamiento jurídico con la expedición de la Ley 1ª de 1981, por cuyo artículo segundo se señaló de manera taxativa los actos jurídicos, oficiales o particulares, en los cuales era indispensable aportar dicho documento público, entre los cuales no aparece el de elección, nombramiento o posesión de empleados oficiales —empleados públicos y trabajadores oficiales—.

Partiendo de esa premisa, diremos que el precepto contenido en el numeral 6º del artículo 99 del Decreto-ley 1333 de 1986, relativo a la prohibición para los Concejos Municipales de nombrar para destinos lucrativos del orden municipal a personas deudoras del fisco —municipal debe entenderse pues para el orden nacional esa inhabilidad ya no existe—, debe interpretarse, como acertadamente lo hace el señor Fiscal Séptimo de esta Corporación, en el sentido de que la persona natural elegida o nombrada para un cargo municipal debe estar a paz y salvo con el indicado fisco municipal en el momento de tomar posesión del empleo, pues ninguno de los fines de la ley se burla con el pago subsiguiente al nombramiento o elección y anterior a la posesión, y "si el fin de la ley no ha sido burlado sino alcanzado, sólo

el más extremo y vacuo formalismo puede pretender que la ley ha sido infringida", dentro de un concepto teleológico y material, y no meramente gramatical, exegético y logicista.

En consecuencia, estando acreditado dentro del proceso que el señor Mario Triana Bustos estaba a paz y salvo por concepto de impuesto predial en el momento en que tomó posesión del cargo de Tesorero para el cual fue elegido (11 de enero de 1987), por haber cancelado las acreencias por tal concepto el día anterior a esa fecha (ver fl. 86 del expediente), debe concluirse que no existió —según la interpretación del precepto que se ha hecho— el quebrantamiento de la norma contenida en el numeral 6º del artículo 99 del Decreto 1333 de 1986, razón por la cual deberá revocarse la sentencia, en cuanto hace a la declaratoria de nulidad de la elección de aquel como Tesorero municipal.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público,

Falla:

Primero. Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha once (11) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988), en cuanto por ella se declaró la nulidad del acto administrativo de elección de Tesorero municipal, recaída en el señor Mario Triana Bustos, efectuado por el Concejo Municipal de Yacopí el día 8 de diciembre de 1986, para el período legal de enero a diciembre de 1987, y en su lugar *deniéganse* las pretensiones formuladas en tal sentido por el señor Aurelio Téllez, dentro de este proceso.

Segundo. Abstiénese de hacer pronunciamiento alguno en relación con la declaratoria de elección del señor José Excelín Velásquez Luque, para el cargo de Personero municipal, efectuada por el Concejo Municipal de Yacopí en su sesión de 8 de diciembre de 1986, y cuya nulidad fue decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la precitada sentencia de once (11) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988), por no haber sido legalmente apelada por parte interesada en el proceso, ni por el señor agente del Ministerio Público, y en consecuencia encontrarse legalmente ejecutoriada al momento de haberse otorgado el recurso de apelación ejercitado por el apoderado del demandado Mario Triana Bustos.

El proyecto de sentencia fue leído, discutido y aprobado por la Sección Quinta de la Corporación en su sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese, y devuélvase al Tribunal de origen una vez ejecutoriada.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL.— Delegados.

Los delegados del Consejo Nacional Electoral deben abstenerse de hacer la declaratoria de elección y de la expedición de la credencial correspondiente en el caso de que se presente apelación contra sus decisiones o en el caso de que hubiere desacuerdo entre ellos.

SE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del acto mediante el cual se declaró la elección de Alcalde municipal de Ciénaga.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., doce de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Euclides Londoño Cardona.*

Referencia: Expediente número 0181. Apelación auto de fecha mayo 13 de 1988 del Tribunal Administrativo del Magdalena. Actor: Orlando Manuel Dangond Noguera.

Dentro de la oportunidad procesal señalada por la ley (fls. 108 y 109) el procurador judicial sustituto del actor interpuso el recurso de apelación contra la providencia dictada el 13 de mayo de 1988 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en cuanto por ella se resolvió negativamente la suspensión provisional del acto acusado, es decir, el fechado el 25 de marzo de 1988, originario de los delegados del honorable Consejo Nacional Electoral, mediante el cual se declaró la elección del Alcalde municipal de Ciénaga en favor del señor Alfonso Díaz Granados Dávila, para el período constitucional y legal de 1988 a 1990.

El aludido recurso fue concedido por el *a quo* en el efecto establecido por el inciso tercero del artículo 155 del Código Contencioso Administrativo y corresponde a esta Corporación decidirlo de plano, según lo ordena este precepto en su inciso cuarto.

Se considera:

I. El personero judicial principal del actor, en cumplimiento de la regla tercera del artículo 152 del Decreto-ley 01 de 1984 (C. C. A.), sustentó de modo expreso la medida provisoria en estos términos:

"Como la institución de la 'suspensión provisional' no está prohibida por la ley para éstos (sic) juicios electorales, sino que por el contrario la autoriza el segundo inciso del artículo 230 del Código Contencioso Administrativo, tal como quedó subrogado por el artículo 66 de la Ley 96 de 1985, solicito expresamente con éste (sic) escrito que el 'acto acusado' y demandado en éste (sic) proceso, que es el que declaró la elección de Alcalde municipal de Ciénaga para el período 1988 a 1990 en la persona del señor Alfonso Díaz Granados Dávila, sea suspendido provisionalmente, con base en los artículos 152 a 159 del Código Contencioso Administrativo, por cuánto (sic) al haberse declarado elegido Alcalde de Ciénaga para el período 1988 a 1990 al mercionado (sic) ciudadano Alfonso Díaz Granados Dávila, siendo que contra las decisiones de los delegados del Consejo Nacional Electoral el suscrito había interpuesto y presentado 'apelación' contra su Resolución número 34 de 25 de marzo de 1988, y además tales delegados incurrieron en 'desacuerdo', se violó en forma manifiesta una norma superior como es el artículo 180 del Código Electoral, que en tales dos casos les ordena terminantemente a los delegados del Consejo Nacional Electoral *abstenerse* 'de hacer la declaratoria de elección y de expedir las credenciales', pués (sic) 'en tales casos ésta (sic) función corresponderá al Consejo Nacional Electoral'. Sin embargo, ésta (sic) 'orden' legal, perentoria, no fue acatada por los delegados del Consejo Nacional Electoral, que con fecha 25 de marzo pasado hicieron en Santa Marta la declaratoria de elección de Alcalde de Ciénaga y además expidieron la credencial correspondiente, la cual también pedimos sea suspendida provisionalmente, como el acto que declaró la mencionada elección.

"Acompañamos a ésta (sic) demanda 'pruebas' que para decidir ésta (sic) solicitud de suspensión provisional deben examinarse, como el acto declaratorio de la elección de Alcalde de Ciénaga, el acta general del escrutinio practicado en Santa Marta por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, en la que consta que se declaró esta elección y se expidió y firmó la credencial de Alcalde, así hubiera quedado 'retenida', el texto de la Resolución 34 de 25 de marzo de 1988 proferida por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, copia autenticada del escrito de apelación presentado por el suscrito, constancias del 'desacuerdo' de los delegados mencionados, certificado, etc.. . .

"La violación manifiesta que sirve de fundamento a ésta (sic) solicitud expresa, fácilmente puede percibirse a través de una sencilla comparación entre el 'acto acusado', que es el que declaró la elección de Alcalde de Ciénaga en la persona de Alfonso Díaz Granados Dávila para el período de 1988 a 1990, y el texto del artículo 180 del Código Electoral, pués (sic) los 'dos casos' previstos en éste (sic) artículo 180 ocurrieron, ya que el suscrito presentó apelación contra una decisión de los delegados del Consejo Nacional Electoral como fue la Resolución número 34 de 25 de marzo de 1988 por ellos expedida, y también ellos incurrieron en 'desacuerdo' sobre el recurso de apelación presentado, y para éstos (sic) dos casos la orden del artículo 180 del Código

Electoral es perentoria, cuando les manda que 'estos se abstendrán de hacer declaratoria de elección y de expedir las credenciales', pero ésta (sic) orden no la acataron, pues sin embargo hicieron la declaración de elección del Alcalde de Ciénaga y expidieron y firmaron su credencial, que son los actos que pido sean suspendidos provisionalmente, para que así se restablezca el derecho vulnerado mientras la sentencia hace su pronunciamiento final y definitivo" (fls. 39 y 40).

Aparece, pues, un planteamiento claro, como fundamento de la medida impetrada: El de que la declaración de la elección de Alcalde municipal de Ciénaga para el período 1988 a 1990 recaída en el señor Alfonso Díaz Granados Dávila, es manifiestamente violatoria del artículo 180 del Código Electoral, por cuanto el apoderado del demandante interpuso apelación contra la decisión de los delegados del Consejo Nacional Electoral y además éstos incurrieron en desacuerdo.

II. El Tribunal del conocimiento apoyó su decisión negativa de la medida cautelar, en esta simple apreciación:

"No habiendo norma expresa y precisa que regule la materia concerniente a la elección popular de Alcaldes, en cuanto a recurso de (sic) apelación de las decisiones, y a los desacuerdos, de los delegados del Consejo Nacional Electoral se refiere, por lo que la determinación de la aplicación de las normas existentes implica un estudio y análisis más a fondo del asunto, lo que no es materia de decisión atinente a la aplicación de la suspensión provisional ya que para que ésta opere la violación debe aparecer manifiesta, lo que no sucede si primero hay que entrar a dilucidar si la norma señalada como infríngida (sic) es aplicable o nó (sic) al caso concreto, se concluye que no procede declarar la suspensión solicitada por no aparecer esa manifiesta violación" (fl. 107).

III. La regla primera del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, dispone:

"Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas".

La Sala reitera su criterio sobre el alcance de esta norma en el sentido de que la medida de suspensión provisional ordinaria —denominada así por algunos para distinguirla de la llamada suspensión provisional en prevención— es procedente solo cuando del simple cotejo del acto impugnado con la norma superior que se estima agraviada o del examen de las pruebas allegadas con la demanda emerge *prima facie* la violación manifiesta de aquélla, mas no hay lugar a la medida cautelar si se requiere de un prolijo, detenido, juicioso y dialéctico análisis jurídico fáctico de los elementos que obran en el expediente para llegar a la transgresión de la norma subordinante. Esta última circunstancia debe surgir del mismo cotejo del acto o del examen de las pruebas con la regla superior que se considera

infringida, pero no puede crearse artificialmente anticipando, sin razón válida, el riguroso escrutinio fáctico jurídico que debe realizar el Juez administrativo previamente a la decisión de la nulidad impetrada.

Por ello, no comparte la Sala la forzada estimación del *a quo* de la necesidad de un estudio de fondo de la cuestión debatida, para negar con este argumento la medida provisoria pedida. Basta una sencilla apreciación de las pruebas presentadas con la demanda y la comparación del acto enjuiciado con la regla de rango superior para evidenciar la violación grosera de ésta.

En efecto, el precepto 180 del Código Electoral, estatuye:

> "Si se presentare apelación contra las decisiones de los delegados del Consejo o hubiere desacuerdo entre ellos, estos se abstendrán de hacer la declaratoria de elección y de expedir las credenciales; en tales casos esta función corresponderá al Consejo Nacional Electoral, de acuerdo con los resultados que arroje la revisión que practique la corporación.
>
> "Las apelaciones que se presenten contra las decisiones de los delegados del Consejo, o los desacuerdos que ocurran entre ellos, no los exime de la obligación de hacer el cómputo total de votos, el que anotarán en las actas de escrutinio".

Nótese que la norma es nítida al consagrar los dos supuestos o casos en que los delegados del Consejo Nacional Electoral deben abstenerse de hacer la declaratoria de elección y de expedir la credencial correspondiente, supuestos o casos por cuya ocurrencia esta función se transfiere al Consejo Nacional Electoral, órgano jerárquicamente superior que debe resolver el recurso o la discrepancia, según el caso, en ejercicio de su competencia condicionada.

No se requiere esfuerzo dialéctico para entender los presupuestos de aplicación de la norma, cuales son:

a) En el caso de que se presente apelación contra las decisiones de los delegados del Consejo Nacional Electoral, y

b) En el caso de que hubiere desacuerdo entre los delagados sobre los resultados electorales.

Que este segundo evento se refiere a los resultados electorales emerge sin hesitación alguna de la simple lectura de la norma: Adviértase que la declaración de elección y la expedición de la credencial que debe hacer el Consejo Nacional Electoral tiene que estar en consonancia "...con los resultados que arroje la revisión que practique la corporación...", según las claras voces del inciso primero *in fine* del texto pretranscrito, y que el inciso segundo del mismo estatuye acerca de la discrepancia entre los delegados del Consejo, que "...los desacuerdos que ocurran entre ellos, no los exime de hacer el cómputo total de votos, el que anotarán en las actas de escrutinio".

Y cuál es el cuestionamiento que puede suscitarse respecto al recurso de apelación en lo que toca con la elección de Alcalde, si la norma en comentario lo consagra de manera expresa y palmaria contra

las decisiones de los delegados del Consejo Nacional Electoral, sin excepción, y el efecto de su concesión y la modalidad de sustentación están reglados por el artículo 193 *ibídem*?

Si la decisión impugnada hace relación a la elección de Alcalde, la procedencia del recurso de apelación es obvia.

Pues bien: Los delegados del Consejo Nacional Electoral, doctores Jorge Enrique Sánchez S. y Luis Carlos Sáchica A., dictaron la Resolución número 34 de marzo 25 de 1988, que se refiere a los escrutinios del Municipio de Ciénaga (Magdalena), resolución mediante la cual se decidió:

"Primero. Excluir del cómputo general de las elecciones celebradas el día 13 de marzo de 1988 en el Municipio de Ciénaga, los votos consignados en las mesas 19, del puesto 1, zona 01, y los consignados en la mesa 04 del puesto 02 de la zona 01.

"Segundo. Negar las demás peticiones a que se refieren los memoriales presentados por las razones expuestas en los considerandos de esta Resolución" (fls. 86 a 89).

Contra dicha resolución el doctor Ignacio Vives E., apoderado del candidato a la Alcaldía Municipal de Ciénaga señor Orlando Manuel Dangond Noguera, interpuso el recurso de apelación, concretamente respecto a los escrutinios de la elección para Alcalde (fl. 90, fte. y vto.).

Como se verifica con las documentales que obran de folios 91 a 95 los delegados del Consejo Nacional Electoral estuvieron en desacuerdo sobre la procedencia y concesión del recurso de apelación propuesto: Mientras el doctor Luis Carlos Sáchica A., estimó su improcedencia, el doctor Jorge Enrique Sánchez S., manifestó que debía concederse, ambos con fundamentación jurídica.

Como en antes quedó dicho, no es este el desacuerdo que determina la abstención de los delegados de hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales, sino el desacuerdo sobre los resultados electorales. De suerte que no se configuró el segundo caso contemplado en la norma.

Mas, del examen de las pruebas acompañadas a la demanda resulta evidente la ocurrencia del primer evento, el de la apelación de la ya aludida decisión de los delegados electorales contenida en la Resolución número 34 de marzo 25 de 1988. Como también aparece que, no obstante la apelación y sin decidir si ésta se concedía o se negaba, los delegados del Consejo Nacional Electoral hicieron la declaratoria de elección del ciudadano Alfonso Díaz Granados Dávila como Alcalde del Municipio de Ciénaga (Magdalena) y procedieron a expedir la correspondiente credencial (fl. 98).

Así las cosas, del examen de las pruebas aportadas emerge de manera relevante la violación de la norma superior (art. 180 del C. E.), que el personero judicial del demandante consideró manifiestamente agraviada con el acto cuya nulidad impetra en el libelo inicial.

En lo referente a la solicitud de suspensión provisional de la credencial expedida, debe observarse que, como ya lo ha dicho la Sala,

la credencial es simplemente un documento o constancia de que, en virtud del acto administrativo de declaratoria de elección, se ostenta la calidad que en aquélla se expresa. Es por ello, por lo que el artículo 228 del Código Contencioso Administrativo habla de "...la nulidad de la elección hecha en favor de ese candidato y la cancelación de la respectiva credencial". Pero no hay norma alguna que regle la suspensión provisional de la credencial.

En el entendimiento de la Sala no existe norma sobre este aspecto, en razón de que, la consecuencia lógica de la suspensión provisional del acto impugnado es la de la pérdida temporaria de la validez de la credencial.

Los razonamientos que preceden son suficientes para llegar a la conclusión de que debe decretarse la suspensión provisional de los efectos del acto mediante el cual se declaró la elección de Alcalde municipal de Ciénaga (Magdalena).

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

Resuelve:

Primero: Revócase la providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena con fecha trece (13) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Segundo: Decrétase la suspensión provisional de los efectos del acto mediante el cual se declaró la elección de Alcalde municipal de Ciénaga (Magdalena).

Tercero: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CORPORACION PUBLICA.— MAYORIA ABSOLUTA.

Cuando se trata de Corporaciones públicas integradas por un número impar de personas, la mayoría absoluta se configura mediante la aproximación por defecto del número que resulte de dividir por dos el número de votantes, más la unidad.

(Se retorna a la concepción jurisprudencial del Consejo de Estado impartida en la sentencia de 19 de julio de 1973).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., treinta y uno de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente número 0174. Recurso de apelación contra la sentencia de mayo 10 de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, por la cual se declaró la nulidad de la elección de Isabel Cristina Saldarriaga Rivera como Personera del Municipio de Santa Rosa de Cabal. Actor: Mario López Valencia.

Conoce esta Corporación del recurso de apelación interpuesto por Isabel Cristina Saldarriaga Rivera y Gustavo Sanz Restrepo, parte demandada y parte impugnadora, respectivamente, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el día diez (10) de mayo del presente año, por la cual se declaró "la nulidad de la elección de la señora Isabel Cristina Saldarriaga Rivera como Personera municipal de Santa Rosa de Cabal, realizada en la noche de 23 de noviembre de 1987 en el recinto del honorable Concejo de la ciudad citada, decisión que parcialmente abarca el punto quinto del Acta número 052 (elección de funcionarios) y la correspondiente acta de posesión".

I. *La sentencia recurrida.* El *a quo* fundamenta su decisión de declarar la nulidad del acto administrativo electoral acusado, en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 83 de la Constitución Política, en concordancia con el precepto contenido en el artículo 82 *ibídem*, así como en la interpretación jurisprudencial que de dichas normas hiciera la extinguida Sala Electoral de esta Corporación en providencia de 16 de septiembre de 1987, ponencia del señor consejero, doctor Jorge Valencia Arango, referida, en particular, a las decisiones que adopten las corporaciones públicas integradas por un número impar de personas, caso en el cual la mayoría absoluta se configura mediante la aproximación por exceso, y no por defecto, del número que resulte de dividir por dos el número de integrantes de la corpo-

ración, más la unidad, lo cual determina un número de tres votos a favor de la decisión mayoritaria, y así habrá decisión válida cuando siendo, por ejemplo, quince los integrantes de la corporación pública, haya nueve votos por la afirmativa y seis por la negativa.

II. *Fundamentos de la impugnación.* Al ejercitar el recurso de apelación para ante esta Corporación contra la sentencia de primera instancia, la demandada y la persona que se constituyó en parte impugnadora para efectos de interponerlo, dicen que, de un lado, la providencia de septiembre 16 de 1987 de la extinguida Sala Electoral de esta Corporación, se fundó en el artículo 3º del Acto legislativo número 1 de 1981, reformatorio del artículo 83 de la Constitución Política, que había sido declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de mayo 13 de 1982, y de otra parte, debe observarse que, por mandato legal, "los cuerpos colegiados de composición impar, deben para contar su mitad más uno, de prescindir de uno, es decir, que siendo 15 los Concejales de Santa Rosa de Cabal, para establecer cual (sic) es la mitad más (sic) uno, simplemente se prescinde de uno y nos quedan 14 y al dividr 14 por 2, da siete, más uno, ocho, que fue el número de votos con que la Personera fue elegida en su cargo". El recurrente no precisa la norma legal que invoca, pero es indubitable que se está refiriendo al artículo 49 de la Ley 85 de 1916, en cuyo inciso segundo se expresaba:

"Entiéndese por mayoría absoluta todo número de votos superior a la mitad del total de los votos emitidos; y cuando éste fuere impar, la mitad se computará prescindiendo de un voto".

Solicitan, en consecuencia, la revocatoria de la sentencia apelada.

III. *El concepto del señor agente del Ministerio Público.* El señor Fiscal Octavo de la Corporación, en su concepto de 24 de agosto del presente año, es de parecer de que se revoque la sentencia proferida por el Tribunal, y se nieguen las pretensiones de la demanda.

Considera el señor Fiscal:

1º Que, efectivamente, la providencia de septiembre 16 de 1987 de la extinguida Sala Electoral del Consejo de Estado, se fundó en el artículo 3º del Acto legislativo número 1 de 1981 que posteriormente fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de mayo 13 de 1982, y que con ese fundamento varió la concepción jurisprudencial de esta Corporación, expuesta en varias sentencias anteriores, entre las cuales se pueden citar las de julio 19 de 1973, Sección Primera, expediente 1375, noviembre 23 de 1977, ponente Carlos Galindo Pinilla, actor Odice Larrarte Rodríguez, y de octubre 25 de 1983, ponencia del Consejero Eduardo Suescún Monroy.

2º Que, de acuerdo con lo anterior y las pruebas aportadas al proceso, al efectuarse la elección de la doctora Saldarriaga Rivera se cumplió con la mayoría decisoria necesaria, ya que de un total de 15 obtuvo 8 votos a su favor, o sea, la mitad más uno de los votos de los integrantes del Concejo Municipal, siguiendo la tesis de la mayoría por defecto y no por exceso seguida por el honorable Consejo

de Estado antes de la sentencia de 16 de septiembre de 1987, que considera la Fiscalía es la más acertada, la más lógica, de conformidad con la jurisprudencia transcrita.

3º Que, dicho lo anterior, cabe analizar y llegar a una conclusión sobre la alegada violación del artículo 7º del Decreto 1713 de 1960, que establece lo siguiente: "Los funcionarios de la Contraloría General de la República, o de las Contralorías Departamentales y Municipales, que hayan ejercido el control público de entidades oficiales o semioficiales, o de empresas públicas descentralizadas, no podrán ser nombrados, ni prestar sus servicios en ellas, sino después de un año de producido su retiro del organismo fiscalizador".

Lo anterior, en razón de que la demandada ocupó el empleo de Revisor de documentos de la Contraloría General del Departamento de Risaralda en el lapso comprendido entre el 27 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 1986, término dentro del cual fue encargada de las funciones de Auditor Especial en el Municipio de Santa Rosa de Cabal, mientras duraban las vacaciones y la licencia otorgada al titular del cargo (julio 14 de 1986 a agosto 30 del mismo año).

Que, tomando en cuenta los elementos de juicio que obran en el proceso, se puede apreciar que la doctora Saldarriaga Rivera, prestó sus servicios de Auditor Especial de la Contraloría Departamental ante el Municipio en donde posteriormente fuera elegida Personera, entre julio 14 y agosto 30 de 1986, período en el cual ejerció un control público en el Municipio, pero como su elección como Personera se llevó a cabo el 23 de noviembre de 1987, no se infringió el artículo 7º del Decreto 1713 de 1960, y por tanto, su elección fue legal.

4º Finalmente, no es del caso analizar la pretendida violación del artículo 568 del Código Fiscal de Risaralda, porque éste no fue agregado a los autos en copia autenticada, conforme lo exige el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo al referirse a la prueba de la ley local, la que por esa consideración no es de obligatorio conocimiento del juzgador.

Para resolver, se considera:

a) *El* quórum *decisorio en las corporaciones públicas, cuando el número de sus miembros es impar. La expresión matemática "mitad más uno de sus miembros" que empleó el constituyente de 1968.*

Esta Sección aprovecha esta oportunidad, para volver a la concepción jurisprudencial del Consejo de Estado anterior a la providencia de septiembre 16 de 1987 de su extinguida Sala Electoral, ponencia del señor Consejero, doctor Jorge Valencia Arango, según la cual cuando se trata de corporaciones públicas integradas por un número impar de personas, la mayoría absoluta se configura "mediante la aproximación por defecto del número que resulte de dividir por dos el número de votantes, más la unidad, lo cual determina un número de votos a favor de la decisión mayoritaria y así, habrá decisión válida cuando siendo 3 el total de votos, hay dos por la afirmativa y uno por la negativa, cuando son 5, haya 3 por la afirmativa y 2 por la negativa, etc." (Sala de lo Contencioso Administra-

tivo, Sección Primera, expediente 1375, sentencia de 19 de julio de 1973), por cuanto, en realidad de verdad, la expresión "mitad más uno de los miembros", que empleó desafortunadamente el constituyente de 1968, para abandonar así la tradicional expresión "mayoría absoluta", de todos modos "lo que quiso significar con ella fue la exigencia de que estuviera presente la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación, tal y como la Constitución lo ha venido exigiendo desde 1886" (Sentencia de noviembre 23 de 1977, ponencia del señor Consejero doctor Carlos Galindo Pinilla, y sentencia de octubre 25 de 1983, con ponencia del doctor Eduardo Suescún Monroy).

En la precitada sentencia de julio 19 de 1973, la Sección Primera del Consejo de Estado razonó en la siguiente forma:

"El constituyente de 1968 abandonó la tradicional expresión 'mayoría absoluta' y, por lo menos en el artículo 83 de la Carta, pues hay otras disposiciones constitucionales que la conservan como el artículo 80 y el inciso final del vecino artículo 81, señaló que las decisiones debían adoptarse por la mitad más uno de los votos, que corresponde, ciertamente, a una de las variantes que puede asumir la mayoría absoluta, o sea, aquella en que el número de votos sea par, hipótesis en la cual dicha mayoría siempre será la mitad más uno, lo que significa que en tal caso el mínimo a favor de la decisión mayoritaria será de dos votos. Mas no ocurre lo propio cuando el número de votos es impar, caso en el cual la mitad más uno de una fracción de medio voto que de ser aproximada al número entero inmediatamente siguiente significaría siempre una diferencia a favor de la decisión mayoritaria de 3 votos y no dos, lo cual no parece lógico, y en algunos casos conduciría a situaciones francamente absurdas como lo sería exigir la unanimidad cuando la decisión la tomen tres personas (3/2 igual 1.5, igual 2.5. igual 3, aproximado por exceso) o una mayoría de las 4/5, muy superior a la de los 2/3 que el constituyente establece para los casos de la mayoría más rigurosamente calificada, cuando la decisión la toman cinco votantes (5/2 igual a 2.5/1 igual 3.5 igual 4 por aproximación por exceso).

"Parece ser que esto es producto de haberse consignado en el artículo 83 la misma frase del artículo 82, que establece el *quórum* decisorio 'en la mitad más uno de los integrantes de la respectiva corporación' expresión que refleja siempre y en forma matemática mayoría absoluta por ser paritarias, las corporaciones públicas, o sea por ser siempre divisible por dos el número de sus integrantes, con el olvido de que el *quórum* decisorio puede aumentar del mínimo y hacerse impar el número de sus componentes, o queda un número impar siempre que el total sea conforma (sic) por la suma de dos números pares, casos en los cuales no es matemáticamente aplicable la regla de la mitad más uno; refuerza lo anterior el siguiente aparte de la ponencia sobre el texto unificado del proyecto de reforma constitucional presentado ante el Senado en la segunda vuelta por el Senador Raúl Vásquez Vélez:

" 'En la ponencia para segundo debate sobre el proyecto número 63 de 1966, dijimos: Artículo 3º Este artículo decía que las votaciones

en el Congreso Pleno, en las Cámaras y en las Comisiones Permanentes se tomarán «por la mitad más uno de los votos de los asistentes» y la Cámara suprimió «de los asistentes».

"'No cree vuestro ponente que se haya ganado claridad con la expresión anotada. Se trata de un texto constitucional que va a ser interpretado a nivel de Asambleas y Concejos y si bien es cierto que esté obviamente entendido que las decisiones no se podrán tomar sino «con la asistencia de la mitad más uno» de los miembros que componen la respectiva corporación, hubiera sido más aconsejable el texto original. Conviene por tanto dejar clara constancia en la historia de esta reforma que cuando en una Corporación estén presentes la mitad más uno de los miembros que la componen pueden entrar a decidir y la decisión se tomará por la mitad más uno de los asistentes y no por la mitad más uno de los miembros que la componen. Salvo, desde luego, los casos en que la misma Constitución exija una votación calificada. Vaya, señores Senadores, un ejemplo para evitar futuros equívocos: Una corporación de 18 miembros tiene *quórum* para deliberar con 6 que es la tercera parte de sus miembros; tiene *quórum* para decidir con 10 que es la mitad más uno de sus miembros y si no hay presentes sino 10, la determinación uniforme que tomen 6 que es la tercera parte de sus miembros es válida porque es la mitad más uno de los votos de los asistentes; si hay 12 presentes la determinación uniforme que tomen 7 es válida por la misma razón y si están todos los 18 miembros presentes, la votación que hagan uniformemente 10 será válida porque 10 es la mitad más uno de los asistentes' (Historia de la Reforma Constitucional de 1968, República de Colombia, Secretaría Jurídica, págs. 545 y ss.).

"Como se advierte, se parte siempre de que el número de votantes es par y no tuvo en mente que pudiera ser impar. Por esto, esta Sala considera que en la hipótesis debe tomarse la noción de mayoría absoluta, mediante la aproximación por defecto del número que resulta de dividir por dos el número de votantes, más la unidad, lo cual determina el número de votos a favor de la decisión mayoritaria y así, habrá decisión válida cuando siendo 3 el total de votos, haya dos por la afirmativa y uno por la negativa, cuando siendo 5 haya 3 por la afirmativa y 2 por la negativa, etc., etc. O dicho en otros términos, el cambio de la expresión 'mayoría absoluta' por mitad más uno no tuvo por finalidad el cambio del concepto tradicional de la mayoría absoluta, sino pretender mayor claridad, en la práctica, con poca fortuna".

Esta concepción jurisprudencial, para esta Sección, es la más acertada, la más lógica, como lo sostiene el señor Fiscal colaborador, y la que se conforma a la intención que el legislador colombiano expresara en alguna oportunidad. En efecto, las confusiones a que pudiera llevar el término *absoluta,* que excluye toda relación e implica unanimidad, condujo a que el artículo 49 de la Ley 85 de 1916 (promulgada en el Diario Oficial número 15.997 de 19 de enero de 1917), hiciera la siguiente interpretación en su inciso segundo:

"Entiéndese por mayoría absoluta todo número de votos superior a la mitad del total de los votos emitidos; y cuando éste fuere impar, la mitad se computará prescindiendo de un voto".

Por las consideraciones anteriores, la Sección estima que es del caso volver a la doctrina que tenía la Corporación hasta la sentencia de 16 de septiembre de 1987, proferida por la extinguida Sala Electoral, la cual se fundamentó, como bien se ha observado, en una disposición constitucional que no existía en el momento de expedición de la precitada providencia, en razón de haber sido declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia.

Procedería, en consecuencia, la revocatoria de la sentencia apelada, que se basó en la interpretación jurisprudencial deducida con base en la norma constitucional inexistente; empero, antes es necesario determinar si son aceptables las otras impugnaciones que se hacen por el demandante al acto administrativo electoral acusado, con fundamento en disposiciones diferentes.

b) Para la Sección es incuestionable el planteamiento que hace el distinguido agente del Ministerio Público, doctor Jaime Mossos Guarnizo, en torno al no quebrantamiento del artículo 7º del Decreto 1713 de 1960, atrás transcrito, ya que realmente, de los medios de prueba allegados al proceso, aparece claramente que la doctora Saldarriaga Rivera ejerció control público sobre el Municipio de Santa Rosa de Cabal, cuyo Concejo la eligió Personera Municipal, entre el 14 de julio y el 30 de agosto de 1986, y entre esta última fecha y la de su designación el día 23 de noviembre de 1987, transcurrió más del año previsto en la disposición que se invoca como violada en la demanda por el actor.

En tales condiciones, no está llamado a prosperar el cargo de ilegalidad que se predicó respecto de la elección acusada.

c) Finalmente, no es del caso entrar en el estudio de la alegada violación del artículo 568 del Código Fiscal del Departamento de Risaralda, por cuanto conforme a lo preceptuado en el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo, si un demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, debe acompañar el texto legal que las contenga, debidamente autenticadas, o solicitar al ponente que obtenga la copia correspondiente, y nada de ello se hizo en juicio por el demandante.

En consecuencia, habrá de revocarse en todas sus partes la sentencia recurrida, atendiendo así la solicitud tanto de los recurrentes como la del señor Fiscal Octavo de esta Corporación.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor agente del Ministerio Público,

Falla:

Revócase en todas sus partes la sentencia de diez (10) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en cuanto por ella se declaró "la nulidad de la elección de la señora Isabel Cristina Saldarriaga Rivera como Personera municipal de Santa Rosa de Cabal, realizada en la noche

de 23 de noviembre de 1987 en el recinto del honorable Concejo de la ciudad citada, decisión que parcialmente abarca el punto quinto del Acta número 052 (elección de funcionarios) y la correspondiente acta de posesión", y en su lugar, *niéganse* las pretensiones de la demanda promovida por el señor Mario López Valencia.

Cópiese, notifíquese, y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL.— Delegados.

El sentido claro del artículo 180 del Código Electoral (Decreto 2241 de 1986) no es otro que la prohibición a los Delegados del Consejo Nacional Electoral "de hacer la declaratoria de elección y de expedir las credenciales", cuando alguna o algunas de sus decisiones fueren apeladas o cuando hubiere desacuerdo entre ellos, siendo de competencia del Consejo Nacional Electoral en tales casos hacer tal declaratoria y expedir tales credenciales.

SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del acto administrativo de elección de Diputados para la Asamblea del Departamento del Magdalena, contenidos en el acta correspondiente de escrutinio realizados por los Delegados del Consejo Nacional Electoral el 25 de marzo del año en curso.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E.,

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente número 0204. Actor: Loeb Martine Bonnet Vargas.

El apoderado judicial del señor Loeb Martine Bonnet Vargas apeló la providencia de 17 de agosto del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, esta vez integrado por Conjueces, declaró inadmisible la demanda de nulidad del acto de declaración de elección de los Diputados a la Asamblea Departamental para el período de 1988 a 1990.

Procede, en consecuencia, esta Sala a decidir de plano el recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 232 del Código Contencioso Administrativo.

La demanda:

Pide que, previos los trámites de un proceso electoral, se hagan los siguientes pronunciamientos:

"*Primera:* Que es nulo el acto por medio del cual los Delegados del honorable Consejo Nacional Electoral reunidos en

Santa Marta hicieron el día 25 de marzo de 1988 la declaración de elección de los Diputados a la Asamblea Departamental del Magdalena, para el período de 1988 a 1990.

"*Segunda:* Que igualmente se declaren nulas las decisiones de los mismos Delegados del Consejo Nacional Electoral y las actas de los jurados de votación y demás corporaciones electorales, por las cuales contrariando expresas ordenaciones legales se denegaron reclamaciones bien fundadas, y que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene practicar y efectivamente se practique por ese honorable Tribunal un nuevo escrutinio para Diputados a la Asamblea Departamental del Magdalena, período 1988 a 1990, escrutinio este que deberá practicarse únicamente con base en los registros electorales que no se declaren afectados de nulidad en virtud del presente juicio, correspondientes a las elecciones efectuadas el pasado domingo 13 de marzo de 1988, y previa rectificación además, de los errores aritméticos que se demuestren judicialmente o exclusión de los registros que conforme a la ley no deban ser computados.

"*Tercera:* Que con base en los resultados que se obtengan en los nuevos escrutinios se haga una nueva declaración de elección de Diputados a la Asamblea Departamental del Magdalena, para el período 1988 a 1990, se ordene expedir y efectivamente se expidan las nuevas credenciales a quiénes resulten elegidos, en reemplazo de las que deberán cancelarse y declararse sin valor ni efecto, debiéndose comunicar las anteriores novedades a quiénes deben conocerlas, por oficios que deberán dirigirse al Presidente del honorable Consejo Nacional Electoral, al Registrador Nacional del Estado Civil, a sus Delegados en el Departamento del Magdalena, al Ministro de Gobierno, al Gobernador del Departamento del Magdalena, al Presidente del honorable Tribunal Administrativo del Magdalena y demás autoridades pertinentes".

Como partes en el juicio se señalan al señor Loeb Martine Bonnet Vargas en su doble condición de ciudadano y candidato a Diputado de la Asamblea del Departamento del Magdalena, inscrito en lista por el Partido Liberal, y como demandados a quienes fueron declarados elegidos como Diputados a la mencionada Asamblea así como los respectivos suplentes.

Para fundamentar la acción aduce el demandante que los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral, Jorge Enrique Sánchez y Luis Carlos Sáchica "...en abierta oposición a lo que les ordenaba perentoriamente el artículo 180 del Código Electoral (Decreto 2241 de 1986), hicieron la declaratoria de la elección de Diputados a la Asamblea Departamental del Magdalena, para el período 1988 a 1990, y en la misma fecha expidieron y firmaron las credenciales de todos los Diputados del Magdalena que fueron declarados elegidos, auncuando (sic) en forma no autorizada por la ley hubieren ordenado su 'retención' en poder de los Delegados del Registrador Nacional en Santa Marta. En efecto, en la página 3 del Acta General del Escrutinio realizado en la Circunscripción Electoral del Magdalena, por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, de los votos emitidos en las elecciones de 13 de marzo de 1988', se lee:

"En actas parciales por separado (Formularios E 37 y 39 A) figuran los votos obtenidos por cada cabeza de lista de Asamblea y Concejo y de candidato a Alcalde mayor y municipal, en el Departamento y municipios de esta circunscripción electoral; *se declaran en las mismas los elegidos, se les expide y firman las respectivas credenciales*" (Léase el 5º párrafo de la pág. 3 del Acta mencionada).

Así mismo, en la página 4 de la misma Acta (Léase última parte de su primer párrafo), se lee:

"No se expiden las credenciales a los candidatos aspirante (sic) a Alcalde del Municipio de Ciénaga, *ni de Asamblea, reteniéndose las expedidas".*

En esta forma los mencionados Delegados del Consejo Nacional Electoral violaron ostensiblemente y en forma grave la "orden" que les daba el Código Electoral en su artículo 180, pues aquellos al resolver "reclamaciones" formuladas sobre el Municipio de Ciénaga, expidieron su Resolución número 34 de 25 de marzo de 1988, contra la cual el doctor José Ignacio Vives E., interpuso el recurso de apelación, que ni fue concedido ni fue negado, ya que los Delegados del Consejo Nacional Electoral no se pudieron poner de acuerdo sobre la apelación presentada, en atención a que mientras el Delegado Luis Carlos Sáchica opinó que no era procedente tal recurso, en cambio el Delegado Jorge Enrique Sánchez manifestó que sí era procedente la apelación interpuesta.

Frente a este *desacuerdo* y además habiéndose *presentado* la apelación mencionada, la orden del artículo 180 del Código Electoral era perentoria: *Abstenerse* de hacer la declaratoria de elección de Diputados y de expedir sus credenciales, pues en tales casos ésta función corresponderá al Consejo Nacional Electoral, de acuerdo con los resultados que arroje la revisión que practique la corporación, como así lo expresa textualmente en mencionado artículo del estatuto electoral vigente.

Sin embargo, y en abierta pugna contra éste artículo 180 del Código Electoral, los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral hicieron la declaratoria de la elección de Diputados del Departamento del Magdalena, y les expidieron y firmaron sus credenciales, las que finalmente fueron "retenidas" en la Delegación Departamental del Registrador Nacional, pero después de estar expedidas y firmadas.

Además, el demandante menciona que "...las decisiones, omisiones graves y otras irregularidades violentan ostensiblemente nuestra legislación electoral, siendo finalmente que los cómputos de votos, los registros electorales tenidos en cuenta en los escrutinios y demás factores que llevaron a declarar la elección de Diputados del Magdalena y a la expedición de sus credenciales, adolecen de graves y flagrantes violaciones del sistema electoral adoptado por la Constitución y leyes de la República, ya que durante los escrutinios respectivos se computaron actas y pliegos viciados de nulidad contra expresas prescripciones legales, se incurrió en errore (sic) aritméticos que deben

rectificarse, se dejaron de practicar recuentos de votos que legalmente eran obligatorios y se omitieron decisiones sobre reclamaciones legalmente presentadas,..."

El primer cargo lo hace consistir en que en las distintas actas de escrutinio del proceso electoral se incurrió en "errores aritméticos" al hacerse el cómputo de los votos para Diputados. De acuerdo con el segundo cargo, las actas de escrutinio del jurado de votación, correspondientes a las mesas números 07, 10, 13, 15, 20, 29, 31 y 54 del puesto 1 de la zona 1 (norte) del Municipio de Ciénaga y el acta de la mesa de votación número 07 del corregimiento de "Riofrío" del mismo Municipio jamás llegaron al arca triclave "...por lo que son más que extemporáneas, y por tanto deben ser anuladas con base en la causal 6 del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo concordando con la causal 7ª del artículo 192 del Código Electoral". El tercer cargo indica que las actas de escrutinio del jurado de votación correspondiente a las mesas números 1, del corregimiento de "San José de Kennedy" y 07 del de "Riofrío", y las mesas números 07, 15, 22, 29, 31, 38, 54 y 56 del puesto de votación 1 de la zona 1 y la número 01 del puesto 2 de la zona 1, del Municipio de Ciénaga, en sus cuatro ejemplares tienen menos de tres firmas de los jurados. Que al haber sido computadas tales actas deben ser anuladas con fundamento en la causal 6 del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo en armonía con la causal 3ª del antes citado artículo 192 del Código Electoral. Finalmente, como último cargo, cuarto del escrito de demanda, el acta general y las actas parciales del "Escrutinio Auxiliar" de la zona 1 (norte) de Ciénaga fueron extendidas y firmadas "...en sitio distinto del lugar o local en donde debió funcionar la Comisión Escrutadora Auxiliar de esta zona, pues ello ocurrió en el salón de la "Biblioteca Municipal" y no en las oficinas de la Registraduría Auxiliar de la Zona, sin que esta Registraduría que era la "competente", o sea la "respectiva" hubiere señalado conforme lo autoriza el artículo 160 del Código Electoral otro local distinto para sede de tales escrutinios auxiliares, previamente a la realización de estos. Por lo que, con fundamento en las causales 6 del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo y 8ª del artículo 192 del Código Electoral, deben ser anuladas por haber sido incluidas en los cómputos.

En cinco puntos, separados, expone los fundamentos de derecho que dan base a la demanda, citando las normas que estima violadas y el concepto de la violación. En capítulos aparte hace la estimación de la cuantía, relaciona los documentos acompañados a la demanda, indica el trámite que debe darse a la acción, solicita de manera expresa la *"suspensión provisional"*, sustentando en derecho la petición y, por último, "...para una mayor lealtad procesal que exige el ordinal 5º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo...", relaciona las pruebas y pide la práctica de las mismas.

La providencia recurrida:

Advierten los señores Magistrados que del examen del Acta de Escrutinio realizado por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, acompañada a la demanda (fls. 20 a 23), se observa que el mismo abogado apoderado del demandante interpuso el recurso de apelación

"...contra la Resolución número 34 de marzo 25 de 1988 y que los honorables Delegados estuvieron en desacuerdo acerca de si tal recurso era procedente o no, habiéndose decidido dar traslado de la situación creada al Consejo Nacional Electoral, invocando el artículo 180 del Código Electoral", y sin embargo los mismos Delegados contrariando lo dispuesto en el artículo 180 del mismo Código, no tuvieron reato en hacer la declaratoria de elección de Diputados y retener las credenciales expedidas, en vista del desacuerdo surgido entre ellos. Los señores Conjueces, que integran el Tribunal para este caso, infieren que esta actuación confusa de los Delegados llevó al demandante a presentar la demanda sobre la base de que la expedición y retención de credenciales en la forma anotada, "...podía ser interpretada posteriormente en forma tal que perjudicara los intereses del ciudadano Loeb Martine Bonnet Vargas, al ser sorprendido con un pronunciamiento sobre caducidad de la acción electoral".

Tras reproducir el artículo 180 del Código Electoral, los integrantes del Tribunal analizan si el término de caducidad de la acción electoral, a la luz del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo "...comenzó a operar a partir del día 26 de marzo de 1988". Estiman que para que tal cosa se diera sería necesario aceptar que la declaratoria de elección, la expedición de credenciales, y la orden de retención de éstas "...es válido formal y materialmente hablando. Lo que no puede aceptarse frente a la preceptiva del artículo 180 del Código Electoral". Tras aducir, transcribiéndola, la providencia de la Sala Contenciosa Electoral de 12 de junio de 1986, referida a la caducidad de la acción electoral, sobre la base de que el Consejo Nacional Electoral "...debió proceder a verificar la declaratoria de elección en razón de recursos de apelación propuestos contra los escrutinios departamentales verificados por los delegados de aquella Corporación, y por interesados a quienes no se les podría vincular mediante decisiones que no hubieran tenido la oportunidad de conocer...", el Tribunal deduce que,

"...aceptar que el término de caducidad comenzó a operar el 26 de marzo de 1988, es tanto como admitir que se pudiera demandar un acto inexistente o en el mejor de los casos, un acto precario, puesto que dándose una cualquiera de las hipótesis del artículo 180 del Código Electoral, en su primer inciso, los Delegados del Consejo quedan bajo una especie de incompetencia para hacer la declaratoria de elección y para expedir las respectivas credenciales, funciones que se trasladan al Consejo Nacional Electoral.

"Entonces, lo primero que hay que predicar de la demanda que se estudia, es que ha sido presentada antes de tiempo, pudiéramos decir que antes de que comenzara el término de caducidad, con fundamento en un acto no vinculante y antes de que el Tribunal Administrativo adquiriera competencia para conocer del asunto.

"Así, pues, a la demanda no se acompañó el acto acusado idóneo, o sea, aquel que produjo la verdadera declaratoria de elección de los Diputados a la Asamblea del Departamento del Magdalena para el período de 1988 a 1990.

"Con fundamento en el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo no es posible subsanar el defecto señalado dentro del término de cinco (5) días, Carlos Betancur Jaramillo, en su obra 'Derecho Procesal Administrativo', edición de 1985, página 182, dice: Pero no siempre podrá ordenarse su corrección (de la demanda), ya que los aspectos pueden ser tales que no correspondan a aspectos formales sino a otras de sentido sustancial o de fondo. En estos casos se decretará su inadmisión, debidamente motivada, sin más exigencias".

El propio Consejo de Estado, en su Sección Tercera, por auto de octubre 10 de 1985 expresó: "Según el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, el ponente, cuando estime que la demanda es posible de corrección por carencia de los requisitos y formalidades previstos para la admisión de la misma, expondrá en auto suceptible (sic) de reposición los defectos e informalidades que observe para que sean corregidos. Esta orden de corrección sólo podrá darse ante la existencia de defectos formales o ante la falta de ciertos anexos..."

Con efecto, se anota que si se ordenara al libelista traer a los autos el acto que verdaderamente debe ser acusado, esto es, el Acuerdo expedido por el Consejo Nacional Electoral, "para que reemplace al que se acusó en la demanda, o sea, el Acta General de Escrutinio realizado por los Delegados del Consejo Electoral, se tendrá que la corrección del libelo incoatorio no se limitaría exclusivamente a subsanar un requisito formal sino a aspectos sustanciales, como sería cambiar el *petitum* (lo que se demanda) y corregir la *causa petendi* (hechos de la demanda), con lo cual se estaría en presencia de otra demanda y no de una corregida".

En el escrito por medio del cual se interpuso el recurso de apelación, el apoderado del demandante manifiesta sustentar el recurso en las mismas consideraciones "...contenidas y expresadas en la demanda, sin perjuicio de hacerlo más a fondo ante el Superior, no obstante que ésta clase de apelaciones no requieren sustentación. Esto en cuanto hace referencia a la petición de 'suspensión provisional' hecha en la demanda, por cuanto el último inciso del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo exige que la petición de suspensión provisional, como nosotros lo hicimos, se *sustente* de modo expreso en la demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquella". Y a esta sustentación precisamente nos remitimos en este momento procesal. El recurrente agrega que reuniendo la demanda los requisitos formales exigidos por el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo no puede rechazarse, y que la demanda por él presentada debió admitirse por reunirlos, pues escrutar otros aspectos de la demanda implica adentrarse en aspectos de fondo cuyo análisis es precisamente el objeto de la sentencia.

Para resolver la Sala *considera:*

Ciertamente, como lo pone de presente el recurrente, la calificación de la demanda debe limitarse a la verificación de los requisitos que conforme a dicho precepto debe ésta tener en su aspecto formal. Para el caso concreto que ocupa la atención de la Sala, se aprecia que el escrito visible a los folios 2 a 19 del expediente —la demanda— contiene muy claramente determinadas la designación de las partes y

de sus representantes (fl. 3), lo que se pide (fl. 2), los hechos u omisiones que sirven de fundamento de la acción (fl. 4), los fundamentos de derecho de las pretensiones con indicación de las normas violadas y la explicación del concepto de su violación (fls. 9 a 11), la petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer (fls. 13 a 18) y, por último, la estimación razonada de la cuantía para efectos de determinar la competencia (fls. 11 y 12). Esta comparación meramente objetiva da pie para afirmar que la demanda declarada inadmisible en la providencia recurrida, sí reúne formalmente los aspectos que el precitado artículo 137 exige para toda demanda ante la jurisdicción administrativa, pues, además, está dirigida al Tribunal competente.

Ahora bien, es necesario dejar en claro que para el Tribunal Administrativo del Magdalena no había llegado aún la oportunidad procesal para entrar a dilucidar, como lo hizo, si el acto demandado es o no "inexistente", o "precario", sobre la base de que el "Acta General del Escrutinio" realizado en la circunscripción electoral del Magdalena por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, así como el acta declaratoria de la elección de Diputados y demás documentos, son de dudosa validez porque conforme a lo dispuesto en el artículo 180 del Código Electoral la competencia de los Delegados del Consejo, para hacer la declaratoria de elección y para expedir las respectivas credenciales, quedó interrumpida cuando se apelaron algunas de sus decisiones, y porque entre ellos surgió desacuerdo sobre si era o no procedente atender tales recursos. Tampoco era pertinente al entrar a calificar la demanda, para efectos de su admisión, examinar si los actos de los Delegados del Consejo Electoral, consistentes en hacer la declaración de elección y expedir credenciales, eran o no válidos al haberse producido contrariando lo dispuesto en el mismo artículo 180 del Código Electoral, ya que tales aspectos de legalidad son, en parte, precisamente los invocados por el demandante en la demanda para calificar de nulos los actos electorales impugnados.

Y partir, como lo hace el Tribunal, de la base de que el acta de declaratoria de elección de Diputados es inexistente, porque supuestamente la documentación levantada con ocasión de la realización de los escrutinios hechos por los Delegados del Consejo Nacional Electoral fue remitida a dicho Consejo, es equivocada, en primer lugar porque no hay constancia procesal en el sentido de que tal acta hubiese sido modificada o cambiada o derogada por el mencionado Consejo y, en segundo, porque sabido es que los actos administrativos están amparados por la presunción de legalidad, la cual supone que fueron expedidos o proferidos con la observancia plena de las formas propias contenidas en la ley sobre la materia. De ahí que le corresponda al usuario de la acción de nulidad la carga de la prueba para demostrar los motivos de ilegalidad que hacen posible la anulación del acto. Algo más, en este expediente no hay constancia procesal alguna que demuestre si la documentación fue realmente enviada al Consejo Nacional Electoral; en cambio, el documento presuntamente considerado inexistente por el Tribunal, obra en fotocopias debidamente autenticadas dentro del expediente, de manera que no es posible negar su existencia y restarle la validez que la presunción de legalidad le otorga. Mucho menos sobre la suposición de la existencia de decisiones del

Consejo Nacional Electoral que pudieran afectarlo, pero que no están legalmente acreditadas como para producir efectos jurídico-procesales.

No sobra anotar lo incongruente que resulta el calificar de inexistente un acto para luego presumirlo sometido a decisión superior para efectos de su validez, pues lo que no tiene vida, lo inexistente, mal puede ser objeto de revisión. Cabe recordar que la inexistencia conlleva la imposibilidad de convalidación, porque no se entiende cómo *lo que no es* puede ser validado o anulado.

En consecuencia, se revocará la providencia impugnada y en su lugar se dispondrá la admisión de la demanda por reunir los requisitos de que trata el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

La suspensión provisional:

Al sustentar el recurso de apelación, el apoderado del demandante manifiesta que impugna la decisión del *a quo* "...no solamente para que se admita el libelo demandatorio sino también para que se decrete la 'suspensión provisional' solicitada legalmente". Y en el mismo escrito remite a los argumentos que sobre la materia expuso en la demanda, consistentes en que "...al haberse declarado elegidos Diputados siendo que contra las decisiones de los mencionados Delegados se había presentado apelación, especialmente contra su Resolución número 34 de 25 de marzo de 1988, habiendo además incurrido en 'desacuerdo ellos, *se violó en forma manifiesta una norma superior* como es el artículo 180 del Código Electoral, que en tales dos casos les ordena a los Delegados del Consejo Nacional Electoral *abstenerse*' 'de hacer la declaratoria de elección y de expedir las credenciales' pues 'en tales casos esta función corresponderá al Consejo Nacional Electoral' orden ésta que tales Delegados, no cumplieron, pues hicieron la declaratoria de elección de Diputados, incurriendo en abuso de función pública, al asumir 'competencia' que ya no les pertenecía, sino que correspondía al propio Consejo Nacional Electoral. Además, al no conceder el recurso de apelación interpuesto contra una decisión suya, o no considerar lo concedido siendo que la ley habla es de 'presentarse' apelación (art. 180 del C. E.), y por tanto el recurso es automático, se violentó también otra norma superior, como es el artículo 193 del Código Electoral. La 'suspensión provisional' que pedimos es no solamente del *acto* que declaró la elección de Diputados, sino también de todas las credenciales que para los Diputados elegidos expidieron y firmaron en Santa Marta los Delegados del Consejo Nacional Electoral".

Con relación a la suspensión provisional, cabe recordar que el Consejo de Estado en una de sus más reiteradas jurisprudencias ha venido sosteniendo que ésta —suspensión provisional— es posible cuando el enfrentamiento entre el acto impugnado y la norma superior surge de un simple cotejo entre ambos, sin que para encontrar esa contrariedad entre el acto y la norma sea necesario hacer un examen detenido para concluir en un análisis jurídico que desborda la simple objetividad del cotejo. Lo contrario llevaría al examen de normas

jurídicas y pruebas cuya apreciación y calificación debe hacerse única y exclusivamente para decidir en la sentencia el fondo de la pretensión planteada en la demanda.

En este caso, se invoca como norma superior violada el artículo 180 del Código Electoral, que es del siguiente tenor:

"Artículo 180. *Delegados del Consejo Nacional Electoral en caso de apelación o desacuerdo se abstendrán de hacer la declaratoria de elección, pero deben hacer el cómputo de los votos.*

"Si se presentare apelación contra las decisiones de los Delegados del Consejo o hubiere desacuerdo entre ellos, éstos se abstendrán de hacer la declaratoria de elección y de expedir las credenciales; en tales casos esta función corresponderá al Consejo Nacional Electoral, de acuerdo con los resultados que arroje la revisión que practique la Corporación.

"Las apelaciones que se presenten contra las decisiones de los Delegados del Consejo, o los desacuerdos que ocurran entre ellos, no los exime de la obligación de hacer el cómputo de votos, el que anotarán en las actas de escrutinio".

El sentido claro de este precepto no es otro que la prohibición a los Delegados del Consejo Nacional Electoral "...de hacer la declaratoria de elección y de expedir las credenciales", cuando alguna o algunas de sus decisiones fueren apeladas o cuando hubiere desacuerdo entre ellos, siendo de competencia del Consejo Nacional Electoral en tales casos hacer tal declaratoria y expedir tales credenciales.

La documentación, debidamente autenticada, que obra del folio 20 al 29 del expediente, demuestra lo siguiente:

1. Que la Resolución número 34 fechada el 25 de marzo, de los Delegados del Consejo Nacional Electoral, fue apelada por el abogado José Ignacio Vives Echeverría mediante escrito presentado en la misma fecha.

2. Que entre los Delegados hubo desacuerdo sobre si era o no procedente conceder el recurso.

El hecho de haberse apelado la decisión de los Delegados, era suficiente para que éstos se abstuvieran de declarar la elección de los Diputados así como de expedir las credenciales. Esa conducta de los Delegados del Consejo Nacional Electoral, consistente en hacer la declaratoria de elección y expedir las correspondientes credenciales, está en abierta oposición con lo preceptuado en el transcrito artículo 180 del Código Electoral, por lo que sin lugar a un mayor análisis se llega a la conclusión de que es procedente la suspensión provisional.

En cambio, no ocurre lo mismo respecto del "desacuerdo" sobre si debió o no prosperar la apelación, porque como bien lo anotó esta misma Sala en providencia de fecha 12 de agosto de 1988, proferida en el expediente número 0181 "...no es este el desacuerdo que deter-

mina la abstención de los delegados de hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales, sino el desacuerdo sobre los resultados electorales".

En consecuencia, del examen de las pruebas aportadas por el demandante en su oportunidad, surge de manera clara la violación de la norma superior, en este caso el artículo 180 del Código Electoral, por lo que habrá de disponerse la suspensión provisional del acto demandado.

No ocurre lo mismo respecto de las credenciales expedidas por los mismos Delegados, porque se trata de simples documentos que son consecuencia o resultado del acto administrativo por medio del cual se hace la declaratoria de elección. Tales credenciales no producen efectos distintos a los de una simple identificación de los favorecidos con el resultado de elección.

Con base en lo que ha quedado expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

Resuelve:

Revocar el auto de fecha 17 de agosto de 1988, pronunciado por el Tribunal Administrativo del Magdalena, por medio del cual se inadmitió la demanda presentada por el ciudadano Loeb Martine Bonnet Vargas contra la elección de los Diputados para la circunscripción electoral del Departamento del Magdalena. En su lugar se *dispone:*

1. Admitir la demanda.

2. Notificar este auto, así:

a) Por edicto, que durará fijado diez (10) días;

b) Personalmente, al señor Agente del Ministerio Público;

c) Personalmente, a los señores Gobernador del Departamento y Presidente de la Asamblea Departamental.

3. Cumplido lo anterior fíjese en lista por cinco (5) días, término durante el cual podrá contestarse la demanda y solicitarse pruebas.

4. Suspender los efectos del acto administrativo de elección de Diputados para la Asamblea del Departamento del Magdalena, contenidos en el acta correspondiente a los escrutinios realizados por los Delegados del Consejo Nacional Electoral el 25 de marzo del año en curso.

5. Devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL.— Requisitos.

No cabe tener por expresión de las normas violadas la sola cita que se hace del Código de Régimen Municipal, pues a todas luces resulta antitécnico que se imponga al juzgador la obligación de determinar la disposición pretensamente infringida, máxime siendo aquel un Estatuto conformado por 386 artículos.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., trece de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente número E-0235. Actor: Nicanor Bonadiez Bayuelo. Recurso de apelación contra el auto proferido por el honorable Tribunal Administrativo del Atlántico el 19 de agosto de 1988.

De plano, conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 232 del Código Contencioso Administrativo, decide la Sección de la apelación interpuesta contra el auto fechado a diecinueve (19) de agosto del año en curso, por cuya virtud el honorable Tribunal Administrativo del Atlántico inadmitió la demanda de nulidad propuesta por el señor Nicanor Bonadiez Bayuelo, en su propio nombre, contra el acto de elección de varios Parlamentarios elegidos Concejales del Municipio de Barranquilla para el período 1988-1990.

Fundamentó su decisión el *a quo* en dos deficiencias bien notorias de la demanda, así:

"1º En el libelo no se citan las normas concretas que se consideran violadas, como tampoco se expresa el concepto de la violación de las mismas, exigencia esta señalada en el numeral 4º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo", y

"2º No se anexa al libelo una copia del acto acusado con la constancia de su publicación, notificación o ejecución, como lo exige el inciso 1º del artículo 139 *ibídem*".

Esos dos defectos de la demanda, concluye el Tribunal, no son susceptibles de corrección por el actor haciendo uso del término de cinco días que pudiera haberle concedido el ponente, conforme a la previsión del artículo 143, inciso segundo, del Código Contencioso Administrativo, por cuanto conociendo la Corporación que el acto declaratorio de la elección de miembros del honorable Concejo Municipal de Barranquilla para el período 1988-1990 tuvo ocurrencia el 21 de julio de este año, el término de caducidad de la acción de nulidad con-

tra ese acto electoral se cumplió el 13 de agosto siguiente y, por ende, los cinco días del término en mención estarían comprendidos dentro de los de la caducidad en razón a la fecha en que fue propuesta la demanda, el 9 del mes últimamente citado.

Consideraciones:

Bien poco es, en verdad, lo que cabe agregar a los argumentos del Tribunal de primera instancia para denegar la admisión de la demanda, precisamente por lo protuberantes que resultan ser las incorrecciones de la misma. En efecto, es incuestionable que no cabe tener por expresión de las normas violadas la sola cita que se hace del Decreto 1333 de 1986, actual Código de Régimen Municipal, pues a todas luces resulta antitécnico que se imponga al juzgador la obligación de determinar la disposición pretensamente infringida, máxime siendo aquél un Estatuto conformado por 386 artículos.

Es más: Se debió explicar el concepto de la violación, a fin de precisar el *petitum*, pues que no basta decir que se presenta, "...deanda (sic) de *nulidad* contra la elección de los parlamentarios...elegidos como concejales en el pasado debate electoral de 13 de marzo de 1988...", sino que se exige expresar por qué esa elección viola una o varias disposiciones de derecho positivo, generando invalidez para la elección de Congresista.

Y si a ello se agrega que ni siquiera se acompañó al libelo la copia del acta contentiva de la declaración de elección de concejales esgrimida como fundamento de la nulidad que se impetra, dejando de cumplir lo preceptuado en el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo, en su inciso primero, y tampoco se hizo la afirmación prevista en el inciso 4º de la misma norma, no quedaba más remedio que rechazar la demanda por ineptitud formal, máxime cuando por falta del anexo comentado ni siquiera se podía precisar si el término de caducidad de la acción se había cumplido a la fecha de presentación del escrito demandatorio o venció, como lo sugiere el *a quo* sin fundamento probatorio, al cuarto día de introducido aquel al Tribunal.

La falta de la copia del acta en mención y, en su defecto, de la manifestación juramentada respecto a que ese acto administrativo "...no ha sido publicado o se deniega la copia o la certificación sobre publicación...", impide saber si el fenómeno de la caducidad se había dado respecto de la acción propuesta y, por ende, simplemente había que proceder a rechazar la demanda por inepta.

Bueno es anotar, por lo demás, que no obstante ser la de nulidad electoral una acción popular, ejercitable por cualquier ciudadano y ajena, por consiguiente, a estrictos formulismos en su presentación, no es dable admitir como demanda para esa acción cualquier escrito en el que se desconozcan u omitan los requisitos mínimos establecidos por la ley para poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado, por cuanto ello iría en contra de la eficacia del proceso tornando inocua la actividad del Juez.

Por lo expuesto la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado,

Resuelve:

Confirmar el auto apelado.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente de Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACTAS DE ESCRUTINIO.— PRESUNCION DE AUTENTICIDAD.

Las actas de escrutinio están amparadas por presunción de autenticidad y legalidad que no puede desconocerse, mientras no sean impugnadas, tachadas de falsas o desvirtuada su presunción.

JURADO DE VOTACION. ESCRUTINIO.

Los cómputos consignados en los documentos de los escrutinios hechos por los jurados de votación son los que constituyen la base única para los escrutinios posteriores.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., trece de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente número 0198. Actor: Guillermo Alvarez Múnera.

Para decidir el recurso de apelación invocado por el apoderado judicial del señor Rafael Correa Lara, contra la sentencia pronunciada por el honorable Tribunal Administrativo de Antioquia el 28 de julio del año en curso, llega al Consejo este proceso.

Como el recurso se interpuso oportunamente y ha sido también sustentado en su oportunidad, procede la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, a decidirlo.

La sentencia recurrida:

Partiendo de la base de que la demanda pretende "...la nulidad del acto administrativo por medio del cual los Delegados del Consejo Nacional Electoral, declararon el 21 de marzo de 1988 la elección de veinte (20) concejales y suplentes correspondientes a la circunscripción electoral de Medellín, como resultado de los escrutinios generales realizados a la votación total depositada en la ciudad el 13 de marzo de este año con ocasión de las elecciones para Diputados, Concejales y Alcaldes se cumplió en todo el territorio nacional ese día", y de que "...la petición de nulidad del acto de elección se hace bajo la consideración de un supuesto fáctico único que consiste en el hecho de que aparecen registros electorales diferentes en los formularios E-6 y E-23, cuando lo normal es que se trasladen los mismos, salvo

explicación de la Comisión Escrutadora que justifique cualquier eventual diferencia", el honorable Tribunal declaró que es nulo el acto por medio del cual los delegados del honorable Consejo Nacional Electoral hicieron la declaratoria de elección de concejales de Medellín para el período 1988-1990, y ordenó la práctica de nuevo escrutinio, con exclusión de los votos "...que en número superior a 600 le fueron computados al candidato Rafael Correa Lara en el escrutinio parcial de la zona siete (7) de Medellín". Además, señaló fecha y hora para la celebración de esa diligencia y dispuso "...se hará la declaratoria de quienes son los Concejales elegidos para Medellín en el período 1988-1990, se expedirán nuevas credenciales, se cancelarán las ilegalmente expedidas,..."

Para decidir, el *a quo* se basó en veinticinco (25) fotocopias auténticas de actas E-6, correspondientes a 25 mesas de votación de los puestos 1 a 5 de la zona siete (7), actas que fueron confeccionadas por los respectivos jurados al concluir la votación, siguiendo las pautas de las normas legales y reglamentarias sobre la materia. La revisión de los datos contenidos en tales actas, transferidos a los formularios E-6, le permitieron al Tribunal establecer la votación contabilizada inicialmente, que comparada con los datos consignados en los formularios E-23, diligenciados por la Comisión Escrutadora, demostraron una diferencia de algo más de 600 votos en favor del candidato Correa Lara, diferencia que fue obtenida mediante el sistema de anteponerle un dígito al ya existente. Por ejemplo, en las mesas 01, 02 y 03 del puesto 1 de la zona 7 de acuerdo con el formulario E-6 le contabilizaron cero (0) votos en cada una, mientras que en el formulario E-23 (fls. 41 y 42) le aparecen 20 votos en la mesa 01, 20 votos en la mesa 02, y 30 votos en la mesa 03, y lo mismo ocurrió en 21 de las restantes 22 mesas. Como, de otra parte, la Comisión Escrutadora no incluyó explicaciones sobre la diferencia presentada en los registros, es evidente que se alteró el resultado electoral.

Encontró el Tribunal que la alteración no se produjo por error aritmético en la suma de los votos sí, en cambio, hubo "adulteración o apocrifidad de registros o cómputos electorales" de acuerdo con el artículo 224 del Código Contencioso Administrativo, 2º Por esa razón, dispone la compulsa de copias con destino a las autoridades competentes para investigar el posible ilícito.

Y respecto de la "...presunta ineptitud sustantiva de la demanda planteada a través de la excepción de indebida acumulación de acciones", estimó el Tribunal que no existe porque para ejercitar la acción electoral no es necesario agotar la vía gubernativa, pues con ella lo que se pretende es la nulidad del acto de elección y, por ende, la cancelación de credenciales y la declaratoria de elección de acuerdo con el nuevo escrutinio y la consiguiente expedición de credenciales.

Sustentación del recurso:

El apoderado del recurrente impugna la sentencia en las siguientes consideraciones:

"1. En la sentencia se da a los registros electorales anotados en los formularios E-6C, correspondientes a 25 mesas, '...una autentici-

dad que no se compadece con la forma por demás descuidada como estos desafortunadamente actúan, de lo cual se puede dar cuenta cuando se observan las múltiples observaciones sobre la circunstancia de que no totalizaron los votos, que de hacerlo siempre, aseguraría que los parciales no pudieran ser modificados por errores u omisiones, que también se anotan frecuentemente (vease fl. 172, por ejemplo)'. Además, 'se le está dando plena autenticidad a unos formularios, con la mera observación sobre fotocopias cuya claridad deja mucho que desear, y sin pasar por un dictamen pericial de expertos en la materia', no dándosele validez alguna a los formularios E-23, para deducir que son estos últimos los apócrifos, '...a pesar de que aún en las mesas impugnadas, los totales guardan la congruencia matemática lógica, tanto en el sentido de las columnas verticales como en el de las líneas horizontales (vease fl. 41)'.

"2. Que se mantuvo el error, sin embargo de los reclamos que se hicieron para que fueran corregidos por la Comisión Auxiliar escrutadora municipal, si bien luego agrega que no lo hizo por considerar extemporánea la solicitud. A esto debe añadirse que el artículo 167 del Decreto 2241 de 1986 establece que en los escrutinios realizados por las Comisiones Escrutadoras distritales y municipales no se aceptarán reclamos o apelaciones que no sean formulados por escrito en el acto mismo, disposición extendida a los reclamos que se hagan ante las comisiones auxiliares, según el mismo artículo. De la revisión del expediente no aparece que se hubiese hecho por escrito ningún reclamo, por lo que esta consideración sobra.

"3. Por el valor relativo que el honorable Tribunal le dio a estos dos documentos, en mi concepto en forma equivocada, le hace decir sin sustento incontrastable, que lo que se urdió fue una burda triquiñuela con la intención de distorsionar el resultado de la votación con la aparentemente ingeniosa alteración al anteponer al 0 un dos o un tres, y otras más, sin esperar a que mediante un nuevo recuento de votos, mesa por mesa, se establezca en forma fidedigna cuál de los formularios dice la verdad o si son ambos equivocados".

Concepto del Fiscal:

El señor Fiscal Octavo en su concepto de fondo analiza el "punto litigioso", analiza las actas de los jurados de votación correspondientes a los formularios E-6 y los formularios E-23, para concluir que de la comparación entre unos y otros, mesa por mesa, en el formulario E-23 "...no se consignaron los resultados en cada una de las mesas en los puestos a que se ha hecho referencia y contenidos en el formulario E-6, lo cual indica que hubo alteración de los cómputos electorales, variando el cómputo de la elección, quebrantándose así la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos, como lo dice el Decreto 2241 de 1986, infringiéndose el mismo". Termina por estar de acuerdo con la decisión del honorable Tribunal Administrativo de Antioquia en que debe anularse "...las actas contenidas en los formularios E-23 en lo que respecta a las 25 mesas de votación que están discutidas en este proceso, buscarse la votación real efectuada, realizar el escrutinio parcial de la zona 7 de Medellín y según ese resultado,

efectuar un escrutinio general, sin modificar los resultados electorales de las otras zonas de la misma ciudad y de los corregimientos, para definir los integrantes del Concejo de Medellín".

Consideraciones de la Sala:

La transparencia del proceso electoral es presupuesto fundamental para garantizar el sufragio, institución esta sin la cual la democracia no es posible. El cuociente electoral, la elegibilidad, el voto libre y secreto, su universalidad, la organización electoral en su parte administrativa y funcional, y todo aquello que constituye el llamado "Sistema Electoral", que parte de la Constitución (Título XVI), está encaminado a obtener que el voto sea la expresión libre, espontánea y auténtica del ciudadano como unidad primaria de la sociedad. Y la tutela de los principios que la Carta y la ley consagran como fundamentales para salvaguardar el ejercicio del sufragio, por mandato legal descansa finalmente en la Jurisdicción Contencioso Administrativa por virtud de la acción electoral (art. 227, C. C. A.), que origina un contencioso al cual tienen acceso todos los ciudadanos con miras a preservar el orden jurídico.

Nuestro sistema electoral que, se reitera, parte del marco de la Carta, en su aspecto legal se gobierna especialmente por el llamado Código Electoral (Decreto-ley 2241 de 1986), cuyo primer artículo proclama los principios de la imparcialidad, del secreto del voto, de la publicidad del escrutinio, de la eficacia del sufragio, de la capacidad electoral y de la proporcionalidad, como presupuestos básicos para el correcto ejercicio del voto como expresión fundamental del sistema democrático. En sus Títulos VII y VIII consagra prolijamente los pasos que a partir del cierre de los comicios han de darse para garantizar la transparencia del resultado. Se trata de toda una ritualidad que se inicia al cierre de la votación y culmina con la declaratoria en firme de la elección de los candidatos.

Las medidas, tan prolijamente consignadas en el Estatuto Electoral, indican que la intención del legislador no fue otra distinta a la de proteger, desde el momento mismo del cierre de la votación, la operación de los escrutinios desde su iniciación con el recuento de votos a cargo del jurado de votación hasta llegar al Consejo Nacional Electoral y a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, inclusive, según el caso, pasando por los escrutinios municipales y departamentales.

Por consiguiente, tiene razón el *a quo* cuando afirma en la sentencia recurrida, que son los cómputos consignados en los documentos de los escrutinios hechos por los jurados de votación los que constituyen la base única para los escrutinios posteriores. Por ello, las cifras consignadas en esos primeros registros deben tenerse por ciertas, mientras no sufran alteración posterior por recuento físico de votos justificado y debidamente explicado por la comisión auxiliar. Y, ciertamente, no se entendería cómo los escrutinios posteriores a los realizados por los jurados de votación inmediatamente finalizada la jornada electoral, serían posibles sin tener en cuenta ese cómputo o recuento inicial.

Por manera que es evidente que el número de votos consignado en los formularios E-23, diligenciados durante los escrutinios a cargo de las comisiones distritales y municipales conformadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, necesariamente debe coincidir con los contabilizados en los formularios E-6, levantados como resultado de los escrutinios iniciales a cargo de dichos jurados de votación.

Y es precisamente lo contrario lo que ocurre en el caso decidido en la sentencia examinada, pues en los formularios E-23, que obran en el expediente en fotocopias debidamente legalizadas por las autoridades electorales correspondientes, le aparecen computados al señor Rafael Correa Lara, algo más de 700 votos no incluidos en los formularios E-6, que obran también como pruebas en el proceso.

Al respecto la sentencia dice:

"...no tuvo votos en las mesas 01, 02 y 03 del puesto 01 de la zona siete; que en la misma zona, puesto número 02, obtuvo en la mesa 01, ocho (8) votos; en la 02, siete (7), en la 03, ocho (8), en la 04, quince (15), en la 05, dos (2); en la 06, seis (6), en la 07, once (11), en la 08, seis (6), en la 09, nueve (9), en la 10, doce (12); en el puesto 03, obtuvo en la mesa 01, dos (2) votos, en la 02, cinco (5), en la 03, ocho (8), en la 04, cuatro (4) y en la 05, uno (1); en el puesto 04, en la mesa 01, dos (2), en la 02, cuatro (4), en la 03, seis (6), en la 04, tres (3), en la 05, diez (10); en el puesto número 05, en la mesa 01, cinco (5) votos, en la 02, tres (3), en la 03, dos (2), en la 04, cinco (5), en la 05, uno (1), en la 06, uno (1) y en la 07 uno (1).

"Los registros electorales de esos formularios sufrieron variación en la mesa, 01 puesto 01, zona 7 y en la mesa 02 del mismo puesto y zona; caso de Restrepo Robledo Luz Marina quien aparecía con 36 votos y sólo tenía 30 y el de Vásquez V. Orlando, que aparecía en el acta de la mesa 02 sin votos cuando la Comisión Escrutadora estableció 26 sufragios en su favor —ver fl. 176—. Siendo así las cosas los formularios E-23 diligenciados por la Comisión Escrutadora debieron reflejar, salvo en los casos de Restrepo Robledo Luz Marina y Vásquez V. Orlando, mesas 01 y 02 del puesto 01 de la zona 7, la misma cifra de votación que los jurados de esas mesas establecieron en el escrutinio inicial para todos los candidatos, que como se vio no se alteraron en el escrutinio por la Comisión Auxiliar de Zona, sino en los dos casos referidos, quedando de esa manera explicada la diferencia. El resto de candidatos no podía en consecuencia aparecer en los formularios E-23 con cómputos electorales distintos a los registrados por los jurados de votación al levantar las actas de cada mesa. Así sucedió con diecinueve (19) de las veinte cabezas de listas, candidatos al Concejo de Medellín; sólo la lista encabezada por el señor Correa Lara Rafael, sufrió variación sin que se explicara por la Comisión Escrutadora la razón de ello.

"Observamos como el formulario E-23 visible a folios 41 y 42, a Correa Lara Rafael, se acreditaron en la mesa 01, del puesto 01, de la zona 07, 20 votos, en la mesa 02 del mismo puesto y zona 20 votos y en la 03, 30 votos, cuando las actas de los jurados de vota-

ción E-6, al hacer los cómputos no encontraron votos en su favor. Igual cosa sucede en veintiuna de las restantes veintidós mesas donde es fácil apreciar que al número real de votos logrados en cada mesa se le antepuso un dígito que altera sustancialmente el resultado de estos puestos y obviamente de la zona.

"Si las cifras que recoge el formulario E-23 son traidas de las anotaciones hechas en el formulario E-6, sencillo es inferir, cuando no existe explicación de la Comisión Escrutadora que justifique la diferencia de registro, que lo que se rudió fue una burda triquiñuela con la intención de distorsionar el resultado de la votación, sino, de qué otra manera se explica la sistemática diferencia entre el resultado en 25 mesas y el resultado del escrutinio hecho por la Comisión de las mismas?

"Fue aparentemente ingeniosa la alteración, al cero se le antepuso un 2 o un 3, el 15 se sustituyó por 45, más no por ello dejó de ser un método grosero ligeramente constatable. Basta comparar los formatos E-6 y E-23 y revisar las actas de la Comisión Escrutadora, sus observaciones, las notas sobre reclamos y la forma como fueron atendidos, para convencernos que los registros electorales fueron alterados, en el renglón del señor Correa Lara Rafael, a partir del diligenciamiento de los formularios E-23 en los que respecta a 25 mesas de los puestos 01 a 05 de la zona siete, según la división que por sectores se hizo en las elecciones efectuadas el 13 de marzo de este año. Alteración que no hubiera tomado la trascendencia que tomó si los reclamos elevados por otros candidatos y por testigos políticos a la Comisión Escrutadora y luego a los Delegados del Consejo Nacional Electoral, hubieren sido atendidas, pues se insiste en que fue tan ordinaria la alteración que al primer golpe de vista podía descubrirse.

"Ante lo que se dejó expuesto, difícil resulta negarse que hubo alteración de cómputos electorales, que dicha alteración varió los registros y que ello influyó definitvamente en el resultado de la elección".

El recurrente demuestra su inconformidad porque en la sentencia se le da "plena autenticidad" a los formularios E-6 y ninguna validez a los formularios E-23, con la consecuencia de que estos últimos son tenidos por apócrifos. Al respecto es necesario recordar que las actas de escrutinio están amparadas por presunción de autenticidad y legalidad que no podía desconocer el Tribunal, pues no fueron impugnadas ni tachadas de falsas ni mucho menos desvirtuada tal presunción. Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho:

"Como es de elemental conocimiento, las actas de escrutinio de los jurados de votación, por cuanto son documentos públicos, gozan de la presunción de autenticidad, que se mantiene incólume mientras no haya sido plenamente desvirtuada. Entonces, el debate probatorio en torno a la autenticidad de un acta de escrutinio no puede estar orientado a demostrarla sino a destruir esa presunción inherente a todo documento público.

"Es decir, lo que hay que probar es la apocrificidad de las firmas estampadas en dicha acta, y no su autenticidad, que se

presume. De modo que no es posible sostener que puesto que no se pudo demostrar la autenticidad de una firma, o porque se duda de ella, queda destruida la presunción, que ampara el respectivo documento.

"Quién asevera que una firma puesta en un documento público no es auténtica, tiene que probarlo. En caso contrario, se mantiene la presunción de su autenticidad. En el caso presente la firma de uno de los miembros del jurado de votación, de la mesa en referencia, quedó cuestionada, pero no demostrada su falsedad o apocrificidad. Permanece entonces en pie la presunción de que es auténtica. Por consiguiente, debe afirmarse que el documento fue suscrito por no menos de tres jurados, como lo exige la ley.

"(Expediente número E-031. Consejero ponente: Joaquín Vanín Tello, junio 4 de 1987)".

"Presunción de autenticidad.

"Al respecto debe recordar la Sala que dichas actas gozan de la presunción de autenticidad, la que se mantiene incólume mientras no haya sido plenamente desvirtuada. Entonces, el debate probatorio en torno a la autenticidad de un acta de escrutinio no puede estar orientado a demostrarla sino a destruir esa presunción inherente a todo documento público.

"(Expediente número E-013. Consejero ponente: Joaquín Vanín Tello, mayo 19 de 1987)".

"Presunción de legalidad.

"Se desprende de lo previsto en el artículo 30 de la Ley 96 de 1985, que modificó el artículo 112 de la Ley 28 de 1979 que las actas de los jurados de votación cuando llenen los requisitos allí previstos, son documentos fidedignos, y se reputan por lo tanto válidos presumiéndose su legalidad, hasta que, mediante el empleo de las formas procesales propias, se desvirtúe esa presunción, evento en el cual dejarán de producir efectos legales y cesará de ser obligatorio su reconocimiento por parte de las autoridades públicas en general.

"Es preciso, en consecuencia, que se demuestre la invalidez del acta de escrutinio de un jurado de votación aportando los cuatro ejemplares de ésta, en orden a que sobre los mismos se controvierta, por los medios probatorios pertinentes, de manera que no quede ninguno de los ejemplares sin que sea objeto del examen de su contenido conservando, por tanto, la presunción de legalidad mientras no se demuestre lo contrario.

"(Expedientes acumulados números E-022, E-023 y E-028, Consejero ponente: Luis Antonio Alvarado Pantoja, agosto 6 de 1987)".

Como los escrutinios realizados por los jurados de votación, con el resultado anotado en los formularios E-6 y demás documentos propios de ese acto electoral tienen plena validez, la consecuencia que

de hecho y de derecho se desprende no es otra distinta a la apocrifidad de los formularios E-23, dado que los datos contenidos en éstos sobre la votación en favor del candidato Rafael Correa Lara en las mesas anotadas por el *a quo* no coinciden con los anotados en aquéllos. Y como no se trata ciertamente de un "error aritmético", sino de la agregación artificiosa de votos no encontrados por los jurados de votación y, por consiguiente, no "computados" en los registros E-6, necesariamente los formularios E-23 son, se repite, apócrifos pues sus datos no son reales sino fingidos.

Manifiesta el apelante que lo afirmado en la sentencia, en el sentido de que en los escrutinios hechos por la comisión integrada por las personas designadas por el Tribunal Superior se mantuvo el error a pesar de los reclamos que se hicieron para lograr la corrección de los datos, no se compadece con la realidad porque de "...la revisión del expediente no aparece que se hubiese hecho por escrito ningún reclamo,..." Este motivo de inconformidad en nada puede afectar la validez del fallo impugnado, pues lo cierto es que la prueba demuestra claramente la apocrifidad de los formularios E-23, porque como lo halló el Tribunal y lo confirma la Sala, hay en ellos datos que no son reales en cuanto al volumen de los votos computados al candidato Correa Lara. Y, ciertamente, el *a quo* acertó al considerar que la causal de nulidad invocada es la contemplada en el numeral 2º del artículo 224 del Código Contencioso Administrativo, porque no se trata en este caso de un error en la suma de los votos sino de la modificación de los sumandos mediante la anteposición de dígitos o números a los existentes, como atrás se dijo.

Así las cosas, es consecuente el Tribunal cuando dispone que "...deben anularse las actas vaciadas en los formularios E-23 en lo que respecta a las 25 mesas discutidas. Con relación a ellas establecer la votación real, para luego realizar el escrutinio parcial de la zona siete, según su resultado adelantar un nuevo escrutinio general, sin modificar los datos de las otras zonas y los de los corregimientos que conservan la presunción de veracidad, para así poder definir quienes son en últimas los concejales elegidos para el período 1988-1990, por la circunscripción electoral de Medellín, pues su elección queda sin piso al anularse las actas de escrutinio parcial con base en las cuales se realiza el escrutinio general que en últimas soporta el acto de elección".

Y también lo es cuando dispone compulsar copias con destino a las autoridades de la rama penal para investigar las circunstancias de "...la adulteración o apocrifidad de registros o cómputos electorales...", dado que pudo incurrirse en un delito contra el sufragio.

Por todo lo anterior y de acuerdo con el concepto del Agente del Ministerio Público, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia proferida por el honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia el 28 de julio del presente

año, que anuló el acto por medio del cual se hizo la declaratoria de elección de concejales para el Municipio de Medellín y se adoptan otras medidas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE.— Inhabilidades.

No se puede hablar de "renuncia" cuando se está en presencia de un trabajador oficial, vinculado a la Administración por contrato de trabajo, puesto que, según la ley positiva colombiana, ella no es forma de terminación de un contrato de trabajo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., catorce de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente número 0295. Recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de agosto 17 de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, por la cual se declaró la nulidad del acto administrativo de elección de Marco Tulio González Márquez como Alcalde Municipal de Sincelejo, para el período 1988-1990 y se ordena cancelar la respectiva credencial. Actor: Salim Guerra Tulena.

Conoce esta Corporación del recurso de apelación interpuesto por los señores apoderados de la parte demandada y de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre el día diecisiete (17) de agosto del presente año, en cuanto por ella se declara la nulidad del Acta de Escrutinio Departamental de 20 de marzo de 1988, por medio de la cual se "declara la elección de Marco Tulio González Márquez como Alcalde Municipal de Sincelejo, para el período legal de primero de junio de 1988 al treinta y uno de mayo de 1990", y, como consecuencia de lo anterior, "se declara la nulidad de la declaratoria (sic) de elección hecha en favor del doctor Marco Tulio González Márquez y se ordena cancelar la credencial a él expedida"; e igualmente, "no se accede a ordenar un nuevo escrutinio como se pide en la demanda", sentencia que se ordena comunicar al Gobernador del Departamento de Sucre "para que proceda a convocar a una nueva elección de Alcalde de esta ciudad, según lo dicho en la parte motiva de esta sentencia".

Mientras que el señor apoderado del demandado, doctor Marco Tulio González Márquez, apela la sentencia del *a quo* en su totalidad, el señor apoderado de la parte demandante ejercita su recurso contra los numerales 3º y 4º por los cuales, en su orden, no se accede a ordenar un nuevo escrutinio en los términos del artículo 247 del Código Contencioso Administrativo, para excluir los votos emitidos en favor del elegido, y se dispone comunicar la sentencia al Gobernador del De-

partamento de Sucre "para que proceda a convocar a una nueva elección de Alcalde" para el Municipio de Sincelejo.

I. *Fundamento jurídico de la acción ejercitada.*

El señor apoderado del demandante, en su demanda, considera que el doctor Marco Tulio González Márquez estaba inhabilitado para ser elegido Alcalde del Municipio de Sincelejo, en razón de haberse desempeñado como empleado oficial dentro de los tres meses anteriores a su elección, de conformidad con lo preceptuado en el literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986 (art. 1º de la Ley 49 de 1987), que textualmente reza:

"No podrá ser elegido ni designado Alcalde quien:

"

"e) Quien como funcionario dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, *o quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial* o haya celebrado por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio" (se subraya).

Sostiene la demanda que, según los documentos públicos que se aportan al proceso, el doctor González Márquez prestó sus servicios al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Distrito número 7 de Montería, desde el 11 de febrero de 1983 hasta el 31 de diciembre de 1987, fecha hasta la cual se le cancelaron sueldos y prestaciones sociales como médico vinculado por contrato de trabajo, es decir, que con posterioridad al 13 de diciembre de 1987 —fecha en que comenzaba la inhabilidad para ser elegido Alcalde municipal— estuvo vinculado a la Nación como trabajador oficial, especie del género empleado oficial.

Aparte de lo anterior —agrega el demandante—, también se invoca la causal 3ª del parágrafo 2º de la Ley 49 de 1987, que inhabilita para el empleo de Alcalde municipal a "quien haya celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo, que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, dentro de los tres meses anteriores a la elección".

II. *Fundamentos jurídicos de la parte demandada.*

El Alcalde a quien se le demanda su elección, a través de apoderado especial constituido para ello, se opuso a las pretensiones de la demanda alegando al efecto que, aun cuando es cierto que prestó sus servicios personales a la Nación —Ministerio de Obras Públicas y Transporte— como médico vinculado mediante contrato de trabajo con intensidad de dos horas diarias mes, no es cierto que hubiere prestado esos servicios hasta el día 31 de diciembre de 1987, ya que presentó renuncia el día 30 de octubre de ese año, la que le fue aceptada expresamente con fecha cuatro (4) de diciembre de 1987, mediante

oficio 38630 suscrito por el Secretario General del Ministerio indicado, acto que pone término a las relaciones contractuales entre la entidad pública y su poderdante.

Agrega el apoderado del demandado que la circunstancia de haberse girado en favor de su representado unos cheques por concepto de prima de navidad correspondiente a todo el año de 1987 y sueldos de los meses de noviembre y diciembre del mismo año, constituyó un error de las autoridades pagadoras del Ministerio de Obras Públicas, error que fue corregido al expedirse las Resoluciones números 482 y 483 de abril de 1988 por parte del Director Regional del Distrito de Obras Públicas número 7, que ordenaron los respectivos reintegros, y que la existencia de dichos cheques no incide en el asunto debatido.

III. *La sentencia apelada y su fundamento.*

El *a quo* considera que "de las pruebas recogidas en este proceso surge la evidencia de que el doctor Marco Tulio González Márquez, quien fuera elegido Alcalde Municipal de Sincelejo el día 13 de marzo del presente año, estuvo vinculado a la administración central por medio de un contrato de trabajo a término fijo, suscrito con el Fondo Vial Nacional el día 9 de julio de 1987 y con vigencia hasta el día 31 de diciembre de ese mismo año, lo cual significa que su condición era la de trabajador oficial, rango este comprendido dentro del término genérico usado por las Leyes 78 y 49 citadas, de 'empleado oficial'..." (...) "De modo pues que el doctor Marco Tulio González Márquez como trabajador oficial se encontraba inhabilitado para ser elegido Alcalde el día 13 de marzo de 1988 y esa inhabilidad estuvo vigente hasta el 31 de marzo de 1988, puesto que el contrato de trabajo terminó el 31 de diciembre de 1987, ya que el doctor González Márquez devengó el salario y recibió las prestaciones sociales estipuladas en el mencionado contrato de trabajo hasta el 31 de diciembre último, según se infiere de las fotocopias auténticas de las nóminas de pago y de los cheques correspondientes, que obran en el expediente a folios 48 a 58 del cuaderno de pruebas, porque si se aceptase en gracia de discusión, que los pagos correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 1987, así como la totalidad de la prima de navidad (cuando por este concepto sólo tenía derecho a diez doceavas —10/12— partes), se hicieron por error, como quiere hacerlo aparecer el apoderado de la parte demandada, el solo hecho de haberse producido el reintegro de esas sumas, aproximadamente cuatro (4) meses después de haber sido recibidas, incluso, después de haberse producido su elección como Alcalde y coincidencialmente, el mismo día en que fue admitida la demanda con que se inició el presente proceso, le quitan toda credibilidad al argumento de que esos dineros fueron recibidos y aceptados equivocadamente, y por el contrario, llevan a la Sala a pensar que la tal devolución se hizo con un fin determinado, que no puede ser otro que el de poder demostrar que el contrato de trabajo no se prolongó hasta el último día del año de 1987...

"Los testigos Ignacio Porras Arrazola, Carmen Bettín de Hermosilla, Marcial Díaz Alvarez, Luis Fernández Royyet y los demás que depusieron en el proceso, todos ellos empleados del Ministerio

de Obras Públicas y Transporte Distrito número 7, con sede en Sincelejo, coinciden en afirmar que el doctor González Márquez trabajó en esas dependencias hasta finales del mes de octubre del año pasado, pero la prueba documental recogida demuestra otra cosa: Que el salario del mes de noviembre, por valor de $ 29.858.22 contenido en el cheque número 1615486, del Banco Popular, fue cobrado por ventanilla el día 24 de noviembre; el sueldo del mes de diciembre, que le fue pagado con el cheque número 6522138, del mismo Banco y por idéntico valor, fue pagado por canje el día 28 de diciembre; y el importe de la prima de navidad que aparece en la nómina respectiva por la suma de $ 32.912.50 fue pagado con el cheque 6522065 del mismo banco y hecho efectivo por canje el 15 de diciembre. Lo anterior indica que el doctor González Márquez no recibió los tres documentos de pago de una sola vez, sino en 3 fechas distintas, por lo que de ello sólo puede deducirse que los recogió a sabiendas de lo que hacía y como justa retribución a su labor como médico en el lapso que se le estaba cancelando; máxime si se tiene en cuenta que los tres instrumentos aparecen endosados con la misma firma y con el mismo número de cédula que ha usado el candidato elegido, en este proceso, por lo que hay que concluir que es muy poco probable que una persona normal pueda caer en tres errores idénticos en algo más de un mes, pero lo que sí es inverosímil es que esa persona llegue a notar esas tres equivocaciones al cabo de aproximadamente cuatro (4) meses de cometidos, cuando ya había sido elegido y cursaba una demanda en contra de esa elección.

"Por consiguiente, la contradicción entre el dicho de los testigos con lo que tozudamente demuestra la prueba documental, aunque explicable por tratarse de compañeros de trabajo, y por tanto, sospechosos, al tenor del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, hacen que sus afirmaciones carezcan de credibilidad, a juicio de la Sala. Por eso, coincide la Corporación con su colaborador fiscal cuando afirma que 'de otra manera no se justifica que un profesional como el doctor González Márquez hubiera cobrado hasta la fecha donde se señalaba en la respectiva comunicación que se le había aceptado la renuncia, pues se presume algo de integridad moral a quien aspira a tan alta investidura, por otra parte aprovecharse de un error ajeno es delito, y la Fiscalía no cree que el médico se aprovechó del error ajeno, que sanciona el artículo 361 del Código Penal, sino que cumplió lo ordenado en el Oficio RP-38630 de diciembre 4 de 1987 que aceptaba la renuncia a partir de 31 de diciembre de 1987'.

"Por otra parte, el artículo 113 del Decreto 1950 de 1973 regula lo relacionado con la renuncia de los empleados oficiales y establece que su aceptación por la autoridad competente debe producirse por escrito, y en la misma providencia se fijará la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser después de 30 días de su presentación. En el caso *sub júdice* la carta de renuncia fechada el 30 de noviembre (sic) de 1987, fue recibida en la oficina correspondiente, el 26 del mismo mes, pero el renunciante no debió esperar los 30 días para separarse del cargo porque en la misma providencia donde se le aceptó, se indicaba que surtía efectos a partir de 1º de enero de 1988, según constancia que aparece a folio 22 del cuaderno principal, suscrita por el Jefe de la División de Personal del Ministerio de Obras Públicas y

Transporte, de fecha 3 de marzo del presente año. Lo anterior, sumado a lo que se dejó dicho respecto del recibo y cobro de los cheques por concepto de pago de salarios y prima de navidad, llevan a la Sala al convencimiento de que el candidato González Márquez efectivamente estuvo vinculado a la entidad oficial hasta el 31 de diciembre del año pasado y por consiguiente inhabilitado para ser elegido por votación popular hasta el 31 de marzo del corriente año".

IV. *La sustentación del recurso de apelación doble ejercitado por las dos partes en el proceso contra la sentencia del* a quo. Al sustentar el recurso de apelación, que tanto demandante como demandado ejercitaron contra la sentencia de primera instancia, insisten en sus argumentos para demostrar: La parte actora, que la sentencia se encuentra ajustada a la ley y a lo establecido probatoriamente dentro del proceso, pero además, que el *a quo* se equivocó en la apreciación y aplicación de la ley al negar la solicitud de práctica de nuevos escrutinios, excluyendo los votos emitidos en favor del supuesto inhabilitado para ser elegido, conforme a lo preceptuado en el artículo 247 del Código Contencioso Administrativo, en lugar de lo cual ordenó comunicar la decisión al señor Gobernador de Sucre para que proceda a convocar a una nueva elección; la parte demandada, que la vinculación laboral contractual del actor con la Nación no se extendió hasta el 31 de diciembre de 1987, y que el Tribunal incurrió en un error en la apreciación de las pruebas y en protuberantes yerros de derecho en la aplicación de las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987.

V. *El concepto del señor agente del Ministerio Público ante el Consejo de Estado.*

El señor Fiscal Séptimo de la Corporación, en su vista de rigor, considera que efectivamente, de las numerosas pruebas aportadas al proceso, aparece que el doctor González Márquez se encontraba inhabilitado para ser elegido Alcalde del Municipio de Sincelejo, conforme a lo preceptuado en las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987, por haber sido trabajador oficial hasta el 31 de diciembre de 1987, razón por la cual solicitar la confirmación de la sentencia apelada, en cuanto hace relación a dicho aspecto.

En cuanto al objetivo perseguido con la apelación ejercitada por la parte actora, o sea, el atinente a que se practique por el Juez administrativo un nuevo escrutinio electoral, excluyendo los votos emitidos en favor del Alcalde elegido, en lugar de la decisión tomada de solicitar al señor Gobernador de Sucre la convocatoria de unas nuevas elecciones para la provisión del empleo que queda vacante como consecuencia de la declaratoria de nulidad, el señor Fiscal considera que ello no es viable, desde el punto de vista legal, en razón de que, presentándose una falta absoluta en el empleo de Alcalde Municipal, en el evento de declaratoria de nulidad de su elección, según los términos del artículo 13 de la citada Ley 78 de 1986, falta que se produciría mucho antes de haber transcurrido un año del período del Alcalde elegido, la misma ley, en su artículo 20, señala el procedimiento a seguir en esos casos: "Si la falta absoluta se produjere antes de transcurrido un año del período del Alcalde, el Presidente de la República y los Gobernadores, Intendentes o Comisarios en el decreto de encargo señalará la fecha para la elección de un nuevo Alcalde,

la cual deberá realizarse dentro de los dos meses siguientes a la expedición del Decreto...", norma de aplicación preferencial a cualquiera otra que no tenga como destinatarios específicos a los Alcaldes, como es el caso del artículo 133 del Código Electoral, que a su vez remite al artículo 129 de la misma obra.

No encontrándose causal de nulidad procesal que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso de apelación doble interpuesto, previas las siguientes

Consideraciones:

1. No existe controversia alguna entre las partes o entre éstas y los agentes del Ministerio Público que han intervenido en las dos instancias del proceso, en torno a los siguientes aspectos:

a) Que el doctor Marco Tulio González M., quien fuera elegido como Alcalde del Municipio de Sincelejo, como médico estuvo vinculado a la Nación —Ministerio de Obras, Distrito 7 de Montería— como trabajador oficial, en virtud de una relación contractual-laboral que, en su última etapa, se reguló por el contrato de trabajo celebrado el día 9 de julio de 1987 entre el señor Ministro del ramo y el doctor González M., contrato a término fijo que se extendría hasta el 31 de diciembre de dicho año, siendo "causales de retiro del servicio, además de las previstas en el artículo 22 del Decreto 1950 de 1973", las que figuran en la cláusula décima del contrato (fls. 126 a 129 del cuaderno de pruebas).

No obstante lo anterior, la Sala considera necesario aclarar que la vinculación contractual no determina el status de trabajador oficial especie de empleado oficial, si tal vínculo no corresponde al factor determinante de esa calidad, con arreglo a la ley: Construcción y sostenimiento de obras públicas. Pero en sede electoral no hay lugar a entrar a determinar si el indicado contrato de trabajo es válido o no. Por ello se partirá de la premisa de que existió el contrato de trabajo, y que corresponde decidir cuál es la fecha de desvinculación del doctor González Márquez de la administración pública, con arreglo a la terminación de ese contrato;

b) Que el doctor Marco Tulio González Márquez, mediante comunicación de *octubre 30 de 1987* no de 30 de noviembre del mismo año como se dice equivocadamente en los considerandos de la sentencia del *a quo* dirigida al señor Director Regional del Distrito 7 con sede en Montería, con copia al médico-jefe del mismo Distrito y al Ingeniero Jefe Seccional Op. Dto. número 22, presentó *"renuncia a partir de la fecha* del cargo como médico en esta seccional" (se subraya). Ver folio 130 del cuaderno de pruebas;

c) Que la Secretaría General del Ministerio de Obras Públicas, mediante oficio RP-38630 de diciembre 4 de 1987, dirigido al doctor González Márquez, le comunicó "la aceptación de su renuncia del cargo de Médico del Distrito de Obras Públicas número 7 de Montería presentada mediante carta fechada el día 30 de octubre de 1987 y recibida en la Dirección de Relaciones Industriales el 26 de noviembre del mismo año" (fl. 25 del expediente principal, y fl. 131 del cuaderno de pruebas);

d) Que ciertamente la respectiva dependencia pagadora de la Nación en el Distrito de Obras Públicas número 7 giró al doctor González Márquez unos cheques contra el Banco Popular, oficina de Sincelejo (fls. 56 a 58 del cuaderno de pruebas), para cancelarle el valor de las quincenas correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 1987 y de la prima de navidad de todo el año indicado.

El apoderado del demandado al contestar la demanda acepta esos hechos, pero alega que ello obedeció a un error de las autoridades pagadoras del Ministerio, error que fue corregido posteriormente al ordenarse el reintegro de las sumas de dinero pagadas a su poderdante, y que no tiene incidencia alguna en el proceso.

El señor apoderado de la parte actora, el Tribunal de primera instancia y los dos agentes del Ministerio Público, el del Tribunal y el de esta Corporación, consideran, por su parte, que no hubo el predicado error; que el pago correspondió a unos servicios personales realmente prestados por el médico González Márquez; y, que ese pago tiene unas consecuencias jurídicas, que no son otras que la de que el contrato de trabajo y la consiguiente relación jurídica obrero-patronal se extendió —no obstante la renuncia y su aceptación— hasta el 31 de diciembre de 1987, por lo que se dio la inhabilidad predicada en la demanda;

e) Que mediante Resoluciones números 482 y 483 de 18 de abril de 1988, proferidas por la Dirección Regional del Distrito de Obras Públicas número 7, se ordenó reintegrar las sumas de $ 27.427.08 y $ 65.201.86, pagadas al doctor González Márquez por concepto de prima de navidad y sueldos de noviembre y diciembre de 1987, respectivamente (fls. 77 y 78 del cuaderno de pruebas), sumas que efectivamente fueron reintegradas al Tesoro Público el mismo día 18 de abril de 1988, según consta en documento que obra al folio 81 del mismo cuaderno de pruebas.

En síntesis: El aspecto fundamental de la controversia, gira alrededor de la fecha en que realmente feneció, según la ley, la relación jurídica obrero-patronal que existió entre la Nación —Ministerio de Obras Públicas— y el médico González Márquez (30 de octubre de 1987, o 4 de diciembre del mismo año, o el 31 de diciembre de 1987), para efectos de determinar si el elegido se encontraba o no inhabilitado para el día 13 de marzo de 1988, cuestión que, en definitiva, corresponde dilucidar a esta Corporación conforme a las probanzas que obran dentro del juicio.

Pero antes de proceder a ello, la Sección debe observar que la "renuncia", al igual que las otras causales de retiro de la función pública (art. 25 del Decreto-ley 2400 de 1968, subrogado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año), hace relación a la noción de "empleo", o sea, "el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser atendidos por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública', deberes, funciones y responsabilidades que "son establecidos por la Constitución, la ley o el reglamento, o asignados por autoridad competente" (art. 2º del Decreto-ley 1042 de 1978), y que su aceptación por la autoridad competente para hacerlo, sea expresa o tácita —esta última cuando

no se ha dado un pronunciamiento administrativo dentro de los treinta días subsiguientes a su presentación regular—, pone término a la respectiva relación jurídica obrero-patronal, a partir de la fecha en que así se determine en el respectivo acto administrativo de aceptación, o a partir del día en que el funcionario público deje de prestar sus servicios, vencidos los treinta días señalados en el artículo 27 del precitado Decreto-ley 2400 de 1968 para adoptar una decisión sobre el particular, sin que tal cosa haya acontecido.

En otras palabras, no se puede hablar de "renuncia" cuando se está en presencia de un trabajador oficial, vinculado a la Administración por contrato de trabajo, puesto que, según la ley positiva colombiana, ella no es forma de terminación de un contrato de trabajo.

En efecto, el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945, aplicable a los trabajadores oficiales, establece que "el contrato de trabajo termina: ...d) por mutuo consentimiento...", es decir, cuando se produce el acuerdo de las dos voluntades de dar término a la relación jurídica obrero-patronal; la fecha en que se produce, en definitiva, ese mutuo consentimiento o acuerdo, será la de terminación del contrato de trabajo, a menos de expresarse otra cosa sobre el particular.

Por consiguiente, es erróneo pactar o convenir, como se hizo en el contrato de trabajo celebrado entre la Nación y el doctor González Márquez, que nos ocupa que son "causales de retiro del servicio las previstas en el artículo 22 del Decreto reglamentario 1950 de 1973", entre las cuales se menciona la "renuncia regularmente aceptada", como igualmente es errado "presentar renuncia del cargo como médico de esta seccional" y proceder a "la aceptación de su renuncia del cargo de médico del Distrito de Obras número 7 de Montería". También lo será, el hablar en la demanda, en su contestación, en los alegatos, en los conceptos fiscales y en la sentencia, de que medió una renuncia y que esa renuncia fue aceptada. Todo ello parece provenir de la redacción equívoca del Decreto reglamentario 1950 de 1973, que no de la norma reglamentada, o sea, el Decreto-ley 2400 de 1968 —a diferencia del Decreto-ley 3135 de 1968 que constituye el régimen de seguridad social de los empleados públicos y trabajadores oficiales— que no se refiere para nada a los trabajadores oficiales, sino única y exclusivamente a los empleados públicos.

En consecuencia, debemos partir de la siguiente premisa: En el caso presente no se podía, ni se puede hablar de renuncia y de su aceptación por la autoridad competente, aun cuando así lo hubieren hecho las partes en el contrato de trabajo, sus apoderados en el curso del juicio, los agentes del Ministerio Público al dar su concepto sobre las pretensiones de la demanda, y la sentencia del *a quo* al decidir la contención, por las consideraciones que se dejaron expuestas. Hubo una manifestación expresa y clara de dar por terminado el contrato de trabajo, hecha por el trabajador en su comunicación de 30 de octubre de 1987, si es que la Administración lo aceptaba dando su consentimiento igualmente claro y expreso sobre ello, es decir, si se producía el "mutuo consentimiento" o mutuo acuerdo a que se refiere el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945. Y como ese consentimiento se dio respecto a la decisión comunicada por el trabajador oficial al Ministerio em-

pleador, de dar por terminado el contrato de trabajo que lo ligaba a la Administración Pública, es claro —pues no puede existir duda sobre el particular—, que el vínculo contractual laboral feneció o concluyó en el momento en que se produjo el enlace o encuentro de voluntades, o sea, cuando el 4 de diciembre de 1987 el señor Secretario General del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, le comunicó al doctor González Márquez que le aceptaba la tan mencionada "renuncia", que no lo era tal, como se ha dicho, sino una determinación de dar por concluido el contrato de trabajo, si es que la Administración estaba conforme o acorde con ello.

Restaría, sólo por determinar: A partir de qué fecha surtía sus efectos jurídicos ese "mutuo consentimiento", o ese "mutuo acuerdo", de dar por terminado el contrato de trabajo que ligaba a empleador y a empleado o trabajador? Desde el 30 de octubre de 1987, cuando el empleado o trabajador expresó su determinación de que se terminara el vínculo contractual? Desde el 4 de diciembre del mismo año, cuando el representante legal del empleador manifestó que estaba de acuerdo en la terminación del citado vínculo contractual laboral? O desde el momento en que el patrono dejó de cancelarle el salario y demás complementos salariales al empleado, bien porque hasta ese entonces realmente se prestó el servicio personal, bien porque hasta ese entonces el empleador erróneamente creyó que se había prestado el servicio personal y el trabajador, erróneamente o de buena fe, recibió la retribución que se le hacía?

Para la Sala es incuestionable que el vínculo contractual laboral terminó o feneció el día cuatro de diciembre de 1987, cuando la Administración pública expresó que aceptaba la mal denominada "renuncia" que hizo el trabajador de su cargo en comunicación dirigida a ella el 30 de octubre del mismo año y recibida en el Ministerio de Obras el día 28 del subsiguiente mes, no obstante que aquel había expresado en ella que renunciaba "a partir de la fecha" (30 de octubre de 1987), pues fue entonces, y sólo entonces, en que se produjo el "mutuo consentimiento" o el "mutuo acuerdo", a que se refiere el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, y ante la circunstancia de que no hubo manifestación expresa en contrario por parte de la propia administración pública al responderle al trabajador "renunciante" al vínculo contractual.

Pero se dirá: De las pruebas recogidas en este proceso surge la evidencia de que el doctor González Márquez trabajó o prestó sus servicios a la Nación hasta el 31 de diciembre de 1987, y la prueba de ello no son sólo las diversas constancias o certificaciones expedidas por funcionarios públicos (pagador, jefe de personal, etc.), sino igualmente las nóminas de pago de las quincenas de noviembre y diciembre de 1987, y de la prima de navidad correspondiente a los doce meses del mismo año, los cheques que se giraron al doctor González Márquez, el cobro de los mismos, y, finalmente, el reintegro de las sumas pagadas. Y a todo ello, considera la Sala que debe referirse, para hacer un análisis completo o total del problema sometido a su consideración, lo que hace en los siguientes términos:

2. Las certificaciones y constancias expedidas por diferentes funcionarios públicos sobre la fecha hasta la cual se extendió la relación

obrero-patronal que existió entre la Nación y el doctor González Márquez, no arrojan una luz sobre el particular que permitan llegar a una conclusión definitiva e incontrovertible sobre el hecho de haberse extendido dicha relación hasta el 31 de diciembre de 1987. En efecto, si se leen con algún detenimiento las certificaciones y constancias que obran a los folios 22, 23, 58, 59 del cuaderno principal, y 99 del cuaderno de pruebas, se encontrará que en dichos documentos se certifica o hace constar que el citado profesional prestó sus servicios hasta el 31 de diciembre de 1987. Por el contrario, si con el mismo detenimiento se leen otras certificaciones y constancias, como aquellas que obran a los folios 41 y 293 del cuaderno principal, y a los folios 83, 97 y 148 del cuaderno de pruebas, se encontrará que en dichos documentos, expedidos algunos de ellos por los mismos funcionarios que expidieron los atrás relacionados, se hace constar o se certifica que el doctor González Márquez prestó sus servicios hasta el 30 de octubre de 1987 y que, en consecuencia, dejó de prestarlos a partir del primero de noviembre del mismo año.

Apreciados en conjunto dichos documentos públicos, como lo ordena la ley (art. 187 del C. de P. C.), y ante la circunstancia de que ni unos ni otros han sido tachados de falsedad, no es posible darles a ninguno de ellos el valor de plena prueba para establecer la vinculación laboral hasta el 31 de diciembre de 1987, por ser contradictorios entre sí. No obstante debe observarse que el *a quo* le hace decir a la constancia que obra al folio 22 del cuaderno principal, expedida por la Jefe de la División de Personal —encargada— del Ministerio de Obras Públicas, una aseveración que no es cierta o real, pues está en contra de los términos de la comunicación de aceptación de la renuncia en donde el Secretario General del precitado Ministerio no indica o expresa, lo que la sentencia recoge en su parte motiva: Que la aceptación de la renuncia "surtía efectos a partir de 1º de enero de 1988". Ni la constancia de la Jefe de Personal del Ministerio, ni el oficio de aceptación de la denominada renuncia, expresan algo sobre ese particular; simple y llanamente se limita el Secretario General del Ministerio a comunicar la aceptación de la renuncia, y a expresar, en nombre de la entidad, los agradecimientos al renunciante por sus servicios prestados al mismo. Los Jueces, al tomar sus decisiones, tienen que ser prudentes en el manejo de los medios de prueba allegados a un proceso y darles el alcance que realmente tienen; no se puede analizarlos alegremente y darles un contenido o alcance que no tienen realmente, que pueda llevar a las partes a pensar que no se está actuando de manera objetiva e imparcial.

3. Para la Sala, por el contrario, existe un medio de prueba que no ha sido tachado por ninguna de las partes y al cual hay que darle el valor de plena prueba en cuanto a la declaración que hace en él el funcionario que lo autoriza, según lo preceptuado en el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil. Se trata de las fotocopias autenticadas de las Resoluciones números 482 y 483 de abril 18 de 1988, proferidas por el Director Regional del Distrito de Obras Públicas número 7, superior del trabajador oficial renunciante, por las cuales se ordena reintegrar las sumas pagadas al doctor González Márquez por concepto de prima de navidad del año de 1987 y de los salarios correspondientes a los meses de noviembre y diciembre del mismo

año, y en donde, como fundamento de la decisión, se expresa textualmente: "Que el doctor Marco Tulio González Márquez, médico a contrato en el Distrito número 7, Seccional 7-3 Sincelejo, prestó sus servicios *hasta el 30 de octubre de 1987*" (se subraya). Que sólo "tenía derecho a cancelarsele (sic) diez (10) meses como prima de navidad proporcional". *"Que por un error de la Pagaduría del Distrito número 7*, se le giraron a favor del doctor Marco Tulio González Márquez, los cheques... para pagar sueldos y el valor de la prima de navidad proporcional a los diez meses trabajados..." (subrayado fuera de texto).

El valor probatorio que la ley procesal civil le otorga al contenido de los documentos públicos —y las resoluciones lo son—, y la especial circunstancia de que los actos administrativos están amparados por una presunción de legalidad, presunción de legalidad que no se ha desvirtuado en este proceso, o en alguno otro de lo cual se tenga noticia, llevan a la Sala a la conclusión de que el vínculo contractual, que existió entre la Nación y el doctor González Márquez, no se extendió, como se sostiene en la sentencia recurrida, hasta el 31 de diciembre de 1987, por razón de esos pagos irreglamentarios y erróneos.

4. Por otra parte, los testimonios rendidos en el proceso por varias personas, que no fueron objeto de tacha alguna por la otra parte o por el Juez, tacha que debía ser formulada por escrito antes de la audiencia señalada para su recepción u oralmente dentro de ella (art. 218 del C. de P. C.), coinciden en afirmar —como lo expresa y reconoce el *a quo*— que el doctor González Márquez trabajó en las dependencias del Distrito de Obras número 7, con sede en Montería, hasta finales de octubre de 1987, lo que viene a reafirmar lo expresado en las resoluciones antes citadas por las cuales se reconoció el error de haberse pagado, sin causa alguna, salarios y primas hasta diciembre 31 de 1987, y tomarse la decisión de ordenar el reintegro de lo percibido por tales conceptos.

El testimonio, en tal sentido, rendido por el doctor Ignacio Porras (fls. 62 y ss. del cuaderno de pruebas) es bastante atendible para cualquier Juez. El mencionado testigo, igualmente médico de profesión y al servicio del Ministerio de Obras en el citado Distrito, es terminante: Habla de la desvinculación del doctor González Márquez el día 30 de octubre de 1987, porque "me toco (sic) entrar a laborar desde esa fecha en el turno que le correspondía al doctor González". Este testimonio es confirmado por la enfermera Carmen Bettín de Hermosilla (fl. 65 del cuaderno de pruebas), y por el también empleado del Ministerio Marcial Díaz Alvarez (fl. 84 del cuaderno indicado), y otros más (ver fls. 86 a 91).

Finalmente, cabe destacar el testimonio rendido el día 30 de mayo de 1988 (fls. 107 y ss. del cuaderno de pruebas) por el señor Julio Ramón Alvarez Turizo, Director Regional del Distrito número 7 de Obras, en donde hace las aclaraciones pertinentes en relación a las dos certificaciones o constancias contradictorias entre sí, relativas a las fechas de 30 de octubre y 31 de diciembre de 1987: La primera certificación la expidió, teniendo para ello en cuenta la planilla de sueldos y los cheques girados; la segunda, por el contrario, cuando después llegaron una serie de documentos a mi despacho que fueron

dando claridad respecto a la verdadera situación de los servicios prestados por el médico Marco Tulio González, y por ello me apresuré a ordenar el reintegro del valor pagado por medio de los cheques indicados.

De todo lo anterior, surge, entonces, que no era viable considerar a los testigos como personas que rindieron unas declaraciones sospechosas, por la simple razón de ser compañeros de labores del doctor González Márquez, y que, por lo mismo su dicho no es digno de credibilidad alguna.

En consecuencia, debe concluirse que la persona elegida para el empleo de Alcalde del Municipio de Sincelejo, para el día 13 de marzo de 1988, no se encontraba inhabilitada para poderlo ser por razón de haber sido trabajador oficial al servicio de la Nación con tres meses de antelación a la fecha de la elección. Por ello, las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar, y la sentencia deberá ser revocada en todas sus partes, para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con su caloborador fiscal,

Falla:

Revócase en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre con fecha agosto 17 de 1988, dentro del proceso contencioso electoral promovido por el señor Salim Guerra Tulena contra el acto administrativo de elección del doctor Marco Tulio González Márquez como Alcalde del Municipio de Sincelejo, para el período 1988-1990, y en su lugar, *niéganse* las pretensiones de la demanda.

La anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada en sesión del trece de octubre de 1988.

Cópiese, notifíquese, y devuélvase al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE.— Inhabilidades.

La pena de interdicción de derechos y funciones públicas, vigente en la fecha de elección a corporación pública o nombramiento para desempeñar funciones públicas y oficiales, genera, respecto del elegido o nombrado la nulidad del acto correspondiente.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., veintisiete de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Proyectó: *Doctor Antonio José Lizarazo Ocampo,* Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 217. Actor: Ovidio Hurtado Marmolejo. Apelación sentencia.

Conoce esta Corporación del recurso de apelación interpuesto por Rodolfo Lozano Díaz, en su condición de demandado dentro del proceso electoral de la referencia, contra la sentencia de agosto 17 del presente año, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, mediante la cual se declaró la nulidad de su elección como Concejal del Municipio de Istmina para el período 1988-1990.

Cumplido el trámite previsto en el artículo 251 del Código Contencioso Administrativo, y no hallándose causal alguna que invalide lo actuado, procede esta Sección a resolver el recurso impetrado, previas las siguientes

Consideraciones:

I. *La sentencia recurrida.* Tramitada la instancia, el Tribunal Administrativo del Chocó dictó sentencia decretando la nulidad de la elección demandada, llamado a ocupar el cargo de Concejal al suplente que corresponda en orden numérico y, ordenando comunicar tal decisión a la Registraduría del Estado Civil, al Gobernador del Departamento, al Alcalde de Istmina, a la Procuraduría General de la Nación y a los Registradores Municipales de esa localidad.

Consideró el *a quo* que "el doctor Rodolfo Lozano Díaz no podía ser elegido Concejal, ni podía elegir, por encontrarse inhabilitado para ello, por estar en interdicción para el día 13 de marzo de 1988 y porque no había solicitado la rehabilitación, según los artículos 635 y siguientes del Código de Procedimiento Penal".

Que, conforme al artículo 15 de la Constitución Nacional "la calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa indispensable para elegir y ser elegido...", calidad que para el demandado se suspendió el día 6 de junio de 1987, fecha en que se ejecutorió la sentencia que contra él dictara el Tribunal Superior de Quibdó y que mereciera la confirmación de la Corte Suprema de Justicia.

Cita la sentencia otras disposiciones constitucionales y legales para apoyar su decisión, especialmente los artículos 14 y 15 de la Constitución Nacional y el 83 del Decreto 1333 de 1986, relativos a la condición de ciudadano en ejercicio para efectos del derecho a elegir y ser elegido.

Respecto de esta providencia, el Magistrado que salvó su voto, sostuvo que la "*litis* no debió prosperar" porque el actor no individualizó el acto acusado conforme lo ordena el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo, ya que lo que hizo fue demandar "la nulidad de la elección...", y no "el acto administrativo por medio del cual se declaró la elección..."

II. *Fundamentos de la apelación.* El demandado, por su parte, al interponer el recurso de apelación dentro de la oportunidad legal, pidió que se revocara la sentencia a fin de que "vuelvan las cosas a su estado normal", por cuanto, tal como se afirma en el salvamento de voto, el demandante no cumplió con lo mandado por el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo, es decir, no individualizó el acto administrativo por medio del cual se declaró la elección, y por consiguiente, "la demanda no debió ser admitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, habida cuenta de que en esta clase de procesos electorales...el Juez o Magistrado...no puede salirse de lo pedido por el demandante porque eso a mi modo de mi leal saber y entender se hace discordante".

Después de citar un pasaje doctrinal sobre la demanda electoral y la justicia rogada, el recurrente agregó: "Considero en posición jurídica negativa el hecho de que la persona que le tocó dirigir mi conflicto jurídico fue la misma que falló el asunto referente a la credencial del señor Flabio Enoc Garcés Arcila, lo que al parecer se encuentra en las mismas circunstancias de donde considero que siendo así no debió designarse como Conjuez al doctor César Córdoba Valderrama, por cuanto el asunto era el mismo y ya se conocía su criterio de una parte, y de otra parte yo, considero ser un impedimento para el doctor Córdoba Valderrama, dirimir asuntos electorales siendo que él para la misma época fue candidato. Esto lo probaré más adelante".

III. *Concepto del señor Fiscal.* Para dar cumplimiento al auto de octubre 7 del presente año, el colaborador Fiscal rindió concepto de fondo en los siguientes términos:

> "En la demanda, en verdad, se pide la nulidad de la elección de Concejal del Municipio de Istmina del doctor Rodolfo Lozano Díaz y no se impetra la nulidad del acto por medio del cual se le declaró elegido.
>
> "El artículo 229 del Código Contencioso Administrativo, aplicable a los procesos electorales, establece que debe demandar-

se precisamente el acto por medio del cual se declara la elección y no los cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a éstos.

"Pero el actor, con la demanda acompaña el acta general del escrutinio Departamental del Chocó de los Delegados del Consejo Nacional Electoral, con la cual se declaró elegido a Rodolfo Lozano Díaz como Concejal de Istmina para el período 1988-1990 y hace referencia a ella, interpretando razonablemente la demanda, debe entenderse que el acto demandado es aquél (sic) por medio del cual se declaró elegido a Lozano Díaz, Concejal de aquel Municipio, contenido en el acta citada que obra a los folios 5, 6, 7 y 8 del expediente, cumpliendo así, el actor con el requisito citado. Sostener lo contrario, sería obrar con demasiado rigorismo, cuestión que no es aceptable en una acción pública como la presente.

"

"En el libelo, se considera que se quebrantó el artículo 54 de la Ley 11 de 1986 que consagra que para ser elegido Concejal, se requiere ser ciudadano en ejercicio y no haber sido condenado a pena de prisión, exceptuandose (sic) de esta prohibición, los condenados por delitos políticos, norma que fue ratificada por el artículo 83 del Decreto-ley 1333 de 1986, el cual también ha sido estimado como violado en el caso *sub júdice*.

"A los folios 22 a 30 y 33 a 42 (sic) consta que el doctor Rodolfo Lozano Díaz fue condenado por el Tribunal Superior de Quibdó, con confirmación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a una pena principal de nueve meses de arresto, multa de un mil pesos e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de un año, en su condición de autor responsable de abuso de autoridad, asesoramiento y otras actuaciones ilegales, contemplado y definido en el artículo 157, Libro Segundo, Título III, Capítulo Octavo del Código Penal Colombiano.

"El artículo 54 de la Ley 11 de 1986 como el 83 del Decreto 1333 del mismo año establecen como causal de inhabilidad para ser elegido Concejal haber sido condenado a prisión y establecen como requisito ser ciudadano en ejercicio.

"Por su parte, el artículo 15 de la Constitución Nacional consagra que 'la calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para elegir y ser elegido'.

"Si bien es cierto que en la demanda no se indica como quebrantado, expresamente, el artículo 15 de la Constitución Nacional, también es cierto que en el libelo, se indica como punto debatido en este proceso el de ser ciudadano en ejercicio, como puede apreciarse al folio 3 del proceso, con lo cual se está indicando que se ha quebrantado dicho artículo de la Constitución.

"Como al doctor Rodolfo Lozano Díaz se le condenó a una pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y fun-

ciones públicas por un año y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia se profirió el 8 de abril de 1987, al ser elegido Concejal de Istmina, se encontraba inhabilitado, y, por consiguiente, considera la Fiscalía que le asiste toda la razón al Tribunal Administrativo del Chocó.

"De acuerdo con lo anterior, la Fiscalía solicita al honorable Consejo de Estado la confirmación de la sentencia proferida en este proceso el 17 de agosto del corriente año, por el Tribunal Administrativo del Chocó".

IV. *Consideraciones de la Sala.* Dos asuntos somete a estudio de esta Corporación el recurrente. De una parte, que la acción no debió prosperar porque el actor no individualizó el acto administrativo acusado conforme lo ordena el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo, y de otra, que tanto el Magistrado ponente como el Conjuez designado para dirimir el empate presentado entre los miembros del Tribunal, se encontraban impedidos para conocer del proceso, el primero por haber fallado un asunto similar al suyo y el segundo por haber sido candidato en la misma época de su elección demandada.

La recusación que aquí se pretende no está llamada a prosperar, no sólo como consecuencia de su formulación indebida como que no se indica la causal en que se funda ni se piden las pruebas pertinentes, como lo previene el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, sino porque su formulación es inoportuna, por lo menos en cuanto al Magistrado ponente se refiere, ya que el recurrente ha venido actuando dentro del proceso teniendo conocimiento del Magistrado a quien correspondió en reparto el negocio. Además, porque no constituye causal de recusación el hecho de que un Magistrado o Juez haya conocido con anterioridad de un proceso en el que se expongan o controviertan criterios doctrinales o jurisprudenciales que eventualmente puedan orientar otras decisiones.

En cuanto a la individualización del acto acusado como requisito para la prosperidad de la acción, si bien el demandante no indicó con toda precisión que pretendía la nulidad del acto por medio del cual se declaró la elección como Concejal del Municipio de Istmina al demandado, conforme lo ordena el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo, es lo cierto que, como lo afirma el señor Agente del Ministerio Público, ha de entenderse que el actor se refirió a dicho acto administrativo cuando pidió la nulidad de la elección del mencionado Concejal y aportó como acto acusado la copia del acta general de escrutinio en la que consta tal declaratoria (fl. 5 del cuaderno principal). Ha dicho en forma reiterada esta Corporación que la demanda debe interpretarse como un todo armónico de modo que se garantice la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.

Finalmente, aunque se trata de un aspecto no controvertido por el recurrente, desea la Sección precisar lo siguiente: La interdicción de derechos y funciones públicas priva de la facultad de elegir y ser elegido, y del ejercicio de cualquier otro derecho político, como lo señala el artículo 50 del Código Penal. Dice Jacobo Pérez Escobar que los derechos políticos son aquellos en cuyo ejercicio va envuelta parcial-

mente la soberanía, y son de dos clases: "El *ius sufragii*, o sea el derecho de participar en las elecciones, elegir y ser elegido, y el *ius honorum*, o sea el derecho de ocupar cargos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, ya sea por elección o nombramiento, derechos que nuestra Constitución reserva a los colombianos, pero para cuyo ejercicio es condición previa indispensable tener la calidad de ciudadano (art. 15 de la C. N.), que es aquél colombiano mayor de 18 años de edad (art. 14 *ibídem*)" (Derecho Constitucional Colombiano, cuarta edición, págs. 187 y 192).

Luego, es evidente que quien ha sido sometido a la pena principal de interdicción de derechos y funciones públicas y dicha pena se halla vigente en la fecha en que es elegido cualquier corporación pública o nombrado para desempeñar funciones públicas u oficiales, tal elección o nombramiento es nulo por violación de normas fundamentales sobre la organización política del Estado y las que regulan la integración de sus autoridades.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada, de fecha 17 de agosto de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día veintisiete (27) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE.— Inhabilidades. AUTORIDAD CIVIL.

Si el legislador estableció en la Ley 49 de 1987, como requisito especial para ser elegido Alcalde, el no ejercicio de jurisdicción o autoridad civil, etc., en los seis meses anteriores a la elección, esa norma rige a partir de la vigencia de la citada ley, o sea desde el 14 de diciembre de 1987 y por ende, para el 13 de marzo de 1988 tenía entera validez.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., veintiocho de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente número E-0211. Actor: Carlos Manuel Arredondo Cárdenas. Recurso de apelación contra la sentencia proferida por el honorable Tribunal Administrativo de Antioquia el 29 de julio de 1988.

En ejercicio de la acción pública electoral, en su propio nombre, el abogado Carlos Manuel Arredondo Cárdenas formuló demanda de nulidad contra la declaración de elección del señor Héctor de Jesús Villa Betancur como Alcalde del Municipio de Guarne (Antioquia) para el período 1988-1990, afirmando que el elegido se encontraba inhabilitado para acceder legalmente a ese cargo. El proceso recibió el trámite de rigor ante el Tribunal Administrativo de Antioquia y, desatada la instancia, se interpuso recurso de apelación contra la sentencia que denegó la pretensión. No observando en lo actuado motivo alguno de invalidez, decide la Corporación este contencioso con base en los siguientes

Antecedentes:

I. Fundamenta su acción el actor en dos circunstancias. La primera, que el demandado se encontraba inhabilitado por haber sido Alcalde en municipio distinto de aquél en el que resultó electo, dentro de los seis meses anteriores al acto de elección. La segunda, que el demandado, en su condición de Visitador Administrativo al Servicio del Departamento de Antioquia ejerció jurisdicción, dentro del mismo lapso, en esa división territorial, lo que también lo inhabilita para ser elegido Alcalde.

Aportó el demandante, como anexos, la prueba del presupuesto del Municipio de Guarne, el acta de la declaración de elección acusada

y documentos demostrativos de la calidad de empleado oficial del elegido, como Visitador al servicio del Departamento de Antioquia, hasta el 11 de diciembre de 1987. Y de modo muy especial pidió que se solicitara, a la Secretaría General de la Gobernación de Antioquia, copia autenticada del Manual de Funciones de los Visitadores Administrativos adscritos a la Secretaría de Gobierno de ese Departamento.

II. Al contestar la demanda, por medio de apoderado, el señor Villa Betancur se opuso a las pretensiones del actor y propuso la excepción de "falta de legitimación de la parte demandante", bajo la consideración de que siendo la acción adelantada de aquellas que consagra el artículo 228 del Código Contencioso Administrativo, no tiene carácter de pública, como sí lo es la del artículo 227 *ibídem* y que, por tanto, para incoarla se requiere de interés de parte, no meramente jurídico, que no tiene el actor.

En cuanto al hecho de haber sido Visitador Administrativo del Departamento de Antioquia, manifiesta que por carecer de jurisdicción, autoridad civil, política o militar, la inhabilidad sólo se originaría tres meses antes de las elecciones, lo que no ocurrió porque se le aceptó la renuncia antes de esos tres meses. Por último, respecto a la acusación de haber sido Alcalde del Municipio de Amalfi, dentro de los seis meses anteriores a la elección, en calidad de encargado, expone la tesis de que no existe inhabilidad porque el cargo no fue ejercido en la misma circunscripción electoral en la que resultó elegido.

III. Como bien puede verse, el fundamento de la demanda radica en las inhabilidades legales para ser elegido Alcalde, consagradas en el literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, modificado por el parágrafo 2º, del artículo 1º de la Ley 49 de 1987, normas cuyo concepto de violación desarrolla el actor.

IV. El recaudo probatorio trajo al proceso la relación de funciones del empleo de Visitador Administrativo en el Departamento de Antioquia, que no está autenticada por quien la expidió aunque sí aparece con oficio de remisión por parte del funcionario que debe autorizarla, el Secretario General de la Gobernación de ese Departamento, haciendo referencia precisamente a lo pedido como prueba. Se allegó, también, el decreto de nombramiento que para ese cargo se le hizo al señor Villa Betancur y el acta de su posesión como tal, con calidad de documentos auténticos, amén de otros elementos probatorios que habían sido presentados con la demanda.

V. La decisión de primera instancia. Previo concepto de la Fiscalía, con el que estuvo de acuerdo el fallador de primera instancia, sentenció declarando no probada la excepción de falta de legitimación del actor, con el argumento de que erró el excepcionante en la distinción respecto de las normas contenidas en los artículos 227 y 228 del Código Contencioso Administrativo, ratificando el carácter de pública de la acción electoral y, por lo tanto, admitiendo que puede ser propuesta por cualquier ciudadano.

Y en cuanto al fondo del asunto, aplicó tesis jurisprudencial del Consejo de Estado emitida en providencia de 5 de julio de 1985, en

el sentido de que la inhabilidad consagrada para quienes ejercen jurisdicción o autoridad civil, política o militar, sólo se presenta cuando el candidato a elección popular ha ejercido esa jurisdicción o autoridad en la misma circunscripción electoral en la que aspira a ser elegido o en el ámbito en el que aquella tenga incidencia, como cuando el cargo es departamental o nacional. Concluye, entonces, que el demandado no se hallaba en ninguna de tales circunstancias, pues no encontró prueba válida respecto de sus funciones de Visitador Administrativo y como Alcalde de Amalfi nada tuvo que ver con su elección posterior para la Alcaldía de Guarne.

VI. Concepto Fiscal. En su concepto el señor Fiscal Octavo colaborador comparte en su integridad el criterio consignado en el fallo recurrido, que pide confirmar.

Consideraciones:

Sea lo primero anotar el acierto del *a quo* en cuanto rechazó la excepción de falta de legitimación de la parte demandante, por cuanto la interpretación que del artículo 228 del Código Contencioso Administrativo, hace el excepcionante resulta completamente acomodaticia. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido uniforme y estable en sostener que la acción electoral de nulidad, o para decirlo más técnicamente, la pretensión de nulidad de determinado nombramiento o elección, bien por vicios intrínsecos del acto de elección o bien por inhabilidades o impedimentos del elegido, es pública, pudiendo ejercitarla cualquier persona natural o jurídica, con el fin exclusivo de preservar el orden jurídico implicado en las normas de jerarquía superior. Ello significa que no es necesario acreditar interés directo para su ejercicio, como sí sucede por ejemplo, tratándose de las acciones de restablecimiento del derecho y de reparación directa y cumplimiento, de las que sólo es titular la persona cuyo derecho ha sido lesionado por la acción u omisión del Estado.

Conviene referirse, en segundo lugar, a la tesis sustentada con particular énfasis por el señor apoderado del demandado, en cuanto sostiene que la causal de inhabilidad para ser elegido Alcalde, originada en el ejercicio de jurisdicción o autoridad civil, política o militar dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección, prevista en el parágrafo segundo, artículo 1º de la Ley 49 de 1987, no es aplicable a la elección de aquellos efectuada el pasado 13 de marzo del año en curso, por cuanto dicha ley sólo entró en vigencia el cuatro (4) de diciembre del año retropróximo y no podría tener alcance retroactivo. Al respecto argumenta que su patrocinado ejerció, por encargo, la Alcaldía de Amalfi hasta el 25 de septiembre de 1987, lo que no se podría tener en cuenta para efectos de la comentada inhabilidad, por cuanto equivaldría a extender los seis (6) meses dichos a un lapso de tiempo anterior a la sanción de la Ley 49 de 1987 y a su publicación en el Diario Oficial. En criterio de la Sección, empero, ninguna duda cabe respecto de la vigencia de la disposición cuestionada en el caso a examen, habida cuenta que allí no propiamente se consagra una penalidad sino sólo una condición para ser elegido Alcalde: La de no haber ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar en los seis meses anteriores a la elección. El requisito básico esencial para

el ejercicio de los derechos políticos —elegir y ser elegido— es la ciudadanía, pues así lo precisa la Constitución Nacional en su artículo 15. Sin embargo, de allí en adelante la Constitución y la ley pueden establecer otras condiciones "...o requisitos adicionales para funciones electorales más elevadas..." (Caro Miguel Antonio, Estudios Constitucionales y Jurídicos, cita de la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia número 62 de junio 9 de 1987. Magistrado ponente doctor Fabio Morón Díaz), como es la de la edad fijada en 25 años para ser elegido Representante a la Cámara o Diputado a Asamblea Departamental; y 30 años para Senador o Presidente de la República, amén de muchas otras calidades como la de no haber sido condenado por sentencia judicial a pena de prisión por delito común. Entonces, si el legislador en la precitada Ley 49 de 1987 estableció, como requisito especial para ser elegido Alcalde, que el candidato no haya ejercido jurisdicción o autoridad civil,...etc., en los seis meses anteriores a la elección, esa norma rige a partir de la vigencia de la citada ley, o sea, desde el 14 de diciembre de 1987 y, por ende, para el 13 de marzo retropróximo tenía entera validez.

Ahora bien: La prementada disposición del párrafo segundo, artículo 1º de la Ley 49 de 1987, aducida por el actor como infringida por el acto de elección del señor Villa Betancur a la Alcaldía de Guarne (Antioquia), prevé tres situaciones diferentes determinantes de inhabilidad para ser elegido o designado Alcalde, así:

a) Haber ejercido en calidad de funcionario, dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección, jurisdicción o autoridad civil, política o militar;

b) Haberse desempeñado como empleado oficial dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección; y

c) Haber celebrado por sí o por interpuesta persona, dentro de los tres meses anteriores a la elección, contrato de cualquier naturaleza, con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo, que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

A ese respecto la prueba allegada, y también la expresa aceptación que de ello hace el apoderado del demandado, acredita que el señor Héctor de Jesús Villa Betancur fue Alcalde encargado de Guarne desde el 12 hasta el 25 de septiembre de 1987, y Visitador Administrativo, adscrito a la Secretaría de Gobierno del Departamento de Antioquia, desde el 20 de noviembre hasta el 11 de diciembre del mismo año (fls. 50, 51, 52, 2 y 3 en cuanto al cargo de Visitador; 9 y 54 en lo de Alcalde de Amalfi).

En relación al cargo de Visitador allegó el actor copia, no autenticada, del Decreto del Gobernador de Antioquia cifrado al número 939 de 25 de junio de 1985, cuyo artículo 9º atribuye a los Visitadores Administrativos de la Secretaría Departamental de Gobierno funciones "...de instrucción con jurisdicción en todo el territorio del Departamento..." Sin embargo, dicho documento no es prueba valedera en este proceso en razón de su inautenticidad, en tanto que en el cuadro de descripción del oficio de Visitador Administrativo (fls. 39 a 42), remitido por el Secretario General de la Gobernación de Antioquia

entre las pruebas decretadas y que, por consiguiente, es elemento de comprobación válida en autos, se enumeran una serie de funciones para el cargo en cuestión, entre las que no está el ejercicio de la jurisdicción, entendiendo por tal la de administrar justicia, la potestad de decir el derecho en los casos sometidos a la decisión del funcionario por competencia. Menos aún el ejercicio de autoridad civil, política o militar. Los verbos rectores utilizados en las proposiciones enunciativas de esas tareas así lo indican: Asesorar, vigilar, coadyuvar, rendir informes, colaborar, asistir, absolver consultas, emitir conceptos. Y aunque allí se indica la de desempeñar transitoriamente el cargo de Alcalde Municipal encargado, se entiende que al obrar como tal se deja de ser visitador administrativo, aunque se perciba el sueldo de ese empleo, para ser Alcalde. Por ello, entonces, no encuentran asidero las acusaciones de inhabilidad apoyadas en la circunstancia de haber desempeñado el señor Villa Betancur el cargo de Visitador Administrativo hasta el 11 de diciembre del año próximo pasado.

En cambio, en el ejercicio de las funciones de Alcalde municipal de Amalfi hasta el 25 de septiembre de 1987 si se encuentra, de ello no cabe la menor duda, la causal del literal a) atrás consignado, como quiera que los seis meses anteriores a la elección dentro de los cuales no podía el candidato haber ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, se extienden desde las cero (0) horas de 13 de marzo de este año hasta las cero (0) horas de 13 de septiembre de 1987.

Al respecto no sobra anotar que el cargo de Alcalde implica el ejercicio de autoridad política en el orden municipal, pues quien lo desempeña es el Jefe de la Administración del respectivo Distrito (arts. 200 de la Constitución Nacional y 132 del Decreto 1333 de 1986).

Conviene observar que la norma, como está redactada, no permite acoger el criterio que respecto de la elección de miembros del Congreso o Diputados consagra el artículo 108 de la Constitución Nacional, en el sentido de originarse inhabilidad en cualquier "...otro funcionario que seis meses antes de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, en la circunscripción electoral respectiva..."

Esa salvedad se explica por cuanto, en primer lugar, la elección de Senadores, Representantes a la Cámara y Diputados a la Asamblea requiere de la votación de toda una circunscripción electoral Departamental y, en algunos casos, comprensiva de territorios aún mayores y, en segundo término, porque precisamente respecto de esas elecciones la norma extiende la inhabilidad a un año para los funcionarios de influencia en los órdenes nacional, departamental y municipal, de estos últimos los Alcaldes de capitales de Departamento y ciudades con más de 300.000 habitantes; es sólo para los demás funcionarios que se circunscribe la inhabilidad a seis meses, cuando la jurisdicción o autoridad la hayan ejercido en el territorio de la respectiva circunscripción electoral. Pero ocurre que respecto a la elección popular de Alcaldes, consagrada por el Acto legislativo número 1 de 1986, el legislador produjo un estatuto propio de esa función pública, contenido en la Ley 78 de 1986 y las modificaciones y adiciones dispuestas en la Ley 49 de 1987, con un régimen particular de inhabilidades donde no se consagra la salvedad de que se viene haciendo mérito, o sea, la

de que la jurisdicción o autoridad debe haberse ejercido en el territorio de la respectiva circunscripción. El claro contenido del literal e) del artículo 5º de la Ley 78 excluye la distinción relacionada con el lugar del territorio nacional, donde se ha ejercido la función pública. Basta que el funcionario haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, en cualquier sitio del territorio patrio dentro de los seis meses anteriores a la elección, para que se dé la inhabilidad, sin duda consagrando así un régimen más restrictivo en atención a que la opinión política en los municipios menores de 300.000 habitantes —que son el 95% de los del país, por lo menos—, fácilmente puede ser influida por quien quiera que ejerza jurisdicción o autoridad.

Igual cosa ocurre con la segunda causal de inhabilidad consagrada en el literal e) comentado, la originada en el desempeño de empleo oficial en los tres meses anteriores a la elección. En cambio, para la tercera hipótesis sí se tiene en cuenta el factor espacial, además del temporal, como que la inhabilidad sólo se presenta cuando el contrato deba ejecutarse o cumplirse dentro del respectivo municipio. Si la intención del legislador hubiera sido la de limitar en los tres eventos contemplados el alcance de la norma por factores espaciales, para las otras dos hipótesis hubiera redactado el texto haciendo constar que la inhabilidad sólo se generaría cuando el empleo oficial o el ejercicio de la jurisdicción o autoridad tuviera lugar en la respectiva circunscripción, concordando con el tratamiento dado a la tercera.

Por lo demás, la interpretación anterior es consecuente con el criterio, válido entre nosotros, según el cual los empleados oficiales no pueden intervenir en política activa, salvo el acto del sufragio, para prevenir la politización de la burocracia oficial, lo que determina, finalmente, la politización del Estado. Mantener alejados a los empleados oficiales de la aspiración a cargos de elección popular constituye una conducta sana, que impide desviaciones inconvenientes en el cumplimiento de los deberes del servicio público y preserva a aquéllos de toda sospecha por indebida intromisión en la política partidista. No sobra advertir que el legislador es quien ha determinado el período de tiempo dentro del cual se da la inhabilidad, por entender ese lapso suficiente para prevenir la intervención en política de los funcionarios, evitando, de paso, la indebida utilización de la innegable influencia que el desempeño de los cargos públicos otorga a quien los desempeña.

Y si se argumentara el desempeño del empleo en calidad de encargado y durante un lapso sumamente corto, la respuesta no sería otra a la de que la inhabilidad no deja de producirse pues, tal como se expresó antes, el legislador no dispuso excepción alguna sobre ese aspecto y la autoridad del funcionario no está disminuida por la condición de encargado.

Finalmente, no puede la Sección omitir referirse al especioso planteamiento del apoderado del señor Villa Betancur, en cuanto inquiere por lo que se debe tener como "día de la elección" para efecto de computar los seis meses de la inhabilidad comentada.

Al respecto expresa: "Esta puede ser una hipótesis descabellada, pero con pena la esbozo. Como día de la elección se entiende aquél

en que efectivamente se realiza el proceso de la votación y el conteo de los votos? O será el día en que se declara por la respectiva Corporación Electoral la elección y se ordena la entrega de la credencial? O el día en que se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección?..." (fl. 30).

Pues bien: Ya las autoridades electorales despejaron la última distinción propuesta, cuando en oficio visible al folio 43 expresan que el acto por medio del cual se declaró la elección de Alcaldes "...se notificó por estrados el día 21 de marzo, como conclusión del escrutinio general..." En efecto, siendo que la declaratoria de elección popular se efectúa en diligencia pública, como conclusión de los escrutinios de los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral, obvio es que la notificación de ese acto se cumple en estrados, como claramente lo ordena el artículo 325 del Código de Procedimiento Civil, que no por notificación personal o por la entrega de la respectiva credencial, como parece insinuarlo el memorialista.

Y en cuanto al día que debe tenerse como de elección, sin duda que la norma legal se refiere a aquél en que los ciudadanos, mediante el voto directo, eligen. Así se desprende de las previsiones del Título XVII de la Carta Fundamental y del Título VI del Código Electoral. De allí en adelante se inicia el proceso de escrutinio, que es bien distinto al de la elección, como que se circunscribe al conteo de los votos y a la determinación de la cantidad emitida para los distintos candidatos, de los votos nulos y de los en blanco, función que efectúan inicialmente los jurados de votación; dos días después de las elecciones, las Comisiones Escrutadoras elegidas por los Tribunales Superiores; y al domingo siguiente al de la elección los Delegados del Consejo Nacional electoral, para concluir, de no presentarse apelación contra sus decisiones o discrepancia entre ellos, con el acto declaratorio de la elección de Alcaldes. Pues de ocurrir cualquiera de los dos eventos anotados —apelación o discrepancia— la declaratoria de elección correspondería hacerla al Consejo Nacional Electoral.

En conclusión: La prueba aportada acredita que el señor Héctor de Jesús Villa Betancur, se encontraba inhabilitado para ser elegido Alcalde en las elecciones del trece (13) de marzo del año en curso, por haber ejercido, como funcionario, autoridad civil y política dentro de los seis meses anteriores al día de la elección.

Ello determina la nulidad de la declaratoria de su elección como Alcalde de Guarne (Antioquia), lo que habrá de ordenarlo la Sección disponiendo, también, la cancelación de la credencial que le acredita esa condición, conforme a lo ordenado por el artículo 228 del Código Contencioso Administrativo. Se comunicará lo así resuelto al señor Gobernador de Antioquia, para que convoque a elecciones para proveer el cargo de Alcalde de Guarne, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 78 de 1986, adicionado por el artículo 8º de la Ley 49 de 1987.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en desacuerdo con el concepto de su colaborador del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el honorable Tribunal Administrativo de Antioquia con fecha 29 de julio del año en curso y, en su lugar:

Primero: Anúlase el acto declaratorio de la elección del señor Héctor de Jesús Villa Betancur como Alcalde de Guarne (Antioquia), para el período de 1º de junio de 1988 al 31 de mayo de 1990, producido por los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral en el escrutinio general concluido el 21 de marzo retropróximo.

Segundo: Cancélase, igualmente, la credencial expedida al señor Héctor de Jesús Villa Betancur como Alcalde de Guarne para el período 1988-1990.

Tercero: Comuníquese esta decisión al señor Gobernador del Departamento de Antioquia para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 78 de 1986, convoque a elecciones a fin de proveer la vacante.

Cuarto: Igualmente, comuníquese lo resuelto a la Registraduría Nacional del Estado Civil y al señor Registrador Municipal del Estado Civil en Guarne (Antioquia).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en sesión del veintisiete (27) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Miguel González Rodríguez, Presidente de la Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACCION ELECTORAL.— Excepciones, naturaleza. CADUCIDAD.

La caducidad de la acción empieza a correr a partir de la fecha en la cual se cierra y firma el acta de escrutinio general, notificada en estrados en la misma fecha.

La acción electoral es pública, objetiva, que da origen a un debate jurídico abierto a todos aquellos que quieran intervenir.

ALCALDE. Inhabilidades. CONTRATO.

La calidad de contratista demostrada (contrato de suministro), inhabilita para ser Alcalde, al tenor del parágrafo 2 del artículo 1º de la Ley 49 de 1987 que adicionó el artículo 5º de la Ley 78 de 1986.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., veinticinco de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente número E-0214. Actor: Alfonso Díaz Castro.

Se procede a decidir el recurso propuesto contra la sentencia de fecha veintidós (22) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988) proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá.

I. Lo pedido:

En el libelo se solicitó:

"1º Declarar la nulidad de la elección hecha a nombre de Obdulia Vargas de Quinto y se le cancele su credencial de Alcalde del Municipio de El Paujil, Departamento del Caquetá, para el período de 1º de junio de 1988 al 31 de mayo de 1990...

"2º Declarar la nulidad de la parte del acta de escrutinio refrendada por los delegados del Consejo Nacional Electoral, para la circunscripción del Caquetá y Amazonas de 22 de marzo de 1988 en la parte que dice: 'Obdulia Vargas de Quinto del Movimiento Cívico Popular quien obtuvo la mayoría de sufragios, como Alcalde del Municipio de El Paujil, Departamento del Caquetá, para el período de 1º de junio de 1988 al 31 de mayo de 1990'.

"3º Que una vez hechas las anteriores declaraciones, se adelante un nuevo escrutinio y en consecuencia se modifique el *Acta de Escrutinio* que reconoció Alcalde de El Paujil y se declare electo Alcalde de El Paujil para el período de 1988-1990 a la persona que detente el mayor número de votos válidos o se indique el procedimiento a seguir según la Constitución y la ley".

II. Los hechos:

En síntesis, son los que aparecen en el ordinal 5º de este Capítulo de la demanda, así:

"Debido al contrato de fecha 17 de diciembre de 1987 contenido en la nota de suministro número 6835 y pagado el 19 de diciembre de 1987 con el cheque número A3745625 de Creditario Paujil por la suma de $ 19.800, la señora Obdulia Vargas de Quinto incurrió en la causal de inhabilidad de que trata el artículo 5º de la Ley 78 de 1986 pues celebró por sí, o por interpuesta persona, con el Municipio de El Paujil contrato para el suministro de cajas mortuorias dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección, contrato que se ejecutó en el mismo Municipio inhabilidad que 'vicia de nulidad la elección correspondiente' como lo dice la parte final de la norma arriba citada".

III. El trámite del proceso en primera instancia:

Al ser notificada la demandada, por conducto de apoderado, se opuso a las pretensiones del actor y formuló las excepciones que denominó caducidad, inexistencia de interés directo para demandar el indebido proceso. Terminado el período probatorio, se corrió el traslado a las partes, período dentro del cual se presentó el alegato del señor apoderado de la demandada. En cuanto al señor Fiscal del Tribunal, emitió su concepto de fondo, en donde concluyó con la petición de que "...se *declare* probada la excepción de caducidad propuesta y se *deniegue* el resto de pretensiones..."

Con fecha veintidós (22) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), el Tribunal Administrativo del Caquetá pronunció su sentencia, en donde declaró no probadas las excepciones propuestas y declaró la nulidad de la elección de la señora Obdulia Vargas de Quinto, con las consecuencias de tal determinación.

El argumento central del fallo está contenido en el siguiente párrafo:

"Observamos que en ningún momento dentro del presente proceso se ha tachado de falso las cuentas de cobro que aparecen a los folios 7 a 11 del expediente, ni la orden de suministro del folio 50, ni la certificación expedida por el Tesorero y que consta al folio 12, en hecho de que en la certificación del Auditor de la Contraloría y en la constancia expedida por el Alcalde (ver fls. 32 y 33) se diga que la señora Obdulia Vargas no aparece inscrita como proveedora del Municipio, no quiere decir que dicha señora no haya suministrado cajas mortuorias a dicho ente público, pues con las cuentas de cobro y la orden de suministro se está demostrando lo contrario, y que ciertamente

en el año 1987 doña Obdulia sí suministró dichos artículos al citado Municipio, o sea que sí celebró contrato de suministro o compraventa con el Municipio de El Paujil y el cual se ejecutó con el mismo ente público, dentro de los tres meses anteriores a las elecciones las cuales se celebraron el 13 de marzo del corriente año y la negociación según la orden de suministro fue el 17 de diciembre de 1987 y su pago el 19 del mismo mes y año.

"Lo anterior significa que la señora Obdulia Vargas de Quinto sí estaba inhabilitada para ser elegida Alcalde en las elecciones de 13 de marzo del corriente año, inhabilidad consagrada en el artículo primero, párrafo segundo de la Ley 49 de 1987, que adicionó el artículo 5º de la Ley 78 de 1986, por lo cual habrá de declararse la nulidad del acto administrativo que la declaró electa como Alcalde de El Paujil".

Las excepciones se desestiman en la sentencia recurrida, con los siguientes argumentos:

a) La denominada "caducidad de la acción":

"La demanda de autos fue presentada en la Secretaría de esta Corporación el 20 de abril del año en curso, o sea que fue presentada antes de que caducara la acción, lo cual acontecía el 21 de abril del corriente año".

b) La llamada "inexistencia de interés directo para demandar":

"...la acción electoral es pública, o sea que la otorga la ley a todos los ciudadanos y no sólo a las personas que participen en las elecciones..."

c) La postulada como "indebido proceso":

"Características del Contencioso Electoral es de que implica una acción pública especial de legalidad o impugnación de un acto administrativo, sujeta a reglas propias. Esta acción se asemeja a la de simple nulidad, ya que puede ser ejercida por cualquier persona, aunque con un término de caducidad de 20 días contados a partir del siguiente a aquél en el que se verifique el acto por medio del cual se declara la elección o se expida el nombramiento".

IV. La segunda instancia:

Contra la sentencia se propuso oportunamente el recurso de apelación, al cual se le ha dado el trámite respectivo en el Consejo. El señor apoderado de la demandada, en escrito de fecha 23 de septiembre de 1988, solicita "que conforme al criterio de la Fiscalía del Tribunal, se revoque la sentencia, carente de un estudio serio y elemental de la problemática que conllevó a inventar una inhabilidad en la persona de la Alcaldesa del Municipio de El Paujil, para poderle arrebatar su designación en aras de beneficios políticos".

El señor Fiscal Octavo de la Corporación en su concepto de fondo pide se modifique la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá en este proceso el 22 de agosto del corriente año, revocando los ordinales 2º, 3º y 4º y confirmando el 1º. Sustenta su

petición, después de analizar las circunstancias que hacen improcedentes las excepciones —y en cuanto al fondo del asunto—, con el siguiente aserto:

"De todo lo anterior se puede concluir que la señora Obdulia Vargas de Quinto no se encuentra inscrita en el libro de contratistas o proveedores del Municipio de El Paujil, en los años de 1987 a 1988, ni celebró contrato alguno por escrito con el mismo, requisito que es indispensable tener para celebrar contratos de suministro con las entidades oficiales, en general, y que la Funeraria San Carlos es de propiedad de Luis Carlos Muñoz Romero, siendo Alfredo Pava el representante del mismo en el Municipio de El Paujil, en donde Obdulia Vargas de Quinto, colaboraba en la venta de las cajas mortuorias".

V. Consideraciones de la Sala:

La Sala está de acuerdo con los criterios expresados por el *a quo* en la providencia objeto del recurso y por el señor Fiscal Octavo de la Corporación en su concepto, respecto de la validez de las excepciones propuestas por el representante legal de la parte demandada, bajo la denominación de "caducidad de la acción", "inexistencia de interés directo" y de "indebido proceso".

Ciertamente, al tenor del artículo 7º de la Ley 14 de 1988 —que aclaró el inciso final del 136 del Código Contencioso Administrativo— en concordancia con el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, en el caso *sub exámine* no operó el fenómeno de la caducidad, pues el término de veinte (20) días señalado en el primero de los citados artículos empezó a correr a partir de 22 de marzo, fecha en la cual se cerró y firmó el acta de escrutinio general, *notificada en estrados* en la misma fecha. Como la demanda fue presentada personalmente el 20 de abril, es evidente que descontados los días inhábiles estaba dentro del término para impetrar la nulidad.

Por lo que hace a la "inexistencia de interés directo", el honorable Consejo de Estado ha reiterado que la acción electoral tiene por objeto preservar la legalidad en el proceso electoral, como medio de garantizar el derecho al sufragio y la transparencia del resultado del proceso electoral mismo, básicos para la realización plena del sistema democrático. Se trata de una acción objetiva, pública, que da origen a un debate jurídico abierto a todos aquellos que quieran intervenir. Es un derecho sin límite, para cuyo ejercicio no es necesario un interés jurídico especial que vincule a quien lo ejercita con las personas demandadas desde un comienzo o que finalmente puedan resultar afectadas por virtud de la decisión judicial.

En lo tocante a la llamada excepción de "indebido proceso", si bien es cierto que el demandante no fue del todo explícito respecto de la acción invocada para desatar el contencioso, no lo es menos que siguiendo los principios que informan la razón de ser del derecho público, y la autonomía que permite a los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa hacer la interpretación de la demanda, del contenido de la que dio origen a este proceso resulta de bulto que lo pretendido no era cosa distinta a la nulidad del acto que declaró

electa Alcaldesa del Municipio de El Paujil a la señora Obdulia Vargas de Quinto. En consecuencia, la demanda resulta apta conforme a los artículos 227, 228 y 229 del Código Contencioso Administrativo.

La cuestión de fondo consiste en determinar si la señora Obdulia Vargas de Quinto se hallaba inhabilitada para ser elegida Alcaldesa del Municipio de El Paujil, toda vez que la demanda se fundamenta en el hecho de que aquélla celebró contrato con el mencionado Municipio el 17 de diciembre de 1987, según "...nota de suministro número 6835...", contrato que dio origen al giro del cheque número A-3745625 por la suma de diecinueve mil ochocientos pesos ($ 19.800.00) a favor de la misma.

Al respecto la Sala observa:

A lo largo de este proceso se viene afirmando que la señora Obdulia Vargas de Quinto tenía celebrado contrato de suministro con el Municipio de El Paujil, consistente en la venta de ataudes destinados a la inhumación de cadáveres de personas desposeídas o cuyos familiares carecen de bienes de fortuna. También se afirma que el suministro lo hizo no como contratista sino como simple intermediario entre el propietario de la Funeraria San Carlos, señor Luis Carlos Muñoz Romero, y el Municipio.

Al tenor del artículo 1º del Decreto 222 de 1983, conocido como "Estatuto de la Contratación Administrativa", las normas que en él "...se refieran a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV, se aplicarán también en los Departamentos y Municipios".

Pues bien, de acuerdo con el artículo 16 del supracitado Decreto 222 son contratos administrativos, entre otros, los de suministro, contratos estos que conforme al artículo 130 del mismo estatuto tienen "...por objeto la adquisición de bienes muebles por la Administración en forma sucesiva y por precios unitarios". Y el artículo 136 *ibídem*, que se refiere a los requisitos para la compra de bienes muebles, en lo pertinente dispone:

> "De acuerdo con su cuantía, las adquisiciones de bienes muebles se sujetarán a las siguientes reglas:
>
> "1ª Si su valor fuere inferior a la suma de quinientos mil pesos ($ 500.000.00) requieren pedido de funcionario competente y se reconocerán contra factura de entrega.
>
> "2ª .....
>
> "3ª .....
>
> "4ª .....
>
> "Parágrafo. Para los efectos previstos en la regla 1ª del presente artículo, es funcionario competente aquel en quien el jefe del organismo hubiere delegado la facultad de ordenar gastos. Este mismo funcionario será el encargado de dictar la resolución motivada que reconozca la obligación a cargo de la respectiva entidad".

Los documentos que obran a los folios 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 50 del expediente, expedidos por autoridad competente y debidamente autenticados, demuestran que la señora Obdulia Vargas de Quinto durante el año de 1987 suministró "...en forma sucesiva y por precios unitarios" ataudes, una corona y un sufragio al Municipio de El Paujil, por un valor total de ciento cuarenta y tres mil noventa y cinco pesos ($ 143.095.00), suma que cobró mediante cheques girados con cargo al Tesoro Municipal de dicha localidad. En los mismos documentos consta muy claramente que los mencionados objetos fueron solicitados mediante las respectivas notas de suministro y destinados a la inhumación de cadáveres de personas pobres de solemnidad o que no fueron reclamados oportunamente. Consecuentemente, es necesario aceptar que la adquisición y el consiguiente suministro de esos bienes configuran el denominado "Contrato de Suministro" definido por el artículo 130 del tantas veces citado Decreto 222 de 1983. En efecto: Se suministraron en forma sucesiva y por precios unitarios bienes muebles, que fueron solicitados por funcionario competente mediante las correspondientes notas de suministro, y su valor fue cubierto mediante el giro de cheques contra cuentas del Tesoro Municipal respaldadas con dineros provenientes de la imputación presupuestal correspondiente.

Contrariamente a lo alegado en la segunda instancia por el representante legal de la demandada, y de acuerdo con lo previsto en la regla 1ª del artículo 136 del Estatuto de la Contratación Administrativa, por tratarse de suministro en cuantía inferior al medio millón de pesos ($ 500.000.00) no era necesario para la existencia del contrato, formal o materialmente, que constara por escrito. Aquí cabe recordar que los artículos 91 a 94 de la Ley 153 de 1887, invocados en el escrito de sustentación del recurso en segunda instancia, fueron expresamente derogados por el Código de Procedimiento Civil vigente, en su artículo 698. Conviene precisar también que el Decreto 222 de 1983 reglamentó totalmente la materia, haciendo, por lo demás, extensiva su aplicación a la contratación administrativa de los departamentos y municipios en cuanto el Decreto-ley se refiere "...a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV,...", como ya se había anotado atrás.

Y por lo que hace a la adquisición y entrega del ataud, según cuenta de cobro visible al folio 7 del expediente, a pesar de los argumentos de los apoderados que han actuado en las instancias, es necesario advertir que el hecho de que la señora Obdulia Vargas de Quinto no aparezca inscrita o registrada en el registro de proveedores que para efectos de la contratación administrativa tiene el Municipio de El Paujil, en nada afecta la calidad de contratista que por virtud de las pruebas atrás citadas ha quedado demostrada. El haberla aceptado como proveedora sin esa inscripción, apenas constituye una irregularidad imputable a la Administración Municipal, que no desvirtúa la existencia del contrato de suministro ni la calidad de contratista que la prueba demuestra ostentaba la señora Vargas de Quinto el 17 de diciembre de 1987. Y la condición de intermediario entre el Municipio y la Funeraria San Carlos, que se pretendió demostrar con el documento privado que constituye el folio 34 del cuaderno único, suscrito por el ciudadano Luis Carlos Muñoz Romero, ciertamente no

ha quedado probada, toda vez que por tratarse de un establecimiento comercial su propiedad y demás circunstancias debían acreditarse en la forma establecida por el Código de Comercio, especialmente con el certificado de inscripción en la respectiva Cámara de Comercio. Pero ni siquiera se adjuntaron como prueba supletoria recibos de pago del impuesto de industria y comercio, en los que figura siempre como contribuyente el propietario del respectivo establecimiento o negocio. Y la atestación notarial que respalda el documento se refiere ciertamente a la autenticidad de la firma no a la calidad de propietario de la funeraria.

En cuanto a la letra de cambio que constituye el folio 35 del expediente, título valor con el cual se pretende demostrar que la venta o suministro del ataud se hizo no al Municipio sino al señor Benigno Angel, también es inadmisible como prueba porque, como lo anotó el *a quo* en su decisión, al no haber sido registrada o estampillada para efectos fiscales, "...no hay certeza sobre la fecha de su expedición". Además, el girador de la letra señor Benigno Angel, en la declaración visible al folio 43 del proceso, se encarga de confirmar que la venta se le hizo al Municipio, pues no otra cosa puede desprenderse de lo afirmado en el sentido de que aquél le dio la caja mortuoria. En efecto: El deponente manifestó "...la caja mortuoria que a mí me suministraron me la dieron en la Funeraria San Carlos y esa funeraria la administra el señor Alfonso Pava, y en cuanto al propietario de esa Funeraria San Carlos no sé quién será, porque cuando yo fuí a hacer el negocio de la caja mortuoria que me dio el Municipio hablé fue con Alfonso Pava", es decir, que el ataud que le suministraron le fue dado en la mencionada funeraria, lo que equivale a que se le dio en dicho establecimiento porque el Municipio se lo suministró, lo que reitera al decir más adelante "...la caja mortuoria que me dio el Municipio..." Con otra palabras, en la misma respuesta afirma que fue la entidad territorial la que le suministró el ataud.

El mismo Tesorero Municipal, señor Teófilo Collazos Peña, bajo la gravedad del juramento declara que conoce de trato, vista y comunicación a la demandada señora Obdulia Vargas de Quinto "...por ser ella proveedora del Municipio, desde que yo ejerzo mis funciones como Tesorero Municipal, o sea desde el 15 de febrero de 1987 y hasta la fecha desempeñó ese cargo".

Lo que ha quedado expuesto conduce necesariamente a la conclusión de que de acuerdo con la prueba documental y aún testimonial, la señora Obdulia Vargas de Quinto para el 17 de diciembre de 1987 en atención a diferentes notas de suministro confeccionadas por funcionario competente, le suministró al Municipio de El Paujil con cierta periodicidad durante el mismo año bienes muebles, recibiendo como contraprestación cheques girados a su nombre y con cargo a partidas presupuestales determinadas, en cuantía de ciento cuarenta y tres mil noventa y cinco pesos ($ 143.095.00). Esa calidad de contratista la inhabilitó para ser Alcaldesa de aquella localidad al tenor de lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 49 de 1987, que adicionó el artículo 5º de la Ley 78 de 1986, en el sentido de que no podía ser elegido ni designado Alcalde "...quien dentro de los

tres (3) meses anteriores a la elección... haya celebrado por sí o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse con el respectivo municipio". Por manera que se confirmará la sentencia recurrida, pues además obra a los folios 54 a 76 del expediente el acta general de escrutinio en la que fueron declarados elegidos Alcaldes del Departamento del Caquetá, entre ellos la demandada Obdulia Vargas de Quinto como Alcaldesa del Municipio de El Paujil (fls. 10 y 11).

Por lo expuesto, no encontrando causales de nulidad procesal y en desacuerdo parcial con el concepto del colaborador Fiscal, el Consejo de Estado, Sección Quinta (Sala Electoral), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Confírmase en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá el 22 de agosto del año en curso, por medio de la cual se desestimaron las excepciones propuestas, se declaró la nulidad del acto administrativo que declaró electa a la señora Obdulia Vargas de Quinto como Alcalde Municipal de El Paujil para el período de 1º de junio de 1988 al 31 de mayo de 1990, ordenó cancelar la credencial y dispuso la convocatoria a nuevas elecciones de acuerdo con los artículos 8º de la Ley 49 de 1987 y 13 de la Ley 78 de 1986.

2º Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE. Inhabilidades. SANCION PENAL.

La inhabilidad prevista en el literal c) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, ha de encontrarse vigente en la fecha de la elección.

La rehabilitación del interdicto se obtiene de pleno derecho cuando ha transcurrido el término de la interdicción.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., veinticinco de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Proyectó: *Doctor Antonio José Lizarazo Ocampo,* Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 221. Actor: Rafael Díaz Meza. Apelación sentencia.

El ciudadano Rafael Díaz Meza, en su condición de demandante dentro del proceso electoral de la referencia, interpuso en tiempo recurso de apelación contra la sentencia de agosto 24 de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio de la cual se denegaron las peticiones de la demanda "contra la elección del señor Josué Gerardo Niño Meza, como Alcalde municipal de Confines (Santander)".

Cumplido el trámite de la segunda instancia previsto en el artículo 251 del Código Contencioso Administrativo, y no hallándose causal alguna que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso impetrado, previas las siguientes

Consideraciones:

I. Antecedentes:

Mediante escrito dirigido al Tribunal Administrativo de Santander, el señor Rafael Díaz Meza solicitó, dentro de la oportunidad legal, la nulidad "del acto por medio del cual el Consejo Nacional Electoral con resolución de 22 de marzo de 1988 declaró al señor Josué Gerardo Niño Meza como Alcalde del Municipio de Confines, Santander", y, consecuencialmente, la cancelación de su credencial. En el mismo escrito pidió igualmente, la suspensión provisional de los efectos de dicho acto administrativo.

Para fundamentar su petición de nulidad, el actor invocó dos causales de inhabilidad que, según su parecer, impedían la elección del demandado como Alcalde municipal. Ellas son las contempladas en los literales c) y d) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, esto es, haber sido "condenado a pena privativa de la libertad" por delitos comunes, y hallarse en "interdicción judicial". Relató que en septiembre 23 de 1976 el Juzgado Primero Penal del Circuito del Socorro impuso a Josué Gerardo Niño Meza por los delitos de abuso de confianza "que tuvieron como agente pasivo las Cooperativas de Consumo Agrícola de Guacamayo y Guadalupe...por hechos ocurridos entre 1974 y 1977", "una pena privativa de la libertad de 18 meses", y "como pena accesoria, entre otras, la 'Interdicción de Derechos y Funciones Públicas' ", condena que fue confirmada por el Tribunal Superior de San Gil, elevándola a 25 meses.

Admitida la demanda luego de reponer la actuación que mediante providencia de mayo 12 del presente año fue declarada nula, y denegado el reconocimiento del señor Alonso Martínez como coadyuvante en este proceso, el Tribunal no accedió a la suspensión provisional del acto acusado por cuanto el peticionario no sustentó de modo expreso la solicitud, conforme lo ordena el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

II. La sentencia recurrida:

Tramitada la instancia, el Tribunal Administrativo de Santander dictó la sentencia recurrida, negando las pretensiones de la demanda por considerar que la condena impuesta al Alcalde electo de Confines no se encontraba vigente al momento de su elección cumplida el 13 de marzo del presente año, por cuanto mediante proveído de 7 de julio de 1983, el Juzgado Primero Penal del Circuito del Socorro la declaró prescrita (fl. 45).

Dijo el Tribunal con apoyo en otro fallo de esta Sección que "al consagrar la norma las inhabilidades por haberse proferido sentencia en contra del elegido o por hallarse en interdicción de derechos y funciones públicas, ha de inferirse que las penas impuestas deben estar vigentes...teniendo en cuenta el principio de que no podrán existir penas irredimibles...", razón por la cual cuando ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la pena, como en el presente caso, ha de darse por desaparecida también cualquier inhabilidad legal que pueda derivarse de la sentencia prescrita.

III. Fundamento de la apelación:

Contra la sentencia anterior, el demandante interpuso oportunamente el recurso de apelación argumentando que si bien las penas no son irredimibles en nuestra legislación, pues algunas desaparecen con el tiempo, como acontece con las privativas de la libertad, es lo cierto que otras desaparecen únicamente como resultado de un juicio posterior, como acontece con las de interdicción, cuando son accesorias.

Alega el recurrente que la sentencia se pronunció sobre la primera causal de inhabilidad invocada en la demanda pero guardó silencio sobre el hecho de que el demandado se hallaba en interdicción judicial al momento de su elección pues no había sido rehabilitado, según aparece probado con certificaciones del Tribunal Superior de San Gil y del Juzgado Primero Penal del Circuito del Socorro. Insiste en que conforme al Código Penal vigente "la interdicción de derechos y funciones públicas sólo puede *cesar* por un fenómeno conocido como *rehabilitación*", consistente en la petición escrita del condenado o su apoderado dirigida al Juez del conocimiento o del Tribunal Superior del Distrito Judicial respectivo, para que en decisión judicial se diga que ya cesó la pena pertinente.

IV. El concepto del Fiscal:

Al corrérsele el traslado de ley, el señor Agente del Ministerio Público emitió concepto de fondo solicitando revocar en todas sus partes la sentencia recurrida y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda. Dijo así el colaborador Fiscal:

"El artículo 5º de la Ley 78 de 1986 establece la inhabilidad para ser elegido Alcalde por haber sido llamado a juicio o condenado a pena privativa de la libertad y también por encontrarse en interdicción judicial.

"Pues bien, el señor Josué Gerardo Niño Meza en el momento de ser elegido Alcalde del Municipio de Confines (Santander) se encontraba inhabilitado para tal elección, por haber sido condenado a pena de prisión y estar suspendido de sus derechos de ciudadano.

"Precisamente el artículo 2º de la Ley 49 de 1987 consagra que para ser elegido Alcalde se requiere ser ciudadano en ejercicio y el señor Niño Meza en el momento de su elección no era ciudadano en ejercicio, pues si bien es cierto ya había prescrito la acción penal, también es cierto que para recuperar sus derechos de ciudadano tenía que solicitar la rehabilitación, de conformidad con lo prescrito en el artículo 92 del Código Penal, que indica en qué momento se puede solicitar la rehabilitación de derechos y funciones públicas.

"Además, los artículos 635 a 637 del Código de Procedimiento Penal, indican los requisitos que se deben cumplir para efectos de obtener la rehabilitación de los derechos y funciones públicas y en el proceso no hay prueba alguna que acredite que Josué Gerardo Niño Meza hubiese sido rehabilitado, de conformidad con la ley.

"Antes bien, de acuerdo con la documental que obra al folio 46 del expediente, procedente del Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil, el señor Josué Gerardo Niño Meza no ha sido rehabilitado.

"Estima la Fiscalía que la circunstancia de haber prescrito la acción penal, no ubicó al señor Niño Meza en una situación de

elegir y ser elegido, sino que debe solicitar su rehabilitación ante la autoridad judicial competente para nuevamente adquirir los derechos y funciones públicas.

"En efecto, según el Diccionario de la Lengua el vocablo rehabilitar significa 'habilitar de nuevo o restituir una persona o cosa a su antiguo estado'.

"El artículo 14 de la Constitución Nacional establece que quienes hayan perdido la ciudadanía podrán solicitar rehabilitación.

"El artículo 15 de la Constitución Nacional consagra 'la calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para elegir y para desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción'.

"De acuerdo con lo anterior, esta Agencia del Ministerio Público solicita al honorable Consejo de Estado revocar, en todas sus partes, la sentencia proferida en este proceso el 24 de agosto del corriente año, y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda".

V. Consideraciones de la Sala:

1. Ciertamente, como lo entendió el *a quo*, la condena a 25 meses de prisión impuesta al señor Josué Gerardo Niño Meza por el Tribunal Superior de San Gil mediante providencia de febrero 2 de 1979, confirmatoria de la sentencia de septiembre 23 de 1978 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito del Socorro, no se encontraba vigente al momento de su elección como Alcalde del Municipio de Confines, Santander, el día 13 de marzo de 1988, pues según aparece probado en el proceso (fl. 45), dicha pena se declaró prescrita por auto interlocutorio dictado por el Juez de la causa el día 7 de julio de 1983, cerca de cinco (5) años antes de su elección, y, por consiguiente, tal pena ya prescrita no vicia de nulidad la elección demandada.

Ello, porque, aunque la norma no lo diga textualmente, la inhabilidad prevista en el literal c) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, consistente en que no podrá ser elegido ni designado Alcalde quien "haya sido llamado a juicio o condenado a pena privativa de la libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos", ha de encontrarse vigente en la fecha de la elección, tal como surge de su interpretación sistemática, teniendo en cuenta tanto los principios constitucionales que protejen el ejercicio de los derechos ciudadanos, como las demás normas que en el campo del derecho penal regulan la institución jurídica de la extinción de la acción y de la pena, ya por agotamiento del ministerio punitivo (sentencia absolutoria, cesación de procedimiento, sobreseimiento definitivo o cumplimiento de la condena), ora por la intervención de causas que pongan fin a la persecución penal (desistimiento, prescripción, extinción por cumplimiento del período de prueba).

La Sala reitera, pues, lo dicho sobre este punto en sentencia de julio 15 del presente año, de la que fue ponente el autor de esta

providencia, en un todo de acuerdo con la interpretación que de la norma precitada hizo la Corte Suprema de Justicia al resolver sobre la acción de inexequibilidad intentada contra ella.

2. En relación con la afirmación que hace el impugnante en el sentido de que el demandado se hallaba en interdicción judicial para la época de la elección, por cuanto no había solicitado ante las autoridades judiciales competentes la rehabilitación en la interdicción de derechos y funciones públicas, pena que se le había impuesto como accesoria en la misma sentencia que lo condenó a la pena principal de prisión atrás mencionada, cargo sobre el que la providencia recurrida nada dijo, conviene hacer las siguientes precisiones con el fin de establecer si efectivamente la rehabilitación sólo se obtiene mediante el trámite previsto en el artículo 635 del Código de Procedimiento Penal o si, por el contrario, tal instituto opera también por la ocurrencia de otros fenómenos jurídicos o por medios extrajudiciales.

Sea lo primero señalar que en el sistema colombiano la interdicción judicial, no importa que ella repercuta en el ámbito de los derechos públicos o privados, puede cesar por rehabilitación. Esta, por su parte, es en principio de naturaleza judicial, pues corresponde concederla a la misma autoridad judicial que hubiere impuesto la medida de que se trate, previa solicitud del interesado y con el lleno de los requisitos y formalidades indicados por el legislador, porque como dice Florián, citado por Luis Carlos Pérez en su obra de Derecho Penal (Tomo II, pág. 325, 1985), "...los derechos correlativos no deberán ser restituidos a la persona que de ellos fue privada, sino por medio o por obra de la misma autoridad que impuso su pérdida, después de un juicio del cual resulte que, a virtud de hechos posteriores, la indicada persona es merecedora de readquirirlos y apta para ejercer esos derechos perdidos".

Es lo que ocurre en la interdicción por disipación (arts. 543 del C. C. y 427 del C. de P. C.), por demencia (art. 556 del C. C.), y por sordomudez (arts. 560 del C. C. y 660 del C. de P. C.), así como en la interdicción de derechos y funciones públicas (arts. 92 del C. P. y 635 del C. de P. P.), casos estos constitutivos de la causal de inhabilidad denominada genéricamente "interdicción judicial" por el artículo 5º, literal d) de la Ley 78 de 1986.

En cuanto a la interdicción de derechos y funciones públicas, aspecto al cual se contrae la impugnación de la sentencia, tenemos que el restablecimiento de los derechos del interdicto puede obtenerse judicialmente, como ya quedó dicho, pero conforme a nuestro ordenamiento jurídico la rehabilitación que aquí se comenta también puede alcanzarse por otros medios. En efecto, el trámite judicial es indispensable tan sólo cuando el término de la interdicción no se ha cumplido pues, en caso contrario, la rehabilitación operará *ipso jure*, tal como lo consagra el artículo 205 de la Ley 28 de 1979 (art. 71 del Código Electoral), que a la letra dice:

> "La rehabilitación en la interdicción de derechos y funciones públicas operará *ipso jure* al cumplirse el término por el cual se impuso su pérdida como pena. Para ello bastará que el interesado

formule la solicitud pertinente, acompañada de los respectivos documentos ante el registrador municipal de su domicilio, el cual le dará inmediatamente tramitación".

Luego, no le asiste razón al recurrente cuando sostiene que sólo mediante el procedimiento del artículo 635 del Código de Procedimiento Penal, es posible alcanzar la rehabilitación del interdicto. Ella se obtiene de pleno derecho cuando ha transcurrido el término de la interdicción sin que sea "menester la intervención de la autoridad jurisdiccional, sino que por tratarse de un aspecto cronológico fácilmente detectable", el legislador lo ha encargado "a las autoridades administrativas y más concretamente, a las electorales por su obvia correlación", caso en el cual "no es dable exigir requisitos adicionales, tales como buena conducta, ocupación lícita, etc., pues la medida opera *ipso jure*", conforme providencia de junio 8 de 1988, proferida por la Corte Suprema de Justicia (Unica instancia número 2594, Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Z.).

Pero es que, además, el trámite del artículo 635 precitado está previsto exclusivamente para los casos en que el interdicto en el ejercicio de derechos y funciones públicas hubiere observado buena conducta y solicite la medida dos (2) años después de ejecutoriada la sentencia que le impuso tal sanción como pena principal, o bien después del mismo lapso contado a partir del cumplimiento de la pena privativa de la libertad, cuando aquella se hubiere impuesto como accesoria (art. 92 del C. P.). Existen otros eventos en que procede la rehabilitación antes del cumplimiento del término de la interdicción y cuya declaratoria no se tramita por el procedimiento del artículo 635, ni para ella se pueden exigir los requisitos previstos en el artículo 92 del Código Penal, tales como la prescripción (art. 87 del C. P.), la extinción por cumplimiento del período de prueba cuando quiera que respecto de la interdicción se haya concedido el subrogado penal de la condena de ejecución condicional (arts. 69 y 71 del C. P.), y cuando una nueva ley ha quitado, explícita o implícitamente, el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía y por el cual se impuso la interdicción (arts. 45, inciso 2º, y 46 de la Ley 153 de 1887).

En el caso *sub júdice*, el demandado Josué Gerardo Niño Meza fue condenado mediante providencia definitiva de febrero 2 de 1979, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, a la pena principal de 25 meses de prisión y, entre otras accesorias, a la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal. No obra dentro del expediente constancia alguna acerca de la notificación de la sentencia, razón por la cual no es posible determinar con exactitud la fecha de su ejecutoria, pero es evidente que desde entonces hasta el 13 de marzo de 1988, día de la elección, transcurrieron nueve años, término dentro del cual operó el fenómeno de la prescripción, tanto de la pena principal como de la pena accesoria, conforme a los siguientes artículos del Código Penal:

"*Artículo 87*. Término de prescripción de la pena. La pena privativa de la libertad prescribe en el término fijado para ella en la sentencia, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años. En este último lapso prescribe la pena no privativa de la libertad.

"*Artículo 88*. Iniciación del término prescriptivo de la pena. La prescripción de las penas se principiará a contar desde la ejecutoria de la sentencia.

"*Artículo 90*. Prescripción de penas diferentes. La prescripción de penas diferentes impuestas en una misma sentencia, se cumplirá independientemente respecto de cada una de ellas".

Ya se vio como la pena de prisión fue declarada prescrita mediante providencia de julio 7 de 1983 (fls. 45 y 102). La de interdicción de derechos y funciones públicas, prescribió en febrero de 1984 al cumplirse, independientemente de la anterior, los cinco (5) años de que trata el artículo 87 transcrito.

Así las cosas, es lógico concluir que el Alcalde electo del Municipio de Confines, Santander, no se hallaba en interdicción judicial el día de su elección, y, por consiguiente, el recurso no está llamado a prosperar.

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

Falla:

Confírmase la sentencia de agosto 24 de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se denegaron las peticiones de la demanda contra la elección del Alcalde Municipal de Confines, Santander.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE.— Inhabilidades. CONTRATO.

Pese a referirse la causal de inhabilidad invocada a "contrato de cualquier naturaleza", en tratándose de empleado oficial debe alegarse la causal relacionada con esa calidad, por ser previsión específica, dejando la del aparte final de la norma para cuando el contratista no asume ese status jurídico.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente número E-0222. Actor: Alvaro De La Ossa Troncoso. Apelación de la sentencia de fecha septiembre 1º del año en curso, proferida por el honorable Tribunal Administrativo de Sucre.

Se conoce, por apelación, de la sentencia fechada a primero (1º) de septiembre del año en curso, en virtud de la cual el honorable Tribunal Administrativo de Sucre denegó la nulidad de la declaratoria de elección del señor Carlos Alberto Canchila Barrios como Alcalde del Municipio de Corozal, para el período comprendido entre el 1º de junio de este año y el 31 de mayo de 1990.

Cumplido el ritual de la segunda instancia se procede a desatarla, toda vez que no se observa en lo actuado motivo alguno de invaliez.

Antecedentes:

I. *Fundamentos de la acción incoada.* El señor apoderado del actor demanda la nulidad del acto por el que los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral, para el Departamento de Sucre, declararon la elección del prenombrado Carlos Alberto Canchila Barrios como Alcalde de Corozal, solicitando que, consecuentemente, se ordene la práctica de nuevo escrutinio con exclusión de los votos consignados en favor de aquél, para efectuar la elección de quien deba sustituirlo en ese cargo.

Sostiene, al efecto, que la declaratoria de elección demandada es inválida, por cuanto el señor Canchila Barrios se hallaba inhabilitado, para ser elegido Alcalde de Corozal en las elecciones de 13 de marzo de este año, en razón de haber celebrado "...contrato de trabajo con esa entidad —la Caja Nacional de Previsión, seccional Sucre, complementa la Sala—, para la prestación del servicio de médico en el Muni-

cipio de Corozal y que dichos servicios se prestaron hasta el 31 de diciembre de 1987..." Y agrega "...el contrato que se adjunta a la demanda, suscrito entre él y la Caja Nacional de Previsión Social de Sucre-Sincelejo (sic), vigente hasta el 6 de enero de 1988, es decir que dicho contrato se encontraba vigente dentro de los tres (3) meses anteriores a su elección como Alcalde del Municipio de Corozal; encontrándose en esta forma dentro de la causa (c) de inhabilidad a que se ha hecho referencia, norma que se ha invocado igualmente como disposición violada y que es materia de análisis del concepto de violación (parágrafo 2º del art. 1º de la Ley 49 de 1987)..." (fl. 8 fte.).

Al indicar las normas violadas armoniza el literal e), artículo 5º de la Ley 78 de 1986, con el parágrafo segundo, artículo 1º de la Ley 49 de 1987, concluyendo por sostener que al tenor de esas disposiciones:

> "...son tres las causales de la inelegibilidad para ser Alcalde de un municipio:
>
> "'a) Quien como funcionario dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección halla (sic) ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar';
>
> "'b) Quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección, se halla (sic) desempeñado como empleado oficial';
>
> "'c) Quien halla (sic) celebrado por sí o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse en el respectivo municipio'.
>
> "'Dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección'.
>
> "Evidentemente nos encontramos en el caso de que el señor Carlos Alberto Canchila Barrios, ha violado los artículos anteriores citados, de acuerdo a las pruebas relacionadas dentro de la demanda y se encuentra dentro de la causal (c), señalada, es decir, la que hace referencia a 'quien halla (sic) celebrado por sí o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizados (sic) de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse en el respectivo municipio...' (fl. 7 fte.)".

Como medios probatorios acompañó copia auténtica del acta de escrutinio, según la cual, con fecha 22 de marzo de este año, los Delegados del Consejo Nacional Electoral para la circunscripción electoral de Sucre declararon la elección de Carlos Alberto Canchila Barrios, como Alcalde de Corozal para el período de 1º de junio de 1988 al 31 de mayo de 1990. También, copia auténtica de los documentos que acreditan la inscripción y aceptación de la candidatura del señor Canchila Barrios a Alcalde de Corozal para el período legal aludido; certificado original, suscrito el 9 de marzo de este año por el señor William Atencia López en su condición de Director de CAJANAL seccional Sucre, según el cual el doctor Carlos Alberto Canchila Barrios "...estuvo vinculado a esta entidad mediante contrato de trabajo des-

de el 6 de enero de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1987..." desempeñándose como médico en el Municipio de Corozal con asignación de $ 15.978.75 hora ..., sueldo que devengó hasta el 31 de diciembre de 1987; y copia autenticada del contrato número 052 de "arrendamiento de servicios" celebrado el 6 de enero de 1987 entre Cajanal —Seccional Sucre— y el señor Carlos Alberto Canchila Barrios, por el que éste se comprometió a prestar sus servicios profesionales en "...CLTA. Extna, Gral. y a los afiliados y pensionados de la Caja Nacional de Previsión Social en la ciudad de Corozal...", contrato vigente por doce meses contados a partir de su perfeccionamiento, según la cláusula cuarta. Es de advertir que la precitada copia a más de defectuosa, lo que en medida la hace ilegible, exhibe vacíos en las cláusulas segunda, séptima y novena, fuera de estipular en la décimaprimera que "...El presente contrato requiere certificado de disponibilidad presupuestal y el del impuesto de timbre...", sin que de ello obre comprobación (fls. 11 y 21).

II. *La contestación de la demanda.* También mediante apoderado se da respuesta al libelo demandatorio, rechazando sus pretensiones "...no tener respaldos ni en los hechos, ni en derecho, ser contradictorio y encontrarse indebidamente acumuladas...", además de proponer las acciones de "falta de causal legal para pedir la declaratoria de mal impetrada", "indebida acumulación de pretensiones" y "no agotamiento de la vía gubernativa".

La primera de esas excepciones se fundamenta en que la demanda contiene una interpretación acomodaticia de la norma legal pretensamente violada y en la mutilación de "...la verdad real de los hechos...", por cuanto respecto de la causal de inhabilidad que se aduce "*...la ley no dice quien (sic) haya celebrado contrato y se encuentre dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección,* simplemente la ley prohíbe la celebración del contrato en el espacio de tiempo anterior a las elecciones de tres (3) meses, y más..." (fl. 55 rayas del texto transcrito). También, que el contrato administrativo en mención nunca alcanzó perfección, por lo que la relación del doctor Canchila Barrios con Cajanal no fue de derecho si no de hecho, relación que concluyó el 1º de diciembre de 1987 cuando aquél renunció expresamente a ella, y en la que su renuncia fue aceptada.

En cuanto a la segunda sostiene que las peticiones de la demanda no son acumulables, máxime cuando de declararse la nulidad de la elección demandada no cabría ordenar nuevo escrutinio sino la convocatoria a nueva elección.

Y respecto del no agotamiento de la vía gubernativa sostiene que el actor no impugnó los escrutinios municipal y departamental, no obstante haber sido candidato a la Alcaldía de Corozal para el mismo período.

Como pruebas, además de tachar de falsa la certificación del Director de Cajanal —Seccional Sucre— expedida el 9 de marzo de este año, en la que se afirma haber estado el doctor Canchila Barrios vinculado a esa entidad hasta el 31 de diciembre de 1987, solicitó tener como tales certificación del mismo Director de la Seccional de Cajanal, según la cual aquél presentó cuentas de cobro sólo hasta noviembre

de 1987; copia de la carta de renuncia del doctor Canchila a su contrato con Cajanal "...a partir de la fecha...", o sea, de 1º de diciembre de 1987 y comunicación, también de 1º de diciembre de 1987 por la que el médico coordinador de la aludida Seccional acepta esa renuncia "...a la fecha..." Y copia auténtica de un certificado expedido en idioma inglés a Carlos Alberto Canchila Barrios, con fecha de 11 de diciembre de 1987. Pidió, también, recepcionar algunos testimonios respecto de los hechos de la demanda y las excepciones.

III. *La sentencia objeto del recurso.* Con apoyo en la circunstancia de haber estado el doctor Carlos Alberto Canchila Barrios vinculado a la Caja Nacional de Previsión Social —Seccional Sucre— mediante contrato de prestación o arrendamiento de servicios profesionales celebrado el 6 de enero de 1987, que no por contrato de trabajo, concluyó el Tribunal *a quo* denegando las pretensiones de la demanda, por estimar que la inhabilidad prevista en el aparte final del literal e), artículo 5º de la Ley 78 de 1986, con la modificación de ese precepto por la Ley 49 de 1987 en su artículo 1º parágrafo segundo, versa exclusivamente con la celebración de contrato en los tres (3) meses anteriores a la elección, que no a su ejecución o cumplimiento en el mismo término. Sustenta esa conclusión en las reglas de hermenéutica consagradas en los artículos 27 y 28 del Código Civil y en el principio democrático de igualdad legal, que en materia electoral conduce a interpretar en forma restrictiva, no extensiva, las disposiciones que, al establecer inhabilidades, restringen la capacidad de todo ciudadano a ser elegido en votación popular.

Y a mayor abundamiento, para señalar que tampoco se da respecto del doctor Canchila Barrios la causal de inhabilidad fundamentada en el desempeño de empleo oficial dentro de los tres (3) meses anteriores a su elección como Alcalde de Corozal, consigna los siguientes razonamientos:

> "...en el proceso no se demostró plenamente que el doctor Canchila Barrios hubiese estado vinculado a la administración pública por medio de contrato de prestación de servicios con posterioridad al mes de noviembre de 1987, puesto que aunque obra en el expediente una certificación suscrita por '...el Director de la Caja Nacional de Previsión Seccional Sucre, en la que se lee que el salario devengado se causó hasta el 31 de diciembre de 1987', durante la inspección judicial practicada por el suscrito Magistrado ponente en las dependencias de esa entidad en esta ciudad, se pudo comprobar que la última cuenta pagada al doctor Canchila, fue la número 9824 correspondiente al mes de noviembre de 1987, por la suma de $ 47.396.25. La cuenta número 9825 que podría ser la del mes de diciembre, sólo se encontró relacionada en el libro radicador, lo cual indica que no fue pagada, y que fue explicada esa circunstancia por el empleado encargado de tramitar dichas cuentas en el sentido de que la cuenta número 9825 le fue devuelta al beneficiario, doctor Canchila, por aparecer repetida la del mes de noviembre. En resumen, se constató que sólo se le pagaron honorarios por sus servicio profesionales hasta el mes de noviembre de 1987, con lo cual queda totalmente desvirtuado lo que se afirma en el mencionado certificado del Director Seccio-

nal que obra a folio 12 del cuaderno principal, que por lo demás, es inexacto cuando habla de 'sueldo devengado' siendo que se trataba de un contratista, y por lo tanto no podía devengar sueldo sino honorarios, los cuales se le cancelaban por cuentas de cobro, tal y como se había pactado en la cláusula segunda del contrato referenciado. El certificado aludido, presenta otra irregularidad, cual es la de que atestigua que el demandado estuvo vinculadc a la Institución por medio de contrato de trabajo, cuando lo cierto es que está plenamente demostrado que su relación fue la de contratista de prestación o arrendamiento de servicios lo cual lo hace, a juicio de la Sala, poco creíble, y en consecuencia, por este aspecto, tampoco prosperan las peticiones de la demanda.

"Por último, observa el Tribunal que obran en el expediente, tres fotocopias informales de las órdenes médicas números 23473, 23474 y 23472 de fechas enero 13 de 1988 las 2 primeras y diciembre 23 de 1987, la última, las cuales fueron aportadas por el señor apoderado del actor, durante la diligencia de inspección judicial llevada a cabo en las oficinas de la Caja Nacional de Previsión en esta ciudad, y posteriormente fue reconocida la firma puesta en cada una de ellas por el doctor José Quiroz Cárdenas, pero que por ese hecho no puede tampoco tenerse como plena prueba de que el doctor Canchila Barrios hubiera estado vinculado contractualmente a Cajanal en las mencionadas fechas, primero, porque como se dejó establecido, no se demostró en el proceso que se le hubieran cancelado emolumentos en razón del contrato de prestación de servicios durante el mes de diciembre de 1987, y mucho menos en el de enero de 1988; y por otra parte, la firma del doctor Canchila no fue reconocida por él, y en consecuencia, dichos documentos no pueden hacer prueba contra él, puesto que, como se sabe, no están revestidos de autenticidad" (fls. 103 a 105).

IV. *Del recurso interpuesto.* Alega el recurrente que la inhabilidad prevista en la norma, en su concepto violada por la elección que pide invalidar, no puede deducirse sólo de la celebración de contrato dentro de los tres meses anteriores a la elección, como lo entendió el *a quo*, sino en la vigencia del mismo durante ese término, "...toda vez que tiene más trascendencia o influencia para cambiar la libre voluntad de elegir los contratistas que venían atados a la administración mediante un contrato de cualquier naturaleza, lo que busca la norma es que esta clase de personas se encuentren moralmente desvinculados de la administración pública. De tal manera que no podemos acogernos al tenor literal de las normas citadas sino hay que consultar su espíritu" (sic. fl. 108).

Pero también sostiene que el doctor Canchila Barrios si estuvo vinculado a Cajanal Seccional Sucre "...por medio de un contrato de prestación de servicios, con posterioridad al mes de noviembre de 1987...', en prueba de lo cual aduce el contrato que por el término de doce (12) meses celebraron aquéllos el 6 de enero de 1987, la certificación del Director de dicha Seccional que acompañó a la demanda y tres fotocopias de recetas médicas de la Caja, fechadas una de ellas a diciembre 23 de 1987, y las otras dos a 13 de enero de 1988, que allegó en la diligencia de inspección judicial a las oficinas de la prenombrada Seccional.

V. En el trámite del recurso el apoderado del opositor alegó acogiéndose a las conclusiones de la sentencia impugnada, estimándola apoyada en los hechos acreditados procesalmente, y en la interpretación que, con estricta lógica jurídica, hizo el *a quo* de la norma pretensamente infringida.

A su vez el señor Fiscal Séptimo colaborador, en extenso y detallado análisis de la situación debatida en el proceso, conceptuó en términos que la Sala acoge parcialmente. Así dice:

"Consideraciones de la Fiscalía:

"1ª En razón de la supuesta inhabilidad personal que se le endilga al doctor Canchila Barrios, nula no sería supuestamente el acta de escrutinios como tal sino el acto o declaratoria de elección contenido en élla (sic).

"De todas maneras, las consecuencias jurídico electorales de una tal declaratoria de nulidad por inhabilidad personal del elegido no son las de dar lugar a nuevo escrutinio sino que, al originarse una (falta absoluta) antes de un año de efectuada la elección, correspondería convocar a nuevas elecciones (Ley 78 de 1986, arts. 13 y 20).

"2ª Ciertamente, el doctor Canchila no estaba vinculado a la Administración por una relación de derecho público que diera lugar a considerarlo como empleado oficial, sino por un contrato administrativo de prestación de servicios profesionales y no tenía por tanto la calidad de empleado oficial sino de contratista. Tal como la Sala lo sostuvo en reciente pronunciamiento, una vinculación de tal naturaleza no termina por (renuncia) sino por mutuo disentimiento de las partes, tal como se deshace entre las partes cualquier contrato que las ligue (fallo de octubre 14 de 1988, expediente 6805, Magistrado ponente doctor Miguel González Rodríguez). Un contrato así termina entre las partes cuando ambas manifiestan su voluntad de concluirlo o reciliarlo, (sic), situación que en este caso se dio cuando el doctor Canchila presentó su 'renuncia' el día 1º de diciembre de 1987 (fl. 63) y el Médico-Coordinador de la Caja Nacional de Previsión se la aceptó en la misma fecha (fl. 64). Esta es, pues, la fecha cierta para dar por concluida la relación administrativa de servicios profesionales que existió entre el médico Canchila y 'Cajanal', fecha que por cierto ha sido la postulada desde el principio por el opositor y la ratifica el certificado de 'Cajanal' que adujo el demandado (fl. 62), certificado éste expedido el 10 de mayo de 1988 y que sin duda acredita el error de un mes que se cometió en el que se expidió al actor y éste trajo al expediente (fl. 12), ya que el primero es el que concuerda con los resultados de la inspección judicial (fls. 9 y 10 del cuaderno de pruebas).

"Dado que la elección popular de Alcaldes se llevó a cabo el 13 de marzo de 1988, salta a la vista que corrieron más de tres meses entre ambas fechas y que por tanto el opositor no estaba inhabilitado por su vinculación y no lo estaba ni siquiera en el evento de que se lo reputase empleado oficial.

"3ª El prementado contrato se celebró el siete (7) de enero de 1987 y por tanto habían transcurrido muchísimo más de tres meses de esa celebración cuando el doctor Canchila fue elegido popularmente Alcalde del Municipio de Corozal (Sucre). La forma estricta como el Tribunal interpretó el texto legal correspondiente a la inhabilidad invocada en la demanda es la correcta. En efecto, las normas sobre inhabilidad son 'excepcionales' o restrictivas y por tanto han de ser objeto de interpretación estricta. No significa que las normas restrictivas, como la prohibitivas en general y las punitivas o sancionatorias, no pueden extenderse analógicamente y ni siquiera interpretarse extensivamente. La ley no ha dado la pauta para que el juzgador califique las inhabilidades, sino que ha fijado o determinado en forma clara, precisa y exclusiva las causales que dan lugar a éllas (sic). Extender esas normas a situaciones análogas a las que, como alega el actor, exista la misma o parecida razón, puede considerarse (razonable) desde un punto de vista general pero no es compatible con la ley estricta. No se trata en verdad de un caso en que el texto legal sea irracional o caprichoso, sino de una de aquellas situaciones que la ley ha querido regular, en forma directa, expresa y taxativa, de suerte que no le es dado al intérprete ampliar su cobertura de pisar terrenos de creación vedados para él y reservados privativamente al legislador. Por cierto que en el orden jurídico estas prohibiciones de analogía no son raras y, por el contrario, en el terreno de las prohibiciones (como en el fondo lo son las normas sobre inhabilidades) y sanciones (como de veras lo son las normas que prevén o imponen nulidades) resultan a sólo saludables sino también imprescindibles en un estado de derecho para preservar la seguridad jurídica. Si (lo que no está prohibido está permitido), el caso que no encuadre exactamente en la prohibición no está prohibido y la situación que no ensamble con precisión en la causal de nulidad prevista en la ley no acarrea nulidad, aunque en una y otra hipótesis haya mucha semejanza con la razón final de la norma (donde hay la misma razón debe existir la misma disposición) es un principio general que sigue siendo válido, pero su validez está limitada a los campos en que la analogía no esté prohibida por la propia ley, como lo está siempre que ésta impone una interpretación estricta o restrictiva, que es la que se niega a llevar el texto más allá de su sentido natural y obvio o a extenderlo —por razones de igualdad, equidad o razonabilidad— a situaciones fácticas similares que no están expresa, directa e inmediatamente comprendidas en él.

"4ª De consiguiente, las disposiciones que el actor invoca como violadas no han sido realmente violadas, pues el señor Canchila no estaba inhabilitado, a la fecha de su elección, para desempeñarse como Alcalde Municipal. En efecto, ya habían pasado más de tres meses desde que dejó de prestar sus servicios médicos, como contratista, a la Seccional correspondiente de 'Cajanal', y más de un año desde que había celebrado con la misma entidad el contrato a que los autos se refieren.

"5ª La extensión, por el actor, de los motivos de la presunta nulidad con base en que el médico Canchila ejerció su cargo en

'Cajanal' con posterioridad al 31 de diciembre de 1987, fue algo que el actor no incluyó en el libelo original sino en actos posteriores y por esto las fotocopias de documentos con los cuales pretendía acreditar ese ejercicio las aportó hábilmente en el curso de la inspección judicial. Esa 'corrección' o 'precisión' de los datos originales de la demanda se debió sin duda a la réplica del demandado de que su renuncia fue aceptada el 1º de diciembre y solamente cobró honorarios hasta el 30 de noviembre de 1987, pero resulta inadmisible porque contraría las reglas del orden, la lealdad, (sic), la igualdad y la preclusión de las etapas del proceso administrativo. Aún si hubiesen sido reconocidas por el opositor en su firma y en su contenido —que no lo fueron—, esas fotocopias no probarían que aquél ejerció un cargo que ya no tenía o ejecutó actos de ejecución de un contrato ya finiquitado, sino que expidió esas prescripciones facultativas oficiales sin facultad legal ni contractual para hacerlo y por tanto indebida o abusivamente, lo que por cierto podría producir contra él cualquier otro efecto eventual, pero de ninguna manera el de inhabilitarlo para ser elegido Alcalde durante los tres meses siguientes. Lo que inhabilita, según la ley, es ser empleado oficial o celebrar contrato durante ese tiempo, no el simular esporádicamente la supervivencia de una ya extinguida calidad de empleado o de contratista" (fls. 130 a 134).

Consideraciones:

Acogiendo el concepto transcrito del colaborador del Ministerio Público pero sólo en lo atañedero a la no concurrencia en el opositor de la causal de inhabilidad fundamento de la demanda, debe la Sala hacer algunas precisiones acerca de lo que es materia del contencioso.

I. Respecto del contrato de "arrendamiento de servicios" celebrado entre Cajanal y el doctor Canchila Barrios, aunque el apoderado de éste le formula objeciones para afirmar que nunca alcanzó a perfeccionarse, por incumplimiento de requisitos de la contratación administrativa, lo innegable es que las partes lo cumplieron y el profesional en mención percibió los honorarios correspondientes a los servicios prestados.

Además, en sede electoral no es dable examinar la validez del aludido contrato, como que la competencia para ello correspondería a otra corporación de lo contencioso administrativo. En tal virtud, es necesario partir del supuesto de la plena validez de ese acto, así sea también errónea la apreciación del actor, del *a quo* y del colaborador Fiscal en esta instancia respecto de la calidad, condición o status del precitado profesional de la medicina frente a la Seccional Sucre de Cajanal por efecto de ese contrato, como que en razón a la relación funcional establecida entre el contratista y la entidad de la administración pública contratante, se impone considerar a aquél como empleado oficial, en la especie de Auxiliar contratista de la administración pública (Decretos 2400 de 1968, art. 2º, 3074 de 1968, art. 1º y Decreto reglamentario 1950 de 1973, art. 4º, así como el Decreto 222 de 1983, Capítulo 11, art. 165).

Pero este aspecto no tiene incidencia en la cuestión debatida, por cuanto la demanda de nulidad de la declaratoria de elección del doctor Canchila Barrios se fundamentó, exclusiva y reiteradamente, en la inhabilidad resultante de la celebración de contrato de cualquier naturaleza "...con entidades u organismos del sector central y descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio...", que no en la causal constituida por el desempeño de empleo oficial dentro del mismo término de tres meses anteriores a la elección, siendo así que por la condición resultante del contrato de "arrendamiento" o "prestación de servicios" el doctor Canchila Barrios era empleado oficial y, por ende, la causal alegable debió ser esta última, de haberse acreditado que laboró al servicio de la entidad oficial en los tres meses anteriores a la elección de 13 de marzo próximo pasado.

Bueno es anotar, por este respecto, que pese a referirse la causal de inhabilidad invocada por el actor a "contrato de cualquier naturaleza", en tratándose de empleado oficial debe alegarse la causal relacionada con esa calidad, por ser previsión específica, dejando la del aparte final de la norma en examen para cuando el contratista no asume ese status jurídico. De no ser así resultaría una doble previsión de inhabilidad en tratándose del contratista empleado oficial, lo que además de antitécnico sería inequitativo respecto de éstos.

II. Se estableció, con innegable certeza, que la relación contractual, de orden administrativo, habida entre Cajanal y el doctor Canchila Barrios se extinguió el 1º de diciembre de 1987, fecha de la renuncia al contrato por el citado profesional, y de la aceptación de ésta por el Médico Jefe de la Seccional Sucre, lo que materialmente equivale al acuerdo de voluntades de las partes para dar por terminado el contrato o la relación. Este aserto, además de respaldo en valedera prueba testimonial, cobra total certidumbre con lo observado directamente por el Magistrado que instruyó el proceso en inspección judicial, ordenada de oficio, a las dependencias de la citada Seccional de Cajanal.

III. De otra parte, aunque una más completa comprensión del proceso para elegir Alcaldes municipales, que el legislador quizo cautelar de nocivas influencias y desigualdades incompatibles con el diáfano y equitativo discurrir democrático, podría llevar a estimar conveniente extender la inhabilidad por la celebración de contrato a la ejecución o cumplimiento del mismo, dentro de los tres meses anteriores a la elección, esa determinación sólo puede hacerla el legislador, que no la jurisdicción, cuya función se limita a aplicar la norma legal vigente. Es que tratándose de norma restrictiva de la igualdad legal de los ciudadanos, para ser elegidos en votación popular, se la debe interpretar en forma estricta y no con criterio de aplicación extensiva o *ad libitum*, por cuanto ello conduciría a encuadrar dentro de la preceptiva situaciones que específicamente no contempla o regula.

IV. Finalmente, respecto de los formularios médicos allegados por el actor en el acto de la inspección judicial, no habiendo sido reconocidos por quien se afirma los expidió con posterioridad al 1º de diciembre de 1987, ningún mérito probatorio revisten para acreditar

que el doctor Canchila Barrios hubiera laborado hasta mediados de enero de este año al servicio de Cajanal. E incluso, aún reconocidos por el opositor, a lo sumo podrían dar pie a investigación de posible usurpación de funciones públicas.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, parcialmente acorde con el concepto de su colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia de fecha septiembre 1º del año en curso, por cuya virtud el honorable Tribunal Administrativo de Sucre denegó las súplicas de la demanda, encaminadas a obtener la declaración de nulidad de la elección del doctor Carlos Alberto Canchila Barrios como Alcalde Municipal de Corozal para el período 1988-1990.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada el dos (2) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Miguel González Rodríguez, Presidente de la Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

TITULO VIII

JURISDICCION COACTIVA

TITULO EJECUTIVO.— RESOLUCIONES DE ADUANA.

Las decisiones dictadas por la Administración de Aduana de Cartagena, base del mandamiento de pago, constituyen formalmente documentos válidos como títulos ejecutivos.

PROCEDIMIENTO GUBERNATIVO. JUICIO EJECUTIVO. Recursos.

La advertencia equivocada de requisitos para interponer los recursos, no constituye por sí sola demostración de la imposibilidad o negativa para otorgar o tramitar los recursos.

JUICIO EJECUTIVO.

La firmeza de los tributos ejecutivos nace de la circunstancia de haberse notificado personalmente y no haber interpuesto los recursos gubernativos.

La advertencia equivocada de requisitos para interponer los recursos, no constituye por sí sola demostración de imposibilidad o negativa para otorgar los recursos.

TITULO EJECUTIVO.

Las resoluciones de cuentas adicionales por derechos de Aduana también son títulos ejecutivos sin que sea necesaria una nueva liquidación (art. 324 Código de Aduanero).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., once de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1648. Actor: La Nación contra Comercio y Mercadeo Limitada. Jurisdicción coactiva.

Por haber quedado en firme el auto de marzo 12 de 1987 del Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales que "en el efecto devolutivo y ante el honorable Consejo de Estado" concedió el recurso de

apelación interpuesto por la parte actora, contra el mandamiento de pago proferido por dicho Juzgado el 17 de enero de 1986 y notificado personalmente al Gerente de la Compañía ejecutada el 13 de febrero de 1987, procede la Sala a resolverlo no obstante haberse presentado el día 16 de julio de 1986.

La sustentación del recurso presentada "antes" de haberse concedido el recurso (criticable en un estricto formalismo procesal), se justifica en este caso por haber encontrado el Juez del conocimiento vicios en una primera notificación del mandamiento de pago, lo cual motivó (en septiembre 3 de 1986) la anulación del primer auto que concedió el recurso, pero el cual se repitió (en marzo 12 de 1987) una vez fueron subsanadas las irregularidades de aquella notificación. El auto de marzo 12 de 1987 que está en firme, además responde a un dictado del derecho de defensa y por ello la Sala procede a atenderlo.

El auto de mandamiento de pago lo dictó el Juzgado a petición de la Administración de Aduana de Cartagena, que emitió veintitrés resoluciones (de la número 356 a la número 378) de 18 de octubre de 1985, mediante las cuales dispuso hacer exigibles valores por un total de $ 16.409.997 por concepto de derechos de Aduana dejados de percibir en la nacionalización de mercancía amparada con sendos manifiestos de 1983, allí relacionados.

Al pie de cada una de las resoluciones consta la certificación del Secretario General de la Administración de la Aduana de Cartagena en el sentido de que "la presente providencia fue notificada a los interesados *personalmente* sin que se hubiera interpuesto en término los recursos procedentes y se encuentra ejecutoriada". (la subraya es fuera del texto).

En el mismo escrito en que el señor apoderado dice proponer excepciones, manifiesta que "apelo el mandamiento de pago", basado en las circunstancias que se exponen y resuelven de una vez, así:

1º Considera el defensor que las resoluciones emanadas de la Administración de Aduanas de Cartagena "no son títulos idóneos para el recaudo que intenta el Juzgado" pues apenas constituyen un intento de notificación de cuentas adicionales que podían ser los actos administrativos válidos. Además las citadas providencias en su artículo segundo condiciona la interposición de recursos contra ellas a la "previa cancelación de la cuenta adicional", lo cual contradice el artículo 325 del Código de Aduanas (Decreto 2666 de 1984) que sólo exige garantía bancaria o de Compañía de Seguros.

Para la Sala es claro que las resoluciones dictadas por la Administración de Aduana de Cartagena, que en este caso sirvieron de base para dictar el mandamiento de pago, constituyen formalmente documentos válidos como títulos ejecutivos al tenor de lo dispuesto por el artículo 68 del Decreto 01 de 1984, puesto que son actos administrativos ejecutoriados que impusieron a favor de la Nación la obligación de pagar una suma líquida de dinero, como lo estatuye el numeral 1º.

La firmeza de tales actos se establece frente a la circunstancia comprobada en el informativo de haberse notificado personalmente

al representante legal de la compañía y al no haber ejercido en término los recursos procedentes, todo lo cual hace a tales actos de obligatorio cumplimiento al tenor de lo ordenado por los artículos 62 y 66 del Decreto 01 de 1984.

La advertencia de la procedencia de los recursos gubernativos con el cumplimiento de la "previa cancelación de la cuenta adicional" como requisito, no constituye por sí sola demostración de la imposibilidad o negativa oficial al otorgamiento o trámite de recursos, que ni siquiera fueron intentados mediante la oferta de las garantías de que trata el artículo 325 del Código de Aduanas. La circunstancia que ciertamente puede constituir una imposibilidad al ciudadano para ejercer los recursos que le otorga la ley, es la decisión misma de la Administración, materializada en una resolución que rechace o desestime el recurso por un supuesto incumplimiento de los respectivos requisitos, lo cual no sucedió en este caso, en donde simplemente se dejó pasar el término correspondiente sin intentar ningún recurso.

2º Que son las liqúidaciones de impuesto y no las mencionadas resoluciones las que constituyen verdadero título ejecutivo.

Se observa al señor apoderado que es suficiente la lectura del artículo 324 del Código Aduanero para comprender el carácter obligante de las resoluciones relativas a cuentas adicionales. Dice la norma: "Dentro del término de dos (2) años, contados a partir de la cancelación de la declaración, el administrador de la Aduana *deberá exigir* del declarante el pago de los derechos, multas o recargos dejados de percibir, cuando practicada la revisión de las actuaciones asignadas en la declaración y de la documentación que la acompaña, se determine perjuicio para los derechos de la Nación en los siguientes casos..."

La parte subrayada del texto, indica que el Administrador no debe practicar una nueva liquidación, sino en forma directa exigir del declarante el pago de la cuenta adicional, como sucedió en el presente caso con la motivación expuesta en cada una de las resoluciones.

3º La alegada falta de competencia de autoridades aduaneras, con apoyo en general en el Decreto 078 carece de objetividad frente a las normas vigentes sobre la misma materia que están dadas en el Decreto 2666 de 1984, artículos 315 y siguientes.

En resumen, para la Sala el mandamiento del pago fue correctamente librado con base en providencias administrativas en firme que conllevan ejecución y contienen una obligación clara, expresa y exigible a cargo del ejecutado.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

Confírmase el mandamiento de pago librado en estas circunstancias contra la sociedad Comercio y Mercadeo Limitada, con NIT 90.402.706, con domicilio en Cartagena.

Una vez en firme suba nuevamente al despacho para estudiar las excepciones propuestas.

Cópiese, notifíquese 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, José Ignacio Narváez García, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

JURISDICCION COACTIVA.— EXCEPCIONES. PLEITO PENDIENTE.

Las excepciones que proceden en los procesos de jurisdicción coactiva son las consagradas en el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, dentro de las cuales no figura la de pleito pendiente.

JURISDICCION COACTIVA.

Por no existir como excepción la de "pleito pendiente" la prueba tendiente a demostrarlo es improcedente.

Es distinto el fenómeno de la prejudicialidad que corresponde estudiar al Juez.

La prueba pericial para establecer hechos que ya constan en el expediente, también es improcedente.

JUICIO EJECUTIVO. PRUEBAS.

No basta solicitarlas con las formalidades legales sino deben ser procedentes y acordes con los hechos que constituyen excepciones.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diecinueve de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1296. Actor: La Nación contra Compañía de Seguros Patria S. A. Colpatria. Jurisdicción coactiva.

Procede la Sala a resolver el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la entidad ejecutada, contra el auto de 20 de mayo del año en curso, proferido por la Consejera conductora de este proceso, mediante el cual confirmó el de 6 de noviembre de 1987, que por una parte, negó librar oficio al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitándole certificación sobre la existencia de un proceso y por otra, no accedió a decertar una prueba pericial.

En la providencia motivo de súplica no se accedió a la solicitud de dicha certificación porque "el fenómeno del pleito pendiente para

el cual solicita esta prueba no es admisible como hecho exceptivo en este proceso y en cuanto concierne al peritaje porque habiéndose fijado en el contrato el valor de los elementos materia de la obligación de suministro y siendo éstos suficientemente identificables en el acta de entrega suscrita por las partes, el interventor y el competente funcionario de la Contraloría General de la República, sin objeción alguna, tal prueba resulta superflua".

Para resolver se considera:

El suplicante basa su inconformidad en que la solicitud para librar oficio al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tuvo por objeto probar la excepción de pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, solicitud hecha dentro de la oportunidad, con las formalidades y expresando los hechos en que se funda, tal como lo exigen las normas procedimentales.

Sobre este punto, la Sala encuentra que si bien es cierto que el peticionario lo hizo con las formalidades legales, tal como se acaba de anotar, también lo es que las excepciones que proceden en este tipo de procesos son las que en forma taxativa consagra el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, dentro de las cuales no figura la de "pleito pendiente", razón por la cual, mal podía el conductor del proceso tener como tal una que la ley procedimental no contempla, y aunque el solicitante inconforme la haya propuesto con las formalidades legales, no es de recibo. Lo anterior no significa que se esté resolviendo esta excepción (pleito pendiente) sino que sencillamente no procede. En consecuencia, en lo que respecta a este punto, la providencia habrá de mantenerse.

No obstante se aclara que la Sala ha considerado que la existencia de un pleito pendiente que incide en la decisión que haya de adoptarse, puede configurar causal para lograr la suspensión del proceso mientras se resuelve aquél, bajo la figura de la "prejudicialidad", regulada por los artículos 170 a 173 del Código de Procedimiento Civil, suspensión que puede decretar el Juez del conocimiento, como el Juzgado de Ejecuciones Fiscales, mediante las plenas pruebas que presente el interesado en respaldo a su solicitud.

En cuanto a la prueba pericial se observa: Este tipo de prueba, procede cuando se necesita verificar hechos que interesan al proceso que requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El señor apoderado de la entidad ejecutada la solicitó para "determinar el valor de los herrajes y elementos descritos en el acta de entrega", pero le fue denegada, como ya se dijo, porque dicho valor ya había sido fijado en el respectivo contrato de suministro y suficientemente identificado en acta de entrega suscrita por las partes, el interventor y el funcionario de la Contraloría General de la República.

No se trata como pretende el libelista de citar norma que prohíba esa prueba, sino que estando como están en el proceso, claramente fijado el valor de cada uno de los herrajes y suficientemente identificados, no ve la Sala la necesidad de decretar una prueba para establecer los mismos hechos.

Por lo anteriormente expuesto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

Resuelve:

Confírmase la providencia suplicada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, José Ignacio Narváez García, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

JURISDICCION COACTIVA.— COASEGUROS. Responsabilidad.

Cuando se pacta que entre las coaseguradoras no habrá responsabilidad solidaria frente al asegurado, no cabe invocar la presunción consagrada en el artículo 825 del Código de Comercio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintiuno de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor José Ignacio Narváez García.*

Referencia: Expediente número 2032. Actor: Departamento de Antioquia contra Sergio Serna Peláez (Suramericana de Seguros S. A.) Jurisdicción coactiva. Apelación auto de 25 de agosto de 1987 proferido por el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Antioquia. Auto.

Se decide en juicio de jurisdicción coactiva la apelación interpuesta por el apoderado de al sociedad Compañía Suramericana de Seguros S. A., contra el auto de mandamiento de pago de agosto 25 de 1987, proferido por el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Antioquia (fl. 31).

Antecedentes:

El Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Antioquia libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva a favor de la Tesorería General del Departamento y en contra de la Compañía Suramericana de Seguros S. A., por la suma de $ 1.421.779.50.

Sirvió de título ejecutivo el auto de fenecimiento número 653 de noviembre 10 de 1987 de la Administración de Rentas Departamentales del Municipio de San Rafael (Antioquia) que fue notificado a las compañías de Seguros La Previsora S. A., Colseguros S. A. y Suramericana de Seguros S. A., responsables del seguro de manejo global según póliza número 1181, sin que se hubiera interpuesto recurso alguno.

En memorial presentado en el Juzgado de Ejecuciones Fiscales el 22 de septiembre de 1987, suscrito por quienes afirman actuar a nombre de las tres compañías de seguros, se interpuso el recurso de apelación contra el mencionado auto de mandamiento de pago y se argüye que la glosa formulada por la Contraloría General de Antioquia en contra del señor Sergio Serna P., por valor de $ 1.300.000.00, no

constituye detrimento patrimonial para la entidad asegurada porque los dineros fueron remesados a la Tesorería General del Departamento en el mes de agosto de 1984, pero no se anexó el respectivo recibo de Caja y por tanto las aseguradoras no están obligadas a responder en el presente caso; que en el mandamiento de pago se desconoció el *coaseguro* y se pretende hacer efectiva la totalidad de la obligación a la Suramericana de Seguros S. A., cuando de acuerdo con lo pactado con el asegurado en la póliza de manejo número 1181, la responsabilidad de las compañías se determina así: Suramericana de Seguros 35%, Aseguradora Colseguros S. A., 35% y La Previsora S. A. 30%; y que el mandamiento de pago se libró por la suma de $ 1.421.779.50 pero la Contraloría General de Antioquia en su fenecimiento 653 de noviembre 10 de 1986 estableció un alcance por valor de $ 1.374.806.00 menos el deducible del 10%.

Se considera:

Ante todo la Sala observa que en el Anexo número 1 de la póliza número 1181 (fl. 16 del expediente) se estipuló que "las obligaciones de las compañías para con el asegurado no son solidarias"; y que "en los siniestros Suramericana de Seguros pagará únicamente la participación porcentual señalada anteriormente y además una vez recibida la participación correspondiente de las otras compañías, la entregará al asegurado sin que en ningún momento se haga responsable de un porcentaje mayor al de su participación". De ahí que en el mismo auto de fenecimiento número 653 la Contraloría General de Antioquia se expresó: "En virtud del coaseguro existente entre la compañía líder Suramericana de Seguros S. A. y las compañías coaseguradoras Colseguros y La Previsora S. A., se distribuirán las responsabilidades establecidas en la presente providencia, menos el deducible del 10% en porcentajes del 35%, 35% y 30% respectivamente".

Sin embargo, el Juzgado *a quo* en la providencia apelada libró orden de pago por suma superior al alcance real y únicamente contra la Suramericana de Seguros S. A. sin tener en cuenta la cláusula de coaseguro y la pauta trazada en el fenecimiento de la Contraloría. Y como el artículo 1095 del Código de Comercio autoriza estipulaciones como las ya reseñadas, pues dispone que en virtud del coaseguro "dos o más aseguradoras, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro", es evidente que cuando se pacta que entre las coaseguradoras no habrá responsabilidad solidaria frente al asegurado, no cabe invocar la presunción consagrada en el artículo 825 del Código de Comercio.

Esta consideración basta para modificar el auto apelado ya que no se libró contra las tres compañías aseguradoras en los porcentajes pactados en la póliza de seguro de manejo global número 1181 y que indicó el título que sirvió de base a la orden de pago, vale decir el fenecimiento número 653 de la Contraloría Departamental de Antioquia.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

Modificar el mandamiento de pago librado por el Juzgado de Ejecuciones Fiscales del Departamento de Antioquia contra la Compañía Suramericana de Seguros S. A., en el sentido de ajustarlo al fenecimiento número 653 de fecha 10 de noviembre de 1986 dictado por la Contraloría General de Antioquia que dispuso: "La Compañía Suramericana de Seguros S. A. y las coaseguradoras Colseguros y La Previsora S. A. responden en cuantías de un millón trescientos setenta y cuatro mil ochocientos seis pesos ($ 1.374.806.00) moneda legal menos el deducible del 10%, en porcentajes del 35%, 35% y 30% respectivamente". En consecuencia, la orden de pago en mención es por la suma de cuatrocientos treinta y tres mil sesenta y tres pesos con ochenta y nueve centavos ($ 433.063.89) equivalente al 35% del monto del alcance o sea $ 481.182.10 menos el deducible del 10% ($ 48.118.21).

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente a la oficina de origen y cúmplase.

Se deja constancia que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, José Ignacio Narváez García, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

JURISDICCION COACTIVA.— ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. FERROCARRILES NACIONALES.

Para que Ferrocarriles Nacionales pudiera gozar de los privilegios y prerrogativas procesales de la Nación, sería necesaria norma expresa que así lo consagrara, precisamente por tratarse de empresa industrial y comercial del Estado según la determinación de su naturaleza de entidad descentralizada del orden nacional que hace el artículo 1º del Estatuto Orgánico de los Ferrocarriles Nacionales.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., seis de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente número A-012. Recurso de anulación contra la sentencia de excepciones proferida el 11 de julio de 1986 por la Sección Cuarta. Actor: La Nación.

Los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por conducto de apoderada especial y dentro del término que preveía el artículo 196 del Código Contencioso Administrativo, interpuso recurso extraordinario de anulación, vigente entonces, contra la sentencia proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo que declaró no probada la excepción, denominada por quien la propuso de "imposibilidad de ejecución", en el incidente tramitado en proceso ejecutivo singular de mayor cuantía que por jurisdicción coactiva le adelanta la Nación.

Admitido el recurso mediante providencia de octubre siete (7) de mil novecientos ochenta y seis (1986), sin que se hubiera fijado caución a la recurrente por tratarse de "...una entidad de derecho público..." (fl. 69), después de accidentado curso originado en el rechazo de la ponencia redactada por el Consejero a quien le correspondió en reparto y en la negativa de quien le seguía en turno, por orden alfabético, para redactar la nueva ponencia con expresión del criterio mayoritario, pues que adujo desconocerlo por no haber participado en la respectiva sesión de la Sala, se efectuó otro reparto del asunto con fecha 2 de junio del año en curso.

Antecedentes:

I. De la excepción propuesta en el proceso ejecutivo. Se la sustentó argumentando que no puede adelantarse proceso ejecutivo te-

niendo como parte demandada a la empresa de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por cuanto siendo ella de propiedad de la Nación goza de los mismos privilegios que la ley otorga a ésta, entre los cuales, precisamente, el de no ser ejecutable por mandato del artículo 336 del Código de Procedimiento Civil. Se apoyó ese criterio en las previsiones de los Decretos 3129 de 1954 y 1242 de 1970, concernientes al régimen legal y estatuto orgánico de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

II. La sentencia recurrida. Mediante sentencia de julio 11 de 1986, visible a folios 54 y siguientes, la Sección Cuarta de esta Sala declaró no probada la excepción, argumentando que los Ferrocarriles Nacionales de Colombia "...de acuerdo con el artículo 1º del Decreto número 1242 de 1970, son una empresa industrial y comercial del Estado, sujeta a las disposiciones del Decreto-ley número 3130 de 1968, según el cual tales entidades quedan en principio sujetas al derecho privado. Para que pudiera gozar de los privilegios y prerrogativas de la Nación, como lo pretende el apoderado de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, sería necesario norma expresa que así lo consagrara. No existe en el Decreto legislativo número 3129 de 1954 la disposición que adujo la excepcionante, y por ello el medio de defensa argüido no está llamado a prosperar. Por lo demás los actos que sirven de título ejecutivo aparecen notificados por edicto y debidamente ejecutoriados..." Se dispuso, entonces, continuar la ejecución.

El recurso extraordinario:

La anulación impetrada se fundamenta en pretensa violación del artículo 26 de la Constitución Nacional y del artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, "...tomada esta norma como transgredida en el carácter de violación de medio y aplicada indebidamente por la Corporación; como también la violación del Decreto 1242 de 1970..." (fl. 60 fte.).

Y como explicación de la incidencia de la violación de las aludidas normas en la sentencia impugnada, manifiesta el recurrente:

A) Que pese a estatuir el artículo 197 del Decreto 01 de 1984 "...como causal de anulación la violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva, debe entenderse que cuando por infracción de normas de carácter procedimental se llega a la transgresión de las que revisten las calidades exigidas en el artículo citado, es procedente la acusación en aras de proteger el principio constitucional del debido proceso y de reconocer que las normas de carácter objetivo no siempre comportan esta calidad, sino que regularmente participan de un doble carácter en cuanto establecen para los administrados derechos de índole superior, como pueden ser el de acción, excepción, de contradicción y retención de la prueba, etc....", (sic)";

B) Que violó el Consejo el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, en el que se apoya la excepción, así como no observó lo previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto ordena que la sentencia debe ser acorde con las pretensiones

de la demanda y "...con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas"; también, que al no reconocer probada la excepción propuesta ignoró el precepto del artículo 306 del mismo Código;

C) Violación del Decreto 1242 de 1970 en sus artículos 21, 22 y 23.

Respecto de los últimos dos cargos expresa que el Consejo negó la excepción "...basándose en que en el Decreto legislativo 3129 de 1954 no existe disposición clara o exacta que (la) fundamente...", —paréntesis del Despacho—, lo que es cierto, pues dicho decreto no contiene norma expresa que dé a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia calidad igual a la de la Nación para gozar de los beneficios de ésta; en cambio, el Decreto 1242 de 1970 sí estipula: 1. El patrimonio de los Ferrocarriles Nacionales está conformado por apropiaciones correspondientes del presupuesto nacional; 2. La elaboración del presupuesto de los Ferrocarriles Nacionales se realiza en colaboración con la Oficina de Plancación del Ministerio de Obras Públicas y el Departamento Administrativo de Planeación Nacional, siendo anexo al Presupuesto Nacional; 3. La Contraloría General de la República ejerce vigilancia sobre la gestión fiscal de la empresa y 4. El Congreso de la República examina ese presupuesto anexo y las sumas del presupuesto nacional apropiadas para los Ferrocarriles se deben consignar en la Tesorería General de la República (arts. 21, literal b), 22 y 23 del Decreto 1242 de 1970), de lo cual infiere que los Ferrocarriles Nacionales "...son de propiedad nacional..."

Consiguientemente, agrega, "...Si la entidad que apodero a) es de propiedad nacional; b) su presupuesto es anexo del nacional; c) se realiza con la venia de una entidad pública; d) se conforma con aportes del presupuesto nacional, mal podríamos desconocer su calidad de pública y no darle el trato que se le da a la Nación". "De lo anterior debo concluir...que los Ferrocarriles Nacionales de Colombia no pueden ser sujeto demandable en proceso ejecutivo ante Juzgados de Ejecuciones Fiscales o ante Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, porque con ello se estaría demandando a la Nación lo que no es factible como expuse, ya que estaría desangrando el propio presupuesto nacional..." (fl. 64 fte.).

Consideraciones de la Sala:

Examen del primer cargo. El recurso extraordinario de anulación sólo es procedente por infracción directa de la Carta Política o de ley sustancial. Por ello no es aceptable la extensión que la recurrente pretende dar al recurso, cuando afirma que no obstante determinar el artículo 197 del Decreto 01 de 1984 que la causal de anulación sólo puede darse por violación directa de la Constitución Política o de la ley "sustantiva", también cabe "...cuando por infracción de normas de carácter procedimental se llega a la transgresión de las que revisten las calidades exigidas en el artículo citado...en aras de proteger el principio constitucional del debido proceso...", porque entonces se trataría de violación indirecta de la Carta Política por violación de normas procedimentales, lo que está por fuera de las causales de anulación. Es que el principio del debido proceso, válido para todos

los procesos judiciales, está cautelado como causal de nulidad cuando se lo vulnera, siendo objeto de trámite incidental y no del recurso extraordinario de anulación que estatuía el Decreto 01 de 1984, para los procesos contencioso administrativos, hasta la expedición del Decreto extraordinario número 597 de abril 5 del año en curso.

Por ello no prospera el cargo en cuestión.

Segundo cargo. Su análisis impone determinar la naturaleza jurídica del ente Ferrocarriles Nacionales de Colombia, como premisa menor del juicio.

Al respecto se tiene: Aspecto fundamental de la reforma constitucional y administrativa de 1968 es el que ponen de presente los artículos 60, 76 ordinales 9 y 10; y 120 ordinal 5º de la Carta, al dar entrada al concepto de entidades descentralizadas —adscritas o vinculadas— al Estado, y que en lo que atañe a sus relaciones de orden jurídico lo preceptúan los Decretos 1050 y 3130 del mismo año.

Ellas son los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, todas con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y sujetas al control o tutela del Gobierno.

Pero mientras los primeros atienden funciones públicas o administrativas utilizando patrimonio oficial y sometidos al derecho público, las segundas, como su nombre lo indica, desarrollan actividades industriales y/o comerciales, con capital totalmente oficial o público, sometidas al derecho privado salvo las excepciones que consagra la ley. Las terceras, por su parte, surgen de contratos de asociación del Estado con particulares, en el que aquél y éstos participan en diversa proporción en el aporte de capital. Sus actividades son de naturaleza industrial o comercial y están sujetas al derecho privado, en particular a las normas del Código de Comercio. También, sólo por excepción legal expresa se aplica el derecho público a algunas de sus actividades.

En otras palabras, mientras los establecimientos públicos son parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional, pues así lo determina el artículo 1º del Decreto-ley 1050 de 1968, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta apenas tienen la calidad de organismos vinculados a la Administración.

La proximidad al Estado de los primeros es resultado de su origen, funciones, organización y recursos, determinando para ellos un régimen jurídico que, en principio, les atribuye los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación (art. 43 del Decreto extraordinario 3130 de 1968).

A ese respecto el ilustre tratadista Jaime Vidal Perdomo expresa:

> "...La consecuencia fundamental de calificar una institución como establecimiento público es la de que el régimen jurídico aplicable es el derecho público. Como parte integrante de la administración, la entidad descentralizada se halla sometida al conjunto de principios que reglan la actividad de esta, y el derecho privado, que rige la conducta de las personas naturales o jurídicas

privadas, le es extraño, salvo en aquello que su estatuto propio haya dispuesto, o sea, el que corresponde a la naturaleza de algunos de los actos que celebre..."

"Según puede observarse, existe un propósito de acercamiento del régimen jurídico de los establecimientos públicos al que es típico de la administración pública; por el contrario...el régimen de las empresas industriales y las sociedades de economía mixta, sobre todo el de estas últimas, se coloca en el otro extremo de la cercanía al derecho privado o de las entidades y personas particulares..." (Derecho Administrativo, 4ª edición, págs. 85 y 86).

En cambio, respecto de las empresas industriales y comerciales del Estado, el artículo 6º del Decreto 1050 de 1968 estipula que "...son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características: a) Personería Jurídica; b) Autonomía administrativa; c) Capital independiente constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

Así, pues, las empresas industriales y comerciales del Estado están sujetas, salvo excepción expresa de la ley, al régimen del derecho privado, contándose entre tales excepciones: a) La concerniente al control de tutela del poder central sobre las entidades descentralizadas; b) La autorización para estipular la cláusula de caducidad en el régimen contractual; c) Las específicas funciones administrativas que les asigna la ley, que por mandato del artículo 31 del Decreto 3130 de 1968 quedan sujetas a la competencia de la jurisdicción administrativa; d) Lo atañedero al régimen laboral de quienes allí trabajan, que por disposición del artículo 5º del Decreto extraordinario 3135 de 1968 son calificados como trabajadores oficiales, salvo aquellas personas que por mandato estatutario tienen la calidad de empleados públicos; e) Lo de los estatutos de personal de dichas empresas, que debe aprobar el Gobierno nacional.

Ahora bien: Como acertadamente lo expresó la sentencia recurrida, para que la entidad demandada en el ejecutivo en cuestión pudiera gozar de los privilegios y prerrogativas procesales de la Nación sería necesaria norma expresa que así lo consagrara, precisamente por tratarse de empresa industrial y comercial del Estado según la determinación de su naturaleza de entidad descentralizada del orden nacional que hace el artículo 1º del Decreto 1242 de 1970, Estatuto Orgánico de los Ferrocarriles Nacionales.

El cuidadoso examen de esa normatividad deja en claro que en parte alguna consagra a favor de la empresa los privilegios otorgados

a la Nación en cuanto a inejecutabilidad. Por el contrario, el capítulo V del aludido Decreto, atañedero al "Régimen jurídico de los actos y contratos" de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, dispone:

"Artículo 24. Los actos que la empresa realice para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia.

"Artículo 25. Los contratos que celebre la empresa para el desarrollo de sus actividades no están sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades que la ley exige para los del Gobierno.

"Las cláusulas que en ellos se incluyan serán usuales para los contratos entre particulares..."

Por consiguiente, la Sección Cuarta no incurrió en infracción directa, por indebida aplicación, del artículo 336 del Código de Procedimiento Civil cuando dispuso adelantar la ejecución, precisamente porque dicha norma consagra un privilegio o prerrogativa a favor de la Nación, que no de las empresas industriales y comerciales del Estado. No sobra anotar que como ese artículo 336 consagra un privilegio o prerrogativa a favor de una persona jurídica, en ese caso la Nación, tiene carácter de disposición sustancial y no de mero procedimiento, no obstante hallarse en estatuto de ese régimen.

Tercer cargo. En cuanto a las normas del Decreto 1242, que también se afirma objeto de infracción directa, no existiendo la expresa excepción de inejecutabilidad de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en modo alguno podría enervar la ejecución el que la empresa sea de propiedad de la Nación, o que su presupuesto se constituya en parte con apropiaciones del Presupuesto Nacional o que el respectivo proyecto de presupuesto tenga que ser elaborado con el concurso de la Oficina de Planeación del Ministerio de Obras Públicas y el Departamento Administrativo de Planeación Nacional.

Lo incontrastable es que expresamente no se otorgó a los Ferrocarriles Nacionales el privilegio legal de inejecutabilidad establecido a favor de la Nación, por lo que la sentencia recurrida en modo alguno pudo violar los artículos 21, 22 y 23 del Decreto mencionado. Por ello tampoco prospera el cargo.

No sobra agregar que la pretensa violación de los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil no es atendible, por tratarse de preceptos no sustanciales sino de procedimiento.

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

Falla:

No se accede a decretar la anulación de la sentencia de excepciones recurrida.

Cópiese, comuníquese, notifíquese y cúmplase. Devuélvase el expediente a la Sección Cuarta de la Corporación.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del seis (6) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Antonio José de Irisarri Restrepo, Ausente; *Jaime Abella Zárate, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Aydée Anzola Linares,* Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Guillermo Benavides Melo, Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado,* Ausente; *Clara Forero de Castro,* Ausente; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, José Ignacio Narváez García, Jorge Penen Deltieure, Carlos Ramírez Arcila, Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos,* Ausente; *Julio César Uribe Acosta,* con Aclaración de voto.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

Consejo de Estado.—

Aclaración de voto del Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Número A-012. Actor: La Nación contra Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

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, enseña 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,* mientras 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 no concuerde con tales preceptos seguirá en vigor mientras no sea revo-*

cada 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 Universitario 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 CONTRADICCION 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 re-

currir de ella mediante los recursos procesales de apelación o 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 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 *JURIDICAMENTE HABILITADA*, por esta norma subsidiaria que SCHREIER ha llamado norma de *HABILITACION*...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 HABILITACION 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 CONVICCION 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 siguientes).

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 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 ORGANO AUTORIZADO AL EFECTO.* Con terminología que, aunque no es propia de Kelsen, resulta, expresiva para designar la situación, se deno-

mina *'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 del 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 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 Fudamentación 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 jurisprudencial, 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 sen-

tencia; 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.

Septiembre 15 de 1988.

JURISDICCION COACTIVA.— EXCEPCIONES.

No se configura indebida acumulación de pretensiones cuando el título consiste en el acta de liquidación de un contrato de obra que contiene distintos conceptos, como cobro de una multa y salarios, además del alcance por obra. La prejudicialidad no es excepción según el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil.

No se trata de varios títulos ni varias pretensiones, sino de una sola establecida en acto administrativo no discutido, ni desvirtuado por el obligado y que, además, no puede ser cuestionada en esta instancia.

COMPETENCIA. La prejudicialidad no es excepción según el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil. La Sección no pierde competencia por el hecho de que se haya entablado demanda ante otra Sección del mismo Consejo de Estado en acciones que autoriza el Código Contencioso Administrativo en sus artículos 83 a 88.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dieciséis de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Abogado asistente: *Doctor Diego Omar Ordóñez Rubio.*

Referencia: Expediente número 1697. Actor: La Nación contra Contratistas Suramericanos Asociados Ltda. "CONSAS LTDA.". Jurisdicción coactiva. Excepciones. Fallo.

En juicio de jurisdicción coactiva se entra a resolver el incidente de excepciones propuesto por el apoderado judicial de la sociedad "Contratistas Suramericanos Asociados Ltda." contra el auto de mandamiento de pago de fecha 22 de febrero de 1984, proferido por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales.

Antecedentes:

El Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, por auto de fecha 22 de febrero de 1984 (fl. 35) libró orden de pago por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva a favor del Fondo Vial Nacional y

en contra de "Contratistas Suramericanos Asociados Ltda." "CONSAS LIMITADA" por la suma global de doce millones cuarenta y ocho mil cuatrocientos setenta y nueve pesos con setenta y siete centavos moneda corriente ($ 12.048.479.77), más los intereses y las cosas que se causaren.

El auto citado anteriormente se notificó personalmente al Gerente de la firma ejecutada por actuación surtida el 1º de marzo de 1984 (fl. 37).

Sirvieron de título ejecutivo el Contrato número 075 suscrito entre el Fondo Vial Nacional y Contratistas Suramericanos Asociados "CONSAS LIMITADA" el 5 de diciembre de 1979, y el Acta Final de Liquidación número 049 de 2 de febrero de 1982, mediante la cual se establecieron las obligaciones a cargo del contratista.

Excepciones:

Por medio de apoderado legalmente constituido, en escrito de fecha 06 de marzo de 1984 (fls. 53 a 60) la entidad ejecutada propuso las siguientes excepciones:

I. Falta de competencia.

Se expresa que basándose el cobro en el Contrato 075 de 1979 y en el acta de liquidación consecuencia de aquél, y estando ambos títulos cuestionados y demandados ante el honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, quien tiene la competencia para conocer de las obligaciones que se deriven de él, es este organismo y no su despacho.

II. Ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones.

Se precisa por el apoderado de la compañía que el ejecutivo comprende: 1º $ 243.867.00 por concepto de multa a que se refiere la Resolución número 4240 de 25 de mayo de 1981.

2º La suma de $ 1.808.100.00 por concepto de una supuesta indemnización por despido de trabajadores de la obra, y

3º Del reintegro del saldo del anticipo del contrato por la suma de $ 10.005.629.57.

Que, no se pueden cobrar: Una obligación de carácter civil, emanada del contrato de obra, con dos obligaciones de diferente naturaleza, acumulándole a ella, dos pretensiones que carecen de título, la una basada en la Resolución que se encuentra impugnada y no está en firme, y la otra, una supuesta indemnización señalada en el Oficio número 029 de 19 de febrero de 1982, emanada del Inspector del Trabajo de Mocoa, cuya actuación administrativa, no lleva firma del deudor o demandado, porque no estuvo presente.

III. Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales.

El apoderado hace consistir esta excepción, en síntesis, en que estando demandados el contrato y la Resolución número 4240 de 25

de mayo de 1981 y pendiente de fallo ambos, mal puede ser exigibles actualmente, si ni siquiera el honorable Consejo de Estado se ha pronunciado sobre ellos.

IV. Excepción de pleito pendiente.

Se solicita que conforme al numeral 8º del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil y de lo anteriormente expuesto se declare la excepción de pleito pendiente.

Descorrido el traslado por el ejecutante a través de su procurador judicial, en memorial de fecha 1º de julio de 1987, se oponen a todas y cada una de las excepciones formuladas en alegatos obrantes a folios 116 y siguientes del expediente.

Se observa que la ejecutada no pidió la reconstrucción del expediente formado con el motivo del recurso de apelación contra el mismo mandamiento de pago, motivo por el cual, con arreglo al procedimiento previsto en el Decreto 3825 de 1985, se decretó la deserción del mismo en providencia de 12 de diciembre de 1986 (expediente número 1508).

Finalmente, en el traslado para alegatos de conclusión de las partes sólo se recibió el de la parte demandante.

En consecuencia, procede la Sala a decidir sobre las excepciones propuestas, para lo cual *considera:*

I. Falta de competencia.

La competencia del Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales para conocer el cobro por la vía coactiva de créditos a favor de la Nación, como el que se tramita en esta oportunidad, proviene entre otras normas del Decreto extraordinario 078 de 1976 (dictado en ejercicio de las facultades de la Ley 28 de 1974) y la competencia de esta jurisdicción contenciosa administrativa (para conocer de recursos, apelaciones e incidentes de excepciones) actualmente tiene su fundamento en el Decreto 01 de 1984 y ninguno de tales estatutos fue cuestionado. Por la materia discutida es competente la Sección Cuarta.

La circunstancia de que también corresponda a esta última jurisdicción el conocimiento de los procesos originados en las acciones de nulidad, restablecimiento del derecho, las relativas a contratos o de cualesquiera de las que permite el Código Contencioso Administrativo en sus artículos 83 a 88, en manera alguna significa que pierda esta Sección la que tiene por razón del cobro coactivo que tramita el Juzgado.

Erróneamente pretende el señor apoderado que esta Sección se inhiba a "pronunciarse sobre la exigibilidad o no, de las obligaciones inherentes con los mismos documentos" que según su informe conocía en ese momento, en procesos por razón de contrato 705-79 y la Resolución 4240 de 1981, la Sección Tercera, sin que haya informe posterior sobre la suerte de ellos.

De por sí la distinta naturaleza de los procesos, la diferencia radical en las pretensiones y en la inversión de las partes (la demanda en unos es la demandante en el otro), y otros factores que no es del

caso enumerar, impiden cualquier posibilidad de acumulación. Tales diferencias también implican que no sea viable la alegada pérdida de competencia de una Sección del Consejo por estar conociendo otra de procesos de diferente índole.

Brevemente debe la Sala aclarar que no se planteó ni la prejudicialidad, que es incidente que corresponde conocer al Juzgado según artículos 170 y concordantes del Código de Procedimiento Civil. Ni lo planteado procede como pleito pendiente y, para terminar, hay prueba de haber concluido la acción de nulidad contra la Resolución 4240 de 1981 por confirmación que hizo el Tribunal Administrativo del Huila en sentencia de 7 de mayo de 1985.

Con base en las anteriores consideraciones no prospera la excepción propuesta.

II. Indebida acumulación de pretensiones.

La indebida acumulación de pretensiones constituye excepción admisible en esta clase de procesos por estar señalada en el numeral 5º del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, numeral que está incluido dentro de la enumeración taxativa que hace el inciso final del artículo 509 *ibidem.*

La hace consistir el señor apoderado en que el acta de liquidación comprende tres créditos de diverso origen cuyo cobro acumulado no es posible, a saber:

$ 234.687.20 por concepto de multa impuesta por la Resolución 4240 de mayo 25 de 1981.

$ 10.005.629.57 por reintegro del saldo del anticipo recibido para ejecutar la obra del contrato número 705 de 1979, y

$ 1.808.100.00 por supuesta indemnización por despido injustificado de trabajadores según oficio 029 de julio 26 de 1981 del Impuesto de Trabajo de Mocoa.

Con relación a la primera, la entidad ejecutante comprobó que el Tribunal Administrativo del Huila mediante sentencia de 7 de mayo de 1985, no accedió a decretar la nulidad de las Resoluciones 4240 de mayo 25 de 1987 y 6597 de julio 31 de 1981, en las cuales el Fondo Vial impuso la sanción mencionada a la sociedad ejecutada por incumplimiento parcial de sus obligaciones en desarrollo del Contrato 705 de 1979. En esta forma queda suficientemente demostrado que se trata del cobro del crédito originado a favor de la entidad oficial en desarrollo del mismo contrato, de cuya liquidación se trata, dándose plenamente los factores de conexión con el valor principal de $ 10.005.629.57, que corresponde al saldo del anticipo recibido por el contratista y que en la cuenta final resultó a su cargo al no estar justificado con obra entregada.

Y la partida de $ 1.808.100.00 relativa a salarios y prestaciones a favor de los trabajadores cuya responsabilidad surge del contenido de la cláusula décimocuarta del contrato, si bien es cierto no corresponde dilucidar la forma como fue establecida por el Ministerio de Obras.

Pero finalmente precisa la Sala que la razón fundamental para no acceder a lo pedido en este punto, es que considera que no se trata de una acumulación de pretensiones, pues aunque el título está integrado por el contrato del cual se originan las obligaciones que se concretaron en el acta final de liquidación, en una suma líquida de $ 12.048.479.77. No se trata de varios títulos ni varias pretensiones, sino de una sola establecida en acto administrativo no discutido ni desvirtuado por el obligado, y que además, no puede ser cuestionado en esta instancia.

III. y IV. Frente a las excepciones de *ineptitud de la demanda por falta de requisitos y la de pleito pendiente,* por estar ellas circunscritas a los procesos que cursan en el Consejo de Estado, se procederá a un estudio en forma conjunta.

Este Despacho en casos similares ha expresado que la firmeza del acto conduce a su ejecutividad, pues según el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, los actos que queden en firme, por sí mismos son suficientes para que la Administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento.

De otro lado, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, señala taxativamente cuando se entiende perdida la fuerza ejecutoria de los actos administrativos, sin que, en el presente caso se dé alguna de las circunstancias allí señaladas, de donde se sigue que tanto el contrato como su liquidación final se encuentran en firme y tienen fuerza ejecutoria, puesto que no han sido suspendidos ni anulados por esta jurisdicción y por tanto reúnen a cabalidad los requisitos de título ejecutivo.

Así mismo, la simple presentación de una demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no les hace perder dicha fuerza ejecutoria, pues tal hecho no está contemplado dentro de las causales del artículo antes citado, y mientras éstos no hayan sido anulados o suspendidos, son exigibles.

Además, vale la pena observar que la prejudicialidad no está contemplada como hecho constitutivo de las excepciones que tienen cabida en el proceso coactivo de cobro de obligaciones a favor del Estado y que son únicamente las permitidas por el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, cuando el título consiste en actos que conllevan ejecución. Por tanto tampoco prosperan las excepciones alegadas en cuanto a estos puntos se refiere.

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

Falla:

Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el apoderado judicial de la compañía "Contratistas Suramericanos Asociados Ltda.", contra el auto de mandamiento de pago de fecha 22 de febrero de 1984, proferido en su contra por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, por la suma de $ 12.048.479.77.

Continue con la ejecución.

Condénase en costas a la ejecutada, las cuales se liquidarán conjuntamente con el crédito.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente a la oficina 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, Carmelo Martínez Conn, José Ignacio Narváez García.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

JURISDICCION COACTIVA.— CONTRATO DE SEGURO.

Responsabilidad del garante.

La responsabilidad del garante no puede hacerse efectiva mientras no se dicte el acto que declara la ocurrencia del riesgo asegurado.

JURISDICCION COACTIVA. CONTRATO DE SEGURO. Régimen de prescripción.

El término extintivo del derecho del Estado, corre a partir de un momento distinto a los que señala el artículo 1081 del Código de Comercio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dieciséis de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Magistrada auxiliar: *Doctora Ruth Younes de Salcedo.*

Referencia: Expediente número 1948. Actor: La Nación contra Interamericana Cía. de Seguros Generales S. A. (María Cuéllar y otro). Jurisdicción coactiva.

El proceso de la referencia se remitió a esta Corporación por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, para tramitar y conocer la excepción de prescripción propuesta por el apoderado de la Compañía Interamericana de Seguros Generales, dentro del proceso ejecutivo adelantado en su contra, con el fin de hacer efectiva la garantía que otorgó en relación con la presentación de documentos para nacionalizar un vehículo por parte de María N. Cuéllar y/o García Guerrero y Cía. S. en C.

Como hechos exceptivos concretó el memorialista los siguientes:

"1. La Dirección General de Aduanas expidió la Resolución número 00123 de enero 15 de 1985 cuando ya el término de vigencia de la póliza se hallaba vencido.

"2. Desde la expedición de la resolución y la notificación de la misma que ocurrió en febrero 19 de 1985 hasta el mandamiento de pago y la notificación del mismo han transcurrido más de dos años".

Fundamenta el derecho de su representada a que se declare probada la excepción, en los siguientes argumentos:

1º En la cláusula séptima del contrato de seguros, parágrafo, expresamente se consignó que para los efectos de la cesación de responsabilidad de la aseguradora, se tendrían en cuenta los términos de prescripción estipulados en el artículo 1081 del Código de Comercio.

2º Da por sentado el litigante que la prescripción de las acciones que ejerce la Nación es de carácter ordinario y por ende tiene, tratándose de seguros, un término de dos años, el previsto en aquella norma para esta clase de prescripción.

3º Por último observa que la prescripción "no podía ser objeto de recursos en la vía gubernativa puesto que en ese tiempo no había transcurrido el término de prescripción".

La Aduana interior de Bogotá, entidad ejecutante, no se pronunció sobre la excepción propuesta, dentro de los traslados que se surtieron para tramitar el incidente.

Con ocasión del traslado común a las partes para presentar sus alegaciones, advirtió el representante de la ejecutada que la diligencia de notificación del mandamiento de pago que aparece al folio 18 del expediente, no corresponde a la Póliza CU-5-340 y a la Resolución 0123 de 15 de enero de 1985, sino a otro mandamiento que le fue notificado.

No obstante el error en que evidentemente incurrió el Juzgado, el libelista concreta su aspiración en que se declare prescrito el derecho de la Nación a que se haga efectiva la garantía contenida en la Póliza CU-5-340 y en la Resolución 0123 de 15 de enero de 1985, por lo cual no hay lugar a pronunciamiento alguno sobre tal equivocación.

Consideraciones de la Sección:

El primero de los hechos alegados, radica en que la Resolución 00123 de enero 15 de 1985, se expidió por la Dirección General de Aduanas, cuando ya el término de vigencia de la póliza se hallaba vencido.

Obra de autos la póliza de seguro de cumplimiento a favor de la Aduana Interior de Bogotá, distinguida con el CU-5-0340 de fecha junio 7 de 1983, cuyo objeto fue garantizar la presentación de los documentos para la nacionalización definitiva del vehículo al cual se refiere, con vigencia de 120 días comprendidos entre el 6 de junio y el 3 de octubre de 1983. Dicha fianza, con su anexo posterior fue aceptada por la Aduana Interior de Bogotá (fls. 11 y 12 vtos.).

La Resolución número 0123 de enero 15 de 1985, se profirió en cumplimiento de las disposiciones de la Ley 79 de 1931, Código de Aduanas entonces vigente, que adoptó en sus artículos 361 y 362 las siguientes previsiones en materia de fianzas otorgadas para garantizar la ejecución de actos:

a) En cualquier caso de incumplimiento, el fiador se hará responsable del pago de la cuantía de la fianza;

b) Cuando se deje de ejecutar el acto garantizado, el Administrador de Aduana lo pondrá en conocimiento del Director General quien, si estima que los pormenores puestos en su conocimiento dan lugar a hacer efectiva la garantía, se lo notificará al fiador y si, dentro de los quince días siguientes a tal notificación "el principal no cumple lo pactado, o el fiador no paga la suma a que lo obligaba la fianza, el Director General dará cuenta del caso al Tribunal competente", y será suficiente su declaración para que se proceda a la ejecución.

De acuerdo con estas previsiones, la responsabilidad del garante no puede hacerse efectiva mientras no se dicte el acto que declara la ocurrencia del riesgo asegurado. No señaló la ley un término dentro del cual debía expedirse ni es éste asunto regulado por el Código de Comercio o por el Civil. Resulta lógico que, siendo la expedición del acto administrativo la condición legal prevista para hacer efectivo el derecho del Estado, mientras aquél no se expida, no puede correr el término extintivo del mismo.

Pero aún en el caso de que hubiera existido una limitación temporal a la competencia para expedir dicho acto, dictarlo fuera del término constituiría un vicio que afectaría su validez. Como todos los que impliquen anulación o modificación del acto administrativo, debió alegarse por vía de los recursos procedentes. Tales recursos se hallan establecidos para que el interesado impugne el acto por todos los motivos que puedan afectar su validez. Por ello, una vez notificados, adquieren firmeza cuando se agota el procedimiento correspondiente y son ejecutorios, mientras no se anulen o suspendan por la jurisdicción contencioso administrativa.

Según constancia que obra a folio 5 vuelto, transcurridos los términos legales y no habiéndose interpuesto recurso alguno contra la Resolución número 0123 del Jefe de la División Legal de la Dirección General de Aduanas, expedida el 15 de enero de 1985, se declaró ejecutoriada dicha providencia. Adquirió así firmeza y ejecutoriedad conforme a las previsiones del Decreto extraordinario 01 de 1984, bajo cuya vigencia se expidió (arts. 62 a 65, en armonía con art. 68, numerales 4 y 5).

En el proceso de ejecución para el cobro de deudas fiscales no pueden debatirse cuestiones que debieron ser objeto de recursos en la vía gubernativa; cuando el título ejecutivo consista en una providencia que conlleva ejecución, sólo pueden alegarse excepciones consistentes en hechos ocurridos con posterioridad a la respectiva providencia (arts. 561 inciso 2º y 509 C. de P. C.).

Sobre el régimen del título ejecutivo fiscal y el mandamiento de pago esta Corporación se pronunció en auto de diciembre 12 de 1986, expediente número 1473, con ponencia del entonces Consejero doctor Hernán Guillermo Aldana Duque, en los siguientes términos:

> "En materia de créditos a favor del Fisco, la ley previene, por vía de principio, que ellos deben consistir en decisiones ejecutoriadas, que gozan de la presunción de la cosa decidida (actos administrativos) o de cosa juzgada (sentencia).

"Por ello, en uno y otro caso, los elementos que definen su existencia y condicionan su validez no pueden ser motivo de discusión en vía judicial coactiva. Sólo se pueden debatir, en materia de excepciones, aquellos hechos posteriores al acto o sentencia y en la forma limitada que establece la ley (art. 509 del C. de P. C.).

"Según la ley (art. 68 del C. C. A.), constituye título ejecutivo, cobrable por jurisdicción coactiva, entre otros, todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley, y las demás garantías que a favor de entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo que declare la obligación.

"La ley ha establecido así que los títulos ejecutivos cobrables por jurisdicción coactiva tienen tres vías principales para ser discutidos:

"a) La vía de la acción de nulidad o la de restablecimiento del derecho y que en ella será posible intentar ataque en contra de la existencia o la validez del acto administrativo;

"b) La vía de la revisión, en los casos taxativos en que ella proceda para intentar invalidar el título ejecutivo que conste en sentencia; y

"c) La vía de las excepciones tendientes a enervar el título por causa posterior a su creación, para tornarlo ineficaz, definitiva o provisionalmente".

Se concluye de lo anterior, que la primera de las objeciones alegadas por la demandada no puede servir de base a la excepción que invoca, por tratarse de circunstancias que debieron alegarse a través de los recursos de la vía gubernativa y decidirse por los funcionarios competentes para resolverlos. Los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva, cumplen una función estatal diferente, no son Jueces de la validez de los actos que, según el ordenamiento, constituyen títulos ejecutivos en el proceso que adelantan. Deben ejecutarlos siempre que en ellos conste una obligación expresa, clara y actualmente exigible.

El segundo hecho alegado como base de la prescripción, consiste en que el derecho del Estado prescribió por haber transcurrido más de dos años entre la fecha de notificación de la Resolución 0123 de enero 15 de 1985 y la del mandamiento de pago, por cuanto se estipuló en la póliza que la prescripción se rige por el artículo 1081 del Código de Comercio, norma que señala un término de dos años para la ordinaria que es, en sentir del libelista, la aplicable a las acciones del Estado.

Ciertamente la póliza en mención se expidió de acuerdo con las condiciones de la póliza matriz regulada por la Resolución 08660 de marzo 2 de 1981, expedida por la Contraloría General de la República y en ella se dispuso que, para los efectos de la cesación de responsa-

bilidad de la aseguradora se tendrán en cuenta los términos de prescripción previstos en el artículo 1081 del Código de Comercio. Ello no significa que el derecho del Estado prescribiera en el término de dos años como pretende el memorialista, por las siguientes razones:

El artículo 1081 del Código de Comercio, establece que la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. No define cuándo procede una u otra pero fija dos momentos distintos como punto de partida de los respectivos términos, a saber:

—Desde el momento en que el interesado haya tenido conocimiento del hecho que da base a la acción, o debido tener tal conocimiento, para la prescripción ordinaria con lapso de dos años.

—Desde el momento en que nace el respectivo derecho, para la extraordinaria que será de cinco años y correrá contra toda clase de personas.

Tales situaciones no corresponden a las que se presentan en torno del cumplimiento de las obligaciones originadas en garantías que se otorgan a favor del Estado y la extinción del derecho a hacerlas efectivas, ni en relación con los hechos ni respecto de la normatividad aplicable. La obligación de la aseguradora, cuya fuente es el contrato suscrito por ella, no puede hacerse efectiva mientras no se dicte el acto que declara la ocurrencia del riesgo. Así se previó en la cláusula sexta de la misma póliza matriz incorporada al contrato en el presente caso. Existiendo tal condición, el término extintivo del derecho del Estado, corre a partir de un momento distinto a los que señala el artículo 1081 del Código de Comercio: Aquel en que adquiere firmeza y ejecutoriedad dicho acto administrativo. Es decir, cuando la obligación se hace exigible, hipótesis diferente de las contempladas por dicha norma.

De manera que la ciáusula relativa al régimen de prescripción aplicable se justificaba, tal vez, en cuanto al término de la prescripción —no el común contenido en el Código Civil sino los especiales del Código de Comercio— en razón de que para la época en que se otorgó la garantía la prescripción extintiva en materia de créditos a favor del Estado regía, salvo disposición especial y a falta de ella estipulación en contrario, por las normas tradicionales del Código Civil, que prevén un término de diez años para la acción ejecutiva, transcurrido el cual se convierte en ordinaria y se extiende por otros diez (C. C., arts. 2517, 2536, 2538 y ss.).

El Decreto extraordinario 01 de 1984 definió a nivel legal la integración de las pólizas de seguros y demás garantías otorgadas a favor de las entidades públicas, con el acto administrativo que declare la obligación, el cual presta mérito ejecutivo en los procesos por jurisdicción coactiva, siempre que en él conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible (art. 68 numerales 4º y 5º). Bajo su vigencia se expidió la Resolución número 0123 de enero 15 de 1985 que, con la póliza CU-340 de junio 7 de 1983, integra el título ejecutivo en este proceso.

El mismo estatuto regula el carácter ejecutivo de los actos administrativos y la pérdida de dichos atributos en sus artículos 64 y 66, según los cuales, los actos administrativos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo son obligatorios, mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción contencioso administrativa, y serán suficientes por sí mismos, para que la Administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento, de inmediato, pero perderán su fuerza ejecutoria al cabo de cinco años por estar en firme sin que la Administración haya realizado tales actos.

Estas normas del derecho público, por su especialidad, señalan los límites dentro de los cuales debe encuadrarse el fenómeno de la prescripción extintiva de los derechos del Estado, cuando el acto administrativo constituya condición de su eficacia, puesto que no podrían considerarse extinguidos mientras éste posea fuerza ejecutoria.

Se concluye de lo anterior, que las previsiones del artículo 1081 del Código de Comercio no resultan aplicables en este campo, ni en cuanto al punto de iniciación del término de prescripción del derecho del Estado, ni en cuanto al lapso en que éste pueda hacer efectivas las garantías otorgadas en su favor, el cual se rige por el de ejecutividad del acto con el cual se integran.

En memorial radicado el 1º de junio de 1987, manifiesta el apoderado de la aseguradora que se le notificó el mandamiento de pago de 22 de mayo de 1987. Habida cuenta de que la Resolución 0123 de enero 15 de 1985, quedó en firme el 26 de febrero del mismo año, por no haberse ejercitado los recursos procedentes contra ella (fl. 5), se concluye que la notificación del mandamiento ejecutivo se surtió dentro del término de ejecutividad de la citada resolución.

Por lo expuesto la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

Resuelve:

1º Declarar no probada la excepción propuesta por el apoderado de la Interamericana Compañía de Seguros Generales.

2º Ordenar que siga adelante la ejecución.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, José Ignacio Narváez García, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

JURISDICCION COACTIVA.— ACUMULACION DE PROCESOS.

La declaración judicial de quiebra conlleva, por expresa previsión legal, la acumulación a este proceso de todos los de ejecución que se sigan contra el quebrado.

JURISDICCION COACTIVA. PRESCRIPCION.

En el proceso que se adelanta para el cobro de obligaciones tributarias, no pueden operar los perentorios términos que el Código de Procedimiento Civil fija para alegar las excepciones en el proceso ejecutivo, con detrimento de las previsiones específicas que rigen en materia de obligaciones tributarias el fenómeno de la prescripción.

JURISDICCION COACTIVA.

La PRESCRIPCION de la acción por el crédito fiscal originado en impuestos nacionales opera en cinco (5) años a partir de la fecha de vencimiento del término para pagar.

Se interrumpe por notificación del mandamiento de pago o por el otorgamiento de prórrogas u otras facilidades.

Se suspende durante el trámite de la impugnación (por vía administrativa o jurisdiccional).

Puede decretarse de oficio o a solicitud del deudor y en esto se diferencia del proceso ejecutivo por otras deudas que regula el Código de Procedimiento Civil al establecer término para alegar excepciones.

JURISDICCION COACTIVA.

El juicio de quiebra hace perder competencia al Juez de Ejecuciones Fiscales sobre el juicio por cobro de impuestos pues corresponde al Juez de la quiebra acumular todos los procesos y regular los créditos según la prelación legal que les corresponde según la ley.

PRESCRIPCION de la acción de cobro de impuestos que administra la Dirección de Impuestos Nacionales.

Cuando se presente "suspensión".

Cuándo se presenta "interrupción".

Puede decretarse de oficio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dieciséis de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Magistrada auxiliar: *Doctora Ruth Younes de Salcedo.*

Referencia: Expediente número 1911. Actor: La Nación contra Molino Saldaña Limitada. Jurisdicción coactiva.

El proceso de la referencia vino a esta Corporación para resolver el recurso interpuesto por el señor Octavio Isaza E., quien dijo actuar en representación de la sociedad demandada, contra el auto de julio 13 de 1987 proferido por el Jefe de la Sección de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué que dispuso textualmente "negar por extemporáneo el trámite de traslado ante el honorable Consejo de Estado para que conozca del incidente de excepción por prescripción a la sociedad Molino Saldaña Ltda., por los períodos fiscales de 1978, 1980 y 1981".

Preliminarmente observa la Sección que lo dispuesto realmente en el acto impugnado fue negar la prescripción de las obligaciones perseguidas en el proceso, cuyo reconocimiento pidió el libelista en julio 17 de 1987, citando como fundamento de su aspiración el artículo 77 del Decreto 3803 de 1982, por considerar que había transcurrido el término legal sin que el Estado hiciera efectiva su acreencia.

Para resolver se considera:

Del estudio del informativo se destacan los siguientes hechos:

1º El mandamiento de pago se notificó el 28 de enero de 1982, al representante de la sociedad demandada, por la suma de $ 753.568.00 "por concepto de impuestos sobre la renta de los años 78,80 y anticipo 81, más la sanción por mora e intereses corrientes..." sin discriminación alguna.

2º Para la fecha de iniciación del proceso la competencia en el conocimiento de las excepciones y apelaciones en los procesos de jurisdicción coactiva adelantados por funcionarios nacionales, estaba fijada en el Código de Procedimiento Civil, artículo 567, que la asignó a esta Corporación, en única instancia, cuando la cuantía fuera de $ 20.000.00 o superior.

El Decreto 01 de 1984 elevó dicha cuantía a la suma de $ 500.000.00 en sus artículos 128 numeral 13 y 129. No obstante haberse interpuesto la apelación en el mes de julio de 1987, esta Sala es competente para conocer de ella, en razón del principio adoptado por el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil de la *perpetuatio* jurisdicción conforme al cual la competencia por razón de la cuantía se fija teniendo en cuenta la señalada inicialmente en el proceso y no se altera sino en los eventos previstos en la norma, dentro de los cuales no encuadra el presente.

3º A folio 00170 obra la comunicación de la Juez Primera Civil del Circuito de Girardot, recibida en noviembre 28 de 1986, en la cual puso en conocimiento de la Administración la existencia del proceso de quiebra de la sociedad Molino Saldaña Ltda., informando, además que en él ya se había dictado sentencia y citado para reunión concordataria; solicitó, en consecuencia, la Juez, informar sobre las deudas fiscales según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 52 de 1977. Y a folio 00172 aparece copia del oficio de diciembre 9 de 1986, suscrito por el Jefe de Cobranzas de la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Ibagué, que informó la cuantía de las deudas perseguidas en este proceso, con intereses de mora liquidados hasta esa fecha.

Dispone el artículo 11 de la Ley 52 de 1977:

"En los procesos judiciales o administrativos de liquidación el Juez, funcionario administrativo, síndico o liquidador, están obligados a proveer a la efectividad del crédito tributario, con la prelación que le asigna la ley y para tal efecto deberán:

"Requerir mediante oficio entregado personalmente al administrador regional de impuestos correspondiente al lugar donde se adelante el proceso información sobre las deudas líquidas a cargo del contribuyente, inclusive las de plazo vencido, antes de proceder al reconocimiento y graduación de créditos y con antelación no inferior al término señalado en el respectivo proceso para que los acreedores se hagan parte.

"La demora en la respuesta no afecta los privilegios del crédito tributario, los cuales se harán efectivos de acuerdo con lo que figure en el respectivo balance, cuando aquélla no se hubiere producido con anterioridad a la fecha en que se notifique el acto de reconocimiento y graduación de créditos".

Y el artículo 12 de la misma ley ordena que, durante el trámite de tales procesos, el deudor o el administrador de sus bienes pagará las obligaciones tributarias comunicadas antes o después de la notificación prevista en la norma anterior, y para tal efecto establece la forma en que deberá procederse a tal cancelación e inclusive manda establecer las reservas correspondientes, cuando se trata de obligaciones contenidas en actos cuya ejecutoriedad se halle en suspenso.

Por otra parte, la declaración judicial de quiebra conlleva, por expresa previsión legal, la acumulación a este proceso de todos los de ejecución que se sigan contra el quebrado. Dispone el artículo 1945 numeral 5º del Código de Comercio que los Jueces que estén conocien-

do de ellos los remitirán de oficio y sin dilación al Juez de la quiebra en el estado en que se hallen, sin excepción alguna. Tal declaratoria implica igualmente el nombramiento del síndico de la quiebra quien sustituye al quebrado en la administración de sus bienes y en todos los asuntos que afecten o pueden afectar su patrimonio (C. Co., art. 1953).

Puesto que la quiebra es un proceso liquidatorio y el presente un ejecutivo adelantado por funcionarios investidos de jurisdicción, siguiendo los trámites del que regula el Código de Procedimiento Civil, es indudable que, en cumplimiento de la ley, el Jefe de la Administración de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué, debió remitir el proceso, sin más pérdida de tiempo, a la Juez de la quiebra, en el estado en que se encontraba aquél en el momento en que recibió la comunicación aludida.

Desde entonces perdió competencia para conocer del mismo, puesto que, en razón de la acumulación ordenada por el Código de Comercio y según lo previsto en las normas tributarias comentadas, la Juez de la quiebra es la competente para examinar si las obligaciones a favor del Fisco Nacional son exigibles y por lo tanto debe proveer a su efectividad o si, por el contrario, los actos que las contienen perdieron fuerza ejecutoria y por lo tanto procede declararlas prescritas a solicitud del deudor o síndico de la quiebra, con audiencia de la Administración que actuará como parte acreedora dentro del proceso judicial de quiebra.

4º Dispone el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, que el proceso es nulo en todo o en parte cuando, entre otras causales, el Juez carece de competencia y de acuerdo con el artículo 157 del mismo estatuto el Juez o Magistrado debe declarar de oficio las nulidades no saneables que observe. La que se configura en el presente caso no sería saneable puesto que no está en la disponibilidad del quebrado oponerse a la acumulación procesal ordenada en la ley.

De manera que esta Sección procederá a declarar la nulidad del proceso, a partir del momento en que debió remitirse al Juez de la quiebra.

Lo anterior no obsta para que, con fines simplemente jurisprudenciales, esta Sección deje sentado su criterio sobre la prescripción y el error en que incurrió el funcionario de Cobranzas cuando la negó con el argumento de que no se invocó por la demanda dentro del término que señala el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 306 del mismo, según los cuales la prescripción debe ser alegada, dentro de los diez días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo.

Tal mandamiento, aplicable en materia de obligaciones que se rigen por el derecho privado, no resulta acorde con las normas que regulan la prescripción en materia de obligaciones del impuesto sobre la renta y complementarios, por las siguientes razones:

a) El derecho del acreedor tributario para exigir el pago del tributo, mediante la acción ejecutiva, prescribe en el término de cinco años contados a partir de la fecha de vencimiento del plazo para el

pago. Tratándose de liquidaciones privadas, se cuenta desde cuando se cumple el de cancelación de la última cuota y respecto del mayor valor liquidado oficialmente, corre desde el mes siguiente a la fecha de notificación del acto, cuando éste adquiere firmeza y ejecutoriedad (Ley 52 de 1977, art. 7º; Decreto-ley 3803 de 1983, art. 77; Decreto extraordinario 01 de 1984, arts 62 a 64);

b) El término de prescripción se interrumpe por la notificación personal del mandamiento de pago o por el otorgamiento de prórrogas u otras facilidades, interrumpida la prescripción en este último evento, comenzará a correr de nuevo desde el día siguiente al vencimiento del plazo otorgado para el pago (Ley 52 de 1977, art. 7º, modificado por el Decreto 3803 de 1982, art. 78).

Se suspende dicho término durante el trámite de impugnación de los actos de determinación tributaria o en vía administrativa o jurisdiccional, desde la fecha de interposición del primer recurso o acción hasta aquélla en que adquiera firmeza la resolución o sentencia correspondiente (Ley 52 de 1977, art. 9º, reproducido por el artículo 17 del Decreto 3803 de 1983);

c) La prescripción podrá decretarse de oficio o a solicitud del deudor (Ley 52 de 1977, art. 7º parte final). Significa ello para la Administración simultáneamente una facultad y un derecho de actuar que, por la misma razón, se convierte en un deber; el funcionario no solamente está facultado para declarar la prescripción sino que debe hacerlo, de oficio o a solicitud del deudor, cuando establezca que la obligación perdió exigibilidad por no haberse iniciado el proceso ejecutivo, por jurisdicción coactiva, antes del vencimiento del plazo señalado para la prescripción, o por haberse cumplido ésta sin que se notificara el mandamiento de pago.

Por estas razones, en el proceso que se adelanta para el cobro de obligaciones tributarias, no pueden operar los perentorios términos que el Código de Procedimiento Civil fija para alegar las excepciones en el proceso ejecutivo, con detrimento de las previsiones específicas que rigen en materia de obligaciones tributarias el fenómeno de la prescripción y las facultades de los funcionarios administrativos, aun cuando actúan investidos de jurisdicción coactiva, para declararla a solicitud del deudor o inclusive oficiosamente, en cualquier tiempo.

Hallándose en trámite este proceso, el legislador extraordinario de emergencia económica expidió la reforma tributaria de 1982, cuyas disposiciones antes comentadas pudieron suscitar dudas respecto de las disposiciones de la Ley 52 de 1977 relativas a la declaración oficiosa de la prescripción. El Gobierno mismo las despejó mediante el Decreto reglamentario 823 de 1987 cuyo artículo 4º dice:

> "De conformidad con el artículo 7º de la Ley 52 de 1977, se decretará de oficio la prescripción de la acción de cobro sobre deudas por concepto de impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales exigibles a 31 de diciembre de 1981, siempre que no hubiere ocurrido la interrupción ni suspensión de que tratan los artículos 78 del Decreto 3803 de 1982 y 17 del Decreto 398 de 1983.

"Las Oficinas de Cobranzas de las respectivas Administraciones de Impuestos Nacionales declararán la prescripción sin necesidad de solicitud previa, ni de cumplimiento de requisitos adicionales, dentro del término de seis meses contados a partir de la fecha del presente decreto, ordenando acreditar la cuenta corriente del respectivo contribuyente por el valor de la deuda correspondiente, siempre que tal valor hubiera sido previamente debitado.

"Igual actuación se cumplirá cuando exista solicitud de prescripción por parte del contribuyente, en relación con las deudas a que hace referencia el presente artículo".

Como el mandamiento ejecutivo en este proceso se notificó personalmente el 28 de enero de 1982, se interrumpió el término de la prescripción. El proceso continuó infructuosamente ya que no se logró el recaudo de las deudas perseguidas en el mismo.

A partir de 28 de noviembre de 1986, la Sección de Cobranzas que lo adelantaba perdió competencia para seguir conociendo de él y proferir pronunciamiento alguno dentro del mismo, ya que, por mandato de la ley, debió acumularse al de quiebra de la sociedad deudora, dentro del cual el Juez, con base en la comunicación que se le envió en respuesta a su requerimiento, el 9 de diciembre del mismo año, está obligado a hacer efectivas las obligaciones allí informadas, con la prelación legal que les corresponde.

Al mismo Juez le competen todos los pronunciamientos a que haya lugar en el presente proceso ejecutivo por las razones antes comentadas, sin perder de vista las normas que son aplicables a las obligaciones tributarias que se cobran y a cuya efectividad debe proveer.

En virtud de lo expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

Resuelve:

1º Declárase la nulidad de lo actuado en este proceso, a partir de la comunicación y de la respuesta dada al oficio de la Juez Primera Civil del Circuito de Girardot, que obran a folios 00170 y 00172 del expediente, en las cuales se comunicó a la Administración la existencia del proceso de quiebra de la sociedad ejecutada y se puso en conocimiento de la Juez las obligaciones perseguidas en el mismo.

2º Previa notificación, remítase el proceso a la Juez Primera Civil del Circuito de Girardot, para que se acumule al de quiebra de la sociedad "Molino Saldaña Limitada".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, José Ignacio Narváez García, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

JURISDICCION COACTIVA.— CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE GARANTIA. Régimen jurídico.

De conformidad con el artículo 70, inciso 2º del Decreto 222 de 1983, los contratos de garantía que obligatoriamente deben cubrir el cumplimiento de los contratos administrativos, forman parte del que garantizan, razón por la cual les es aplicable el régimen jurídico de los contratos administrativos.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., cuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación número 1565. Ejecutivo de la Nación contra Compañía de Seguros Alfa (Oscar Botero Betancur y Cía. C. S.). Jurisdicción coactiva. Apelación. Auto.

Dentro del proceso de jurisdicción coactiva de la referencia se decide la apelación interpuesta por el apoderado de la compañía de Seguros Alfa, contra el auto de mandamiento de pago de fecha 9 de septiembre de 1986, proferido por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales.

Antecedentes:

Por auto de fecha 9 de septiembre de 1986, el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, libró orden de pago a favor de la empresa Interconexión Eléctrica S. A. y en contra de Seguros Alfa S. A., por la suma de veinte millones cuatrocientos cincuenta y tres mil cuatrocientos sesenta y un pesos con 62 centavos ($ 20.453.461.62), más los intereses y las costas que se causaren.

Sirvieron de título ejecutivo, los siguientes documentos:

1º Las pólizas expedidas por Seguros Alfa S. A., números 2830 de 10 de noviembre de 1983, modificada según los certificados números: 31177 de octubre 8 de 1984, 29049 de enero 31 de 1985, 33361 de abril 26 de 1985 y 34034 de mayo 29 de 1985, con los cuales se prorrogó la vigencia de la póliza.

2º La póliza número 05751 de 10 de noviembre de 1983, que garantizaba el cumplimiento del contrato, modificada según los certificados números: 29048 de 31 de enero de 1985 y 33360 de abril 26 del mismo año, que prorrogaron su vigencia.

3º La Resolución número 134 de junio 12 de 1986, mediante la cual se declaró en firme la liquidación final del contrato hecha el 13 de mayo de 1986.

El mandamiento de pago librado, se notificó personalmente al representante legal de la compañía ejecutada, mediante diligencia calendada a los diez (10) días del mes de octubre de 1986 (fl. 170).

La entidad ejecutada a través de apoderado legalmente constituido, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, con base en los siguientes argumentos:

1. Ausencia de título ejecutivo, por *falta de notificación* de las resoluciones que declararon la caducidad del contrato, o en su defecto error en dicha notificación.

2. Inexistencia del título porque cuando se intentó la reclamación no se había causado el siniestro al no haberse liquidado el contrato.

3. Inexistencia de la obligación porque la Resolución número 134 de 12 de junio de 1986 está demandada ante el Tribunal de Antioquia.

4. Porque la compañía aseguradora objetó cualquier posible reclamación que pudiera presentar la demandante.

El citado recurso de reposición fue resuelto en forma desfavorable sosteniendo el mandamiento de pago atacado, por considerar que los actos administrativos que constituyen conjuntamente con las pólizas el título ejecutivo fueron debidamente notificados a la compañía aseguradora, sin que por parte de ésta se hubiera interpuesto ningún recurso contra ellos y en cuanto a los hechos alegados con fundamento en la objeción hecha a la reclamación y al haberse intentado ésta antes de la liquidación del contrato, se apoyó la decisión en lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 561 del Código de Procedimiento Civil.

Con relación a la impugnación ante el Tribunal de los actos administrativos, expresó que la suspensión del proceso únicamente se puede producir cuando el negocio se encuentre en estado de dictar sentencia y hasta tanto no se decidan las excepciones propuestas no es viable entrar a decidir sobre tal solicitud.

Se considera:

Con ocasión de la alzada propuesta el apoderado de la compañía ejecutada, en sustentación obrante a folios 207 a 210 del expediente, reitera la totalidad de los planteamientos propuestos con la reposición y en síntesis, manifiesta que no hay título ejecutivo por las siguientes razones:

"a) Por no haber sido notificados los actos en debida forma a la aseguradora, o no haberse notificado en otros casos;

"b) Por no haberse cumplido las condiciones establecidas para entenderse causado el siniestro;

"c) Por ser exigible la obligación;

"d) Por haberse objetado de acuerdo con el artículo 1053 del Código de Comercio, aunque debe admitirse que ISA reclamó anticipadamente, es decir antes de determinar el valor por liquidación del contrato".

Falta de notificación y firmeza de los actos administrativos.

Según documento que obra a folio 78, la Resolución número 086 de 6 de mayo de 1985, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato asegurado, fue notificada personalmente al representante legal de la compañía Seguros Alfa S. A.

En cuanto a la Resolución número 134 de 12 de junio de 1986, la Sala observa que también fue debidamente notificada a la compañía aseguradora, de conformidad con el artículo 45 del Decreto 01 de 1984, toda vez que se hizo por edicto, luego de que no fue posible hacerlo personalmente, como consta a folio 146 del expediente.

Habiéndose notificado debidamente, la firmeza de tales actos se establece frente a las circunstancias comprobadas en el informativo de no haberse ejercido por el ejecutado, los recursos procedentes, lo cual hace a tales actos de obligatorio cumplimiento al tenor de lo ordenado por los artículos 62 y 66 del Decreto 01 de 1984.

Así las cosas, para la Sala es claro que los actos administrativos que sirvieron de base para dictar el mandamiento de pago, fueron debidamente notificados, son actos administrativos ejecutoriados que impusieron a favor de ISA la obligación de pagar una suma líquida de dinero, y que conjuntamente con las pólizas de seguro constituyen título ejecutivo, de conformidad con el ordinal 4º del citado artículo 68 del Decreto 01 de 1984.

Oportunidad de la reclamación y del siniestro. Aplicación del artículo 1053 del Código de Comercio.

El recurrente alega que no se cumplieron los requisitos exigidos para hacer la reclamación y en cuanto a la causación del siniestro, conforme a la Resolución 8660 de 1981 y el artículo 1053 del Código de Comercio.

Al respecto es del caso anotar, que de conformidad con el artículo 70 inciso 2º del Decreto 222 de 1983, los contratos de garantía que obligatoriamente deben cubrir el cumplimiento de los contratos administrativos forman parte del que garantizan, razón por la cual les es aplicable el régimen jurídico de los contratos administrativos.

De conformidad con lo anterior, la Resolución 08660 de 2 de marzo de 1981, de la Contraloría General de la República, citada por el apelante, incluyó dentro de las cláusulas que deben contener las garantías a favor de las entidades administrativas, la referente a cuándo se entiende causado el siniestro y esto sucede cuando se notifique y quede ejecutoriada la resolución motivada que recoja los términos de la liquidación del contrato respectivo y establezca la suma debida a cargo del contratista, la cual será cobrada a la compañía aseguradora.

Es por ello que las previsiones propias del contrato de seguro, previstas en el derecho privado y relacionadas con la oportunidad

del requerimiento y de ocurrencia del siniestro no resultan aplicables cuando de garantías de contratos administrativos se trata, ya que en éstos el acto administrativo debidamente notificado, ejecutoriado y en firme que cierra la etapa administrativa, permite hacer efectiva la garantía. Y es la misma razón, por la cual, esta Sección ha sostenido que en el caso de contratos administrativos la Administración beneficiaria de la garantía no tiene que presentar a la compañía aseguradora el reclamo a que se refiere el artículo 1053 del Código de Comercio para que la póliza respectiva preste mérito ejecutivo, ya que ésta se considera parte básica e integrante del acto administrativo que declara la ocurrencia del riesgo.

En el caso de autos, la Resolución número 134 de 12 de junio de 1986, mediante la cual se declaró en firme la liquidación del contrato cuyo cumplimiento garantizó la aseguradora ejecutada, fue debidamente notificada de acuerdo con las normas vigentes y contra ella no se interpuso ningún recurso, razón por la cual debidamente ejecutoriada y en firme, junto con la póliza respectiva presta mérito ejecutivo conforme el numeral 4 del artículo 68 del Decreto 01 de 1984.

Por las mismas razones hasta aquí expuestas, ante el título ejecutivo así conformado no pueden prevalecer las pretendidas objeciones a la reclamación, planteadas por la aseguradora.

Inexistencia del título ejecutivo.

La alega el apelante con el argumento de que los actos administrativos están demandados ante el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Al respecto es del caso precisar que los citados actos administrativos, quedaron en firme, al agotarse la vía gubernativa y por ello, de conformidad con el artículo 64 del Decreto 01 de 1984 la Administración podía proceder a su ejecución, ya que tienen el carácter de obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción contencioso administrativa, según lo dispone el artículo 66 del mismo Decreto 01 de 1984.

Así las cosas, concluye la Sala, que en el caso de autos, si existe un título ejecutivo, debidamente conformado, contentivo de una obligación clara, expresa y exigible, el cual sirvió como fundamento del auto de mandamiento de pago aquí cuestionado, y por ello, éste debe confirmarse.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

Resuelve:

Confirmar en todas sus partes el auto de mandamiento de pago de fecha 9 de septiembre de 1986, proferido por el Juzgado Único Nacional de Ejecuciones Fiscales, contra la sociedad de: Seguros Alfa S. A., objeto de la apelación.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente a la oficina de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Ausente; *José Ignacio Narváez García.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA.— Funcionario ejecutor.

El artículo 79 del Código Contencioso Administrativo no tiene el alcance de convertir a las entidades públicas en ejecutoras directas de todos los créditos a favor sino que las faculta para hacer efectivos por jurisdicción coactiva los que resulten de las situaciones contempladas en los artículos 76, 77 y 78 ibídem.

Las ejecuciones en vía coactiva han de seguirse por los funcionarios que determine la ley y no por los que extensiva o análogamente se crea que son competentes para ello.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., once de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor José Ignacio Narváez García.*

Referencia: Expediente número 1914. Actor: Empresas Públicas de Medellín contra Seguros del Estado S. A. Jurisdicción coactiva. Apelación. Fallo.

Se decide la apelación interpuesta por el apoderado de Seguros del Estado S. A., contra el auto de mandamiento de pago de fecha 4 de junio de 1987, librado por las Empresas Públicas de Medellín contra la citada sociedad por un total de $ 94.025.175.76, más los intereses (fls. 179/180).

Antecedentes:

Por Resolución número 217 de 7 de junio de 1984 se declaró la caducidad del contrato número 3-DJ-7390/15, suscrito entre las Empresas Públicas de Medellín y la sociedad Constructora Iguaná S. A. (antes "Agregados y Mezclas Iguaná S. A."); y por Resolución 338 de 21 de agosto del mismo año, se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria amparada por la garantía número EQ-33614 y su certificado de modificación número 25150, otorgados por Seguros del Estado S. A. Así mismo mediante Resolución número 450 de 1º de noviembre de 1984 se liquidó el mencionado contrato 3DJ-7390/15 y se dijo que la contratista Constructora Iguaná S. A. queda debiendo a las Empresas Públicas de Medellín la cantidad de $ 892.348.57 "los cuales se cobrarán a la Compañía Aseguradora, sin perjuicio del cobro de la cláusula penal pecuniaria o de otros daños derivados de la inejecución del contrato" (fls. 22 y ss.).

Una vez que el honorable Tribunal Disciplinario resolvió la competencia negativa para conocer del presente proceso de ejecución en el sentido de fijarla en las Empresas Públicas de Medellín, esta entidad libró el mandamiento ejecutivo que ahora es materia de apelación.

Según el apelante, "las *empresas* no podían librar dicho mandamiento ejecutivo, pues si bien es cierto que el artículo 68 del C. P. A. confiere mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva a la póliza junto con la resolución ejecutoriada de caducidad, no es menos verdad que contra tal resolución Seguros del Estado S. A. ha presentado demanda de *nulidad* que cursa ante el honorable Tribunal Administrativo de Medellín (procesos 19142 y 19334 acumulados) y que actualmente se encuentra en el honorable Consejo de Estado al Despacho del honorable Magistrado ponente doctor De Irisarri. Y las Empresas Públicas de Medellín tenían y tienen conocimiento de tal demanda de *nulidad* pues están actuando como parte dentro de dicho proceso y no obstante profirieron con posterioridad a dicha demanda que se encuentra sin fallar, mandamiento ejecutivo" (fl. 185).

"...Existiendo el referido proceso de *nulidad* de la *Resolución* que declaró la caducidad y conociendo de él las Empresas Públicas de Medellín, como ya se indicó pues viene actuando allí como parte, improcedente resultaba, entonces, el mandamiento ejecutivo librado justamente con base en dicha resolución atacada.

"Así las cosas bien puede concluirse en que no existían ni existe mérito ejecutivo, pues el título considerado, que es complejo al tenor del citado art. 68 del C. P. A., no lo presta. *La Resolución de caducidad,* ya se dijo, está demandada de *nulidad,* el proceso se halla sin decidir, y la parte allí demandada, a sabiendas, decidió, no obstante, librar mandamiento ejecutivo".

"De otra parte las Empresas Públicas de Medellín mal pueden convertirse en Juez y parte para hacer efectivo un pretendido crédito a su favor, con fundamento en título insuficiente ya que aún no ha sido resuelta la demanda de *nulidad* con que se ha atacado la *Resolución de caducidad.* En tanto no sea fallada tal demanda, no tienen competencia por falta de título" (fl. 186).

En memorial sustentatorio de la alzada propuesta (fl. 193), se reiteran los argumentos anteriores, expresándose además, la falta de competencia por parte de las Empresas Públicas de Medellín y la existencia de pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.

Por último, con memorial de fecha 21 de abril de 1988 se acompañó como prueba la providencia dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante la cual se admite "la demanda de reconvención presentada por las Empresas Públicas de Medellín contra Seguros del Estado S. A." en el proceso número 4913 (180) que cursa en el Tribunal Administrativo de Antioquia (fls. 196 y ss.).

Se considera:

Es evidente que conforme a lo dispuesto en el artículo 68 del Decreto extraordinario 01 de 1984, prestan mérito ejecutivo por ju-

risdicción coactiva, "los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso" (numeral 4), así como "las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación" (numeral 5), siempre que en unos y otros resulte la obligación clara, expresa y exigible de pagar una suma líquida de dinero. Y en concordancia con la especificación establecida en el mencionado precepto, el mismo Decreto derogó expresamente el 567 y de modo tácito el 562 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, el artículo 79 del Decreto extraordinario 01 de 1984 no tiene el alcance de convertir a las entidades públicas en ejecutoras directas de todos los créditos a su favor sino que las faculta para hacer efectivos por jurisdicción coactiva los que resulten de las siguientes situaciones:

a) La imposición de multas disciplinarias a cargo de funcionarios incursos en las causales de mala conducta (art. 76 del C. C. A.);

b) La deducción de responsabilidad a funcionarios tanto públicos como de entidades privadas que desempeñen funciones públicas, en razón "de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones" (art. 77 *ibídem*);

c) La exigibilidad de sumas pagadas por la entidad demandada cuando el respectivo funcionario debe asumir en todo o en parte los perjuicios causados, pues en estos casos de responsabilidad conexa, la entidad "repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere" (art. 78 *ibídem*).

Ciertamente mientras que las entidades públicas pueden acudir a la jurisdicción coactiva, los particulares favorecidos en esas mismas situaciones tendrán que hacer efectivos los créditos a su favor "por medio de la jurisdicción ordinaria". Además, el artículo 68 del mismo Decreto extraordinario 01 de 1984 enuncia los títulos que prestan mérito ejecutivo por la vía coactiva, pero no determina los funcionarios investidos de tal jurisdicción ni en tratándose de establecimientos públicos esa norma permite inferir que su ejercicio corresponda al representante legal, pues las ejecuciones en vía coactiva han de seguirse por los funcionarios que determine la ley y no por los que extensiva o analógicamente se crea que son competentes para ello. Es bien sabido que en el Estado de derecho la órbita de toda función pública está explícitamente señalada por el legislador.

No obstante, en el *sub lite* la entidad que libró el mandamiento de pago previamente solicitó al Tesoro de Rentas Municipales de Medellín que si no admitía estar investido en jurisdicción coactiva para cobrar no sólo los créditos del municipio sino también los de las Empresas Públicas de Medellín, remitiera las diligencias al Tribunal Disciplinario a fin de que fuera dirimido el conflicto. Y ese honorable Tribunal, en ejercicio de la función que le adscribe el artículo 7º de la Ley 20 de 1972, en providencia de 16 de marzo de 1987 atribuyó

"la competencia para conocer del proceso ejecutivo contra la compañía de 'Seguros del Estado S. A.' ", a la jurisdicción coactiva que debe ser ejercida en este caso por la "Sociedad (sic) Empresas Públicas de Medellín, a donde se enviará el expediente para que proceda de conformidad".

De otro lado, las Resoluciones 268, 395 y 517 del año 1984, proferidas por las Empresas Públicas de Medellín y que sirvieron de base para librar el mandamiento de pago, adquieren firmeza cuando quedó agotada la vía gubernativa. Y el hecho de que la sociedad ejecutada haya instaurado acción de nulidad contra las mismas ante el honorable Tribunal Administrativo de Antioquia no las resta fuerza ejecutoria puesto que mientras no sean anuladas, son obligatorias (Decreto extraordinario 01 de 1984, art. 66).

Lo dicho basta para confirmar la providencia objeto de la apelación.

Sin embargo, la Sala observa que la Sección Tercera de esta Corporación en auto de 9 de marzo del presente año revocó el dictado el 12 de marzo de 1985 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y en su lugar dispuso: "*Admítese* la demanda de reconvención presentada por las Empresas Públicas de Medellín contra Seguros del Estado S. A." (fls. 196 a 214). En la parte motiva del mismo se expresa que en ese proceso se debaten las controversias originadas "como consecuencia de la ejecución del contrato principal como los de garantía que se le incorporan" celebrados entre las mencionadas *empresas* por una parte, y Constructora Iguaná (contrato de obra pública) y Seguros del Estado (contrato de seguro de cumplimiento del de obra pública). Y si la fecha de la providencia revocada en la que menciona la Sección Tercera, vale decir, el 12 de marzo de 1985, resulta evidente que las Empresas Públicas de Medellín profirieron el mandamiento de pago apelado con posterioridad a haberse trabado la *litis* en la que ellas son la parte demandada y en esa calidad instauraron demanda de reconvención contra Seguros del Estado con miras a obtener el pago de las mismas cantidades de dinero por las cuales ulteriormente libró orden de pago en vía coactiva, sin esperar la decisión con que culminará el proceso contencioso administrativo. En tales condiciones, entre ambas partes existen dos procesos: uno que se ventila como especial (arts. 217 y siguientes del Decreto extraordinario 01 de 1984) y otro por jurisdicción coactiva sobre las mismas pretensiones. Y como la sentencia del primero ineludiblemente influirá sobre los resultados del segundo, es procedente la suspensión del último. Pero tal suspensión corresponde adoptarla al conductor del proceso ejecutivo, que en este caso es el establecimiento denominado Empresas Públicas de Medellín (C. de P. C., arts. 170 y 171).

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

Resuelve:

1º *Confirmar* el auto de mandamiento de pago de fecha cuatro (4) de junio de 1976 por las Empresas Públicas de Medellín contra Seguros del Estado S. A.

2º *Ordenar* la devolución del expediente a la entidad ejecutora para lo de su competencia en relación con la suspensión de este proceso mientras se dicta sentencia que haga tránsito a cosa juzgada en el juicio que promovieron en el Tribunal Administrativo de Antioquia Constructora Iguaná S. A. y Seguros del Estado contra Empresas Públicas de Medellín y en el cual éstas contrademandaron para obtener el pago de las mismas sumas de que trata el mandamiento de pago objeto de la apelación (arts. 267 del C. C. A. y 170 y ss. del C. de P. C.).

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuélvase el expediente a la oficina de origen y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, José Ignacio Narváez García, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Ausente.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

CESION DE CREDITOS FISCALES.—

El traslado de los sobrantes de las firmas cedentes a la ejecutada, para que puedan ser considerados como pago, necesariamente están condicionados a la existencia real de los créditos aludidos en cabeza de las compañías cedentes.

Están condicionados a la existencia real para que produzcan efectos liberatorios en favor del cesionario (reiteración jurisprudencial sobre ineficacia de la "excepción de pago" fundamentada en traslado de sobrantes desconocido por la Administración).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dos de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Abogado asistente: *Doctor Diego Omar Ordóñez Rubio.*

Referencia: Expediente número 1428. Actor: La Nación contra Capitalizadora Grancolombiana S. A. Fallo. Jurisdicción coactiva.

Procede la Sala a resolver el incidente de excepciones propuesto por la compañía "Capitalizadora Grancolombiana S. A." dentro del proceso ejecutivo que le promueve la Nación para hacer efectivo el pago de los impuestos de renta y complementarios a su cargo, correspondientes a su liquidación privada del año gravable de 1984 y el anticipo para el año gravable de 1985, por la suma de $ 5.400.000 y $ 3.400.000 respectivamente, y un saldo insoluto de $ 50.824 del año gravable de 1980.

Antecedentes:

El día 19 de mayo de 1986, la Sección de Cobranzas Fiscales de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, libró orden de pago contra la compañía ejecutada por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva y a favor de la Nación por la suma global de ocho millones ochocientos cincuenta mil ochocientos veinticuatro pesos ($ 8.850.824), siendo notificado al representante legal de la sociedad en forma personal el día 11 de junio del mismo año.

Por memorial presentado el día 24 de junio del mismo año, la compañía ejecutada a través de su apoderado legalmente constituido, propuso las excepciones de pago, alegando:

"Ocurre sin embargo que la Capitalizadora Colombiana S. A. canceló la casi totalidad de las sumas antes relacionadas, como quiera que canceló $ 8.800.000 que corresponden al impuesto de renta del año de 1984 y anticipo de 1985 en la siguiente forma:

"a) La Sociedad Industrias Rosgub Ltda. con NIT 60.004.724 cedió a favor de la Capitalizadora Grancolombiana S. A. la suma de $ 4.400.000 que tenía como sobrantes del impuesto de renta por el año gravable de 1980 según consta en solicitud número TR-500 de 27 de junio de 1985 que en fotocopia auténtica adjunto y cuyo original reposa en el Juzgado 40 de Instrucción Criminal (Anexo número 1). De estas sumas de dinero mi poderdante en su cuenta interna trasladó $ 2.700.000 del año fiscal de 1980 al año fiscal de 1984, según solicitud TR 508 de 27 de junio de 1985 cuyo original adjunto al presente escrito (Anexo 2) y $ 1.700.000 del año gravable de 1980 al año gravable de 1985 según solicitud TR-05-509 de junio 27 de 1985 que igualmente adjunto en original (Anexo 3);

"b) La sociedad B. Lugard y Calle Ltda. con NIT. 60.000.156 cedió en favor de la Capitalizadora Grancolombiana S. A. la suma $ 4.400.000 que por concepto de impuesto de renta por el año gravable de 1980 tenía a su favor según solicitud TR-05-529 de agosto 16 de 1985 que adjunto en fotocopia auténtica (Anexo 4) por cuanto el original reposa en el Juzgado 40 de Instrucción Criminal. Posteriormente la Capitalizadora Grancolombiana S. A. de estas sumas de dinero trasladó $ 2.000.000 del año gravable de 1980 al año gravable de 1984, según TR-05-542 de agosto 20 de 1985 que en original adjunto (Anexo 5) y 1.700.000 los trasladó del año gravable de 1980 al año gravable de 1985 según solicitud número TR-05-541 de 20 de agosto de 1985 que en original adjunto (Anexo 6);

"c) La suma de $ 50.824 corresponden a una sanción por inexactitud, la cual se encuentra actualmente en recursos dentro de la vía contenciosa administrativa, razón por la cual no es exigible en la actualidad.

"4. Como puede apreciarse la totalidad de los impuestos fueron debidamente cancelados en su totalidad según consta en los documentos enunciados".

Surtido el trámite de las excepciones y corrido el traslado para alegar, mediante memorial presentado el día 13 de mayo de 1987, el apoderado de la compañía ejecutada reiteró los argumentos inicialmente presentados, insistiendo en el pago efectuado por la compañía a través de la aplicación de sobrantes, la validez del pago así efectuado, su desconocimiento por las autoridades fiscales y la responsabilidad del Estado frente a los particulares por las funciones desarrolladas por sus empleados.

Posteriormente el procurador judicial de la entidad ejecutada, sustituyó el mandato a él conferido y el apoderado sustituto presentó nuevos alegatos (fls. 135 a 140 y 144 a 146) sustentando la aceptación del pago, con fundamento en lo dispuesto en el Código Civil y en los artículos 251 y siguientes del Código de Procedimiento Civil para

insistir en la naturaleza y valor probatorio de los documentos públicos que amparan la forma y el contenido de los formatos de traslado de saldos.

Se considera:

Prueba del pago por cesión de créditos a favor de terceros.

Propuesta la excepción de pago en la forma señalada mediante cesión de créditos y aplicación de sobrantes, se procede a su análisis y estudio así:

Estima la Sala que el traslado de los sobrantes de las firmas cedentes a la ejecutada, para que puedan ser considerados como pago, necesariamente están condicionados a la existencia real de los créditos aludidos en cabeza de las compañías cedentes.

Si los funcionarios de impuestos de la Unidad de Recaudo número 5, autorizaron la aplicación de dichos saldos, a esa autorización no puede dársele alcance diferente de lo que ella en sí misma significa: Una autorización, permiso o consentimiento para que los saldos créditos mencionados se aplicaran a una tercera persona diferente a los titulares originarios de los mismos.

Es lógico que dicha autorización para aplicar los supuestos saldos partía de la base de la existencia de los mismos. La causa determinante de la voluntad administrativa era esa. Si la causa no existía, la autorización decaía forzosamente.

Los documentos en los cuales se basa la compañía ejecutada para solicitar se tenga como probada la excepción de pago propuesta, no contienen una declaración de voluntad de la Administración que implique el reconocimiento de la existencia del saldo crédito que alega el excepcionante, sino que es sólo una *autorización* para aplicar los que puedan existir y que se mencionan en los mismos formatos de aplicación de sobrantes o traslados visibles a folios 81 a 86 del expediente.

Pero en realidad la autorización no produjo los efectos jurídicos buscados, pues estableció que los saldos créditos no eran verdaderos sino inexistentes, tal como quedó consignado en actos administrativos de la propia Administración, con lo cual el valor del formulario de solicitud de sobrantes o aplicación de traslados carece de la fuerza probatoria que en su condición de documentos públicos se ha sustentado la defensa de la excepcionante.

En efecto, mediante las Resoluciones números 03 de 30 de enero y 040 de 30 de mayo del año de 1986, aunque con un motivo de la negativa a expedir certificado de paz y salvo, la Administración examinó y decidió en controversia así planteada, sobre el valor probatorio y la eficacia de los cuestionados formatos de "traslado de sobrantes", en el sentido de desconocerles el que también en esta oportunidad se ha alegado por la compañía.

En la Resolución 040, dijo la Administración:

"A) Habiendo probado, plenamente, la Administración tributaria la total y absoluta inexistencia de saldos a favor de las sociedades 'Industriales Rosgub Ltda.', NIT. 60.004.724 A y 'B. Lugard y Calle Ltda.', NIT. 60.000156 A, queda desvirtuada la presunción de autenticidad y de legalidad de los documentos esgrimidos por la sociedad apelante, sin que sea necesario que se promueva y desate una tacha de falsedad, como la que se encuentra implícita en la respectiva denuncia penal ya formulada, toda vez que lo que se ha probado no es un vicio meramente formal de la prueba documental, sino la inexistencia misma del pago de impuestos y de saldos o sobrantes de retención a favor de las sociedades cedentes, caso en el cual son aplicables, de pleno derecho, los artículos 106, 107 y 111 del Decreto 1651 de 1961, como bien lo hizo el *a quo*".

Esta providencia al parecer está en firme, pues no se menciona que fuera impugnada o suspendida por la jurisdicción contenciosa administrativa, de donde surge la consideración de que habiéndose negado mediante acto administrativo los efectos a los documentos contentivos de las solicitudes de traslado de sobrantes, el análisis de su autenticidad, presunciones sobre su forma y contenido, valor probatorio, etc., según las normas del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil, sobre documentos públicos, alegados con insistencia por dos apoderados de la compañía, carece de utilidad o efecto, pues la voluntad administrativa sobre ellos es la expresada en las antedichas Resoluciones 03 y 040 de 1986 en las cuales les negó eficacia a los traslados en ellos mencionados.

Esta última manifestación de voluntad administrativa, por ser posterior en el tiempo a los discutidos "traslados" prevalece sobre lo dicho en ellos y si está en firme, como parece serlo por no haberse alegado, ni probado lo contrario, constituye el acto administrativo que definió la controversia sobre la realidad de los sobrantes y sobre la efectividad de su cesión.

Y ello no obstante que el motivo central de su expedición fue la negativa a entregar certificados de paz y salvo porque ésta precisamente se originó y fundamentó en el desconocimiento oficial de valor a los discutidos formatos de traslado o aplicación de sobrantes que son exactamente los mismos aducidos como prueba en las excepciones en el juicio de cobro por jurisdicción coactiva.

Así las cosas, al no estar probado ni demostrado la efectiva contabilización del valor correspondiente a los impuestos a cargo de la ejecutada por ingreso real de los dineros correspondientes al fisco nacional, mal puede darse por verificada la solución o pago de lo debido, máxime si la propia Administración ha sostenido, como ya se vio, que los saldos créditos base de las aplicaciones o cesiones en que se fundamentan las excepciones no existieron.

No está por demás precisar que, esta Corporación, al dirimir un caso similar, con planteamientos semejantes a los antes expuestos, en fallo de fecha 30 de mayo de 1988 (Expediente número 1426 doctor Aldana Duque), expresó:

"La Sala destaca que, acorde con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que las normas del Código Civil relativas a la cesión de créditos entre particulares no le son aplicables a la administración pública, pues de una parte el citado Código Civil de la Nación no regula las relaciones jurídicas de la administración del Estado con los particulares, y de otra parte las facultades y potestades administrativas, se sometan a las leyes especiales sobre la materia".

"Sobre el primer aspecto conviene advertir que las disposiciones del Código Civil aplicables en cierta forma a la Administración son aquellas que se refieren al estado civil de las personas, sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles, pero no las administrativas, ni el régimen de los créditos del Estado a favor de los particulares.

"Por ello, al definir que la Circular número 002 de junio 27 de 1985, por la cual se restringió la compensación de saldos créditos de los contribuyentes de impuestos administrativos por la Dirección General de los mismos, a los solos casos de deudas de los contribuyentes y sus cónyuges y no autorizar la aplicación de esos saldos en favor de terceros, la Sección con ponencia del Consejero doctor Jaime Abella Zárate; dijo:

"C) Violación del artículo 120-3 de la Constitución Nacional.

"Dadas las limitaciones constitucionales a la actuación de los funcionarios públicos y teniendo en cuenta las normas legales aplicables invocadas ahora por el delegado de la Dirección de Impuestos Nacionales y analizados igualmente por el representante del Ministerio Público, no cabe duda que la Orden Administrativa 0002 de junio 27 de 1985, vino a corregir la extralimitación en que incurrió el Director de Impuestos al disponer el traslado de saldos de la cuenta de un contribuyente a la de un tercero, distinto del cónyuge, mediante una cesión no prevista en las normas sobre extinción de las obligaciones tributarias, recaudos e imputación de fondos en poder de la Administración".

En consecuencia, no halla la Sala probada la exepción de pago con el producto de saldos créditos que "Industrias Rosgub Ltda." y "Lugard & Calle Ltda." hubieran cedidos a "Capitalizadora Grancolombiana S. A." ni le parece posible la citada cesión, por lo cual la excepción propuesta no habrá de prosperar.

2º *Valor de los recibos de pago posterior.*

Ahora bien, como de las diferentes piezas procesales que integran el expediente, la Sala observa que, a folios 130, 131 y 132 obran sendos recibos de pago expedidos por las Oficinas de Impuestos que acreditan la cancelación de los impuestos materia del presente proceso y que fueran enviados por el funcionario ejecutor, para los efectos que se estimen convenientes, es del caso tener tales documentos junto con el oficio de fecha 27 de marzo de 1987, presentado por el señor representante legal de la compañía ante las oficinas de impuestos el cual en su parte pertinente expresa:

"

"Tampoco renunciamos a la excepción de pago propuesta ante el Consejo de Estado dentro del proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva iniciado por la Nación contra Capitalizadora Grancolombiana S. A., para recaudar las sumas de dinero correspondientes a los años fiscales de 1984 y 1985".

Así las cosas, como la ejecutada no ha pedido que se tenga como pago el valor que entregó a la Administración, a pesar de que en los recibos que se leen en el folio citado dicen claramente que esta suma se recibe a título de pago, la Sala se abstiene de considerarlo como tal, pues a ello se opone la ejecutada, tal como lo expresó en la comunicación de que antes se habló.

Siendo ello así, para la Sala es claro que si la ejecutada desea que se dé por terminado el proceso, en virtud del pago proveniente de las sumas de dinero entregadas a las Oficinas de Impuestos, debe solicitarlo en forma clara y sin equívocos, a efecto de que pueda darse plena aplicación al inciso primero del artículo 537 del Código de Procedimiento Civil.

En virtud de lo antes expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Declárase no probada la excepción de pago por la compañía Capitalizadora Grancolombiana S. A., dentro del proceso que por jurisdicción coactiva le adelanta la Nación para obtener la cancelación de los impuestos de renta y complementarios de los períodos fiscales de 1984 y anticipo de 1985, con aplicación de sobrantes o saldos créditos que le fueron cedidos a la ejecutada, como se ha expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Téngase al doctor Lucio Enrique Manosalva Afanador como apoderado sustituto de la sociedad ejecutada.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, José Ignacio Narváez García, Carmelo Martínez Conn, Eduardo Laverde Toscano, Conjuez.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

TITULO IX

REVISION DE IMPUESTOS

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COACTIVO.— Alcances. Competencia.

El Decreto 2503 de 1987 instituyó un nuevo "procedimiento administrativo coactivo" para el cobro de las deudas fiscales por los impuestos y demás conceptos de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 2190. Actor: Transtanques Limitada. Autoridades nacionales.

La anterior demanda fue interpuesta por el apoderado especial de Transtanques Ltda., sociedad con matrícula 20.143 del Registro Mercantil de Bogotá, contra la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, tendiente a obtener la nulidad de las resoluciones que negaron las excepciones propuestas en el proceso de cobro de deudas de impuesto sobre la renta por el año de 1979. El proceso fue adelantado por la citada autoridad administrativa, incluido el trámite de las excepciones, conforme al nuevo procedimiento administrativo establecido en los artículos 100 a 119 del Decreto extraordinario 2503 de 1987 (diciembre 29).

Para decidir sobre la admisión y trámite a seguir la Sala Unitaria estima necesario precisar algunos de los alcances del nuevo procedimiento citado, sobre lo cual hace las siguientes *consideraciones:*

1º Con base en la facultad para "dictar normas para agilizar y hacer efectivo el cobro de los impuestos por la vía coactiva" otorgada al Presidente de la República por la Ley 75 de 1986 (art. 90-e), se expidió el citado Decreto 2503 de 1987, el cual instituyó un nuevo "procedimiento administrativo coactivo" para el cobro de las deudas fiscales por los impuestos y demás conceptos de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales (art. 100).

2º Dentro del concepto de que se trata de un "procedimiento administrativo" suprimió los recursos anteriormente existentes contra el mandamiento de pago y radicó el conocimiento y trámite de las excepciones ante el mismo funcionario ejecutor, desapareciendo así,

por sustracción de materia, el objeto de la competencia asignada a los Tribunales Contencioso Administrativos y al Consejo de Estado por el Código Contencioso Administrativo para conocer de las apelaciones y recursos de queja (arts. 133 y 129-3), así como de los incidentes de excepciones (arts. 131-5 para Tribunales y 128-13 para el Consejo). Puede agregarse que también desapareció la consulta de "sentencias dictadas en estos mismos procesos cuando fueren adversas a quien estuvo representado por curador *ad litem*" por cuanto la notificación a éste, en caso de no ser posible la personal al deudor, fue sustituída por la notificación "por correo" del mandamiento de pago (art. 103, Decreto 2053 de 1987).

3º "Los trámites del proceso ejecutivo de mayor, menor o mínima cuantía" a que anteriormente estaba sometido el funcionario ejecutor según el artículo 561 del Código de Procedimiento Civil, fueron sustituidos por los trámites del "procedimiento administrativo coactivo" establecido en el comentado Decreto 2503 de 1987.

4º De conformidad con lo dispuesto en el artículo 113, la intervención de lo contencioso administrativo quedó limitada así: "Dentro del proceso de cobro administrativo coactivo, sólo serán demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa, las resoluciones que fallen las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución; la admisión de la demanda no suspende el proceso de cobro, pero el remate no se realizará hasta que exista pronunciamiento definitivo de dicha jurisdicción".

5º La demanda apropiada ante esta jurisdicción es aquella que se presenta en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, pero en ella inciden algunos aspectos del nuevo procedimiento gubernativo, a saber:

a) Aunque en el fondo se trate de una sustitución del incidente de excepciones, adquiere identidad propia por recaer sobre actos administrativos concluidos como son las resoluciones que resuelven las excepciones y en consecuencia, está sometida a los requisitos comunes a esta clase de demandas señaladas especialmente en los artículos 137, 139 y 140 del Código Contencioso Administrativo, así como al término de caducidad de 4 meses y obviamente, al agotamiento de la vía gubernativa. En principio, piensa este Despacho que por tratarse de una demanda relativa a un crédito definitivamente liquidado a favor del tesoro público, debe otorgarse caución a satisfacción del ponente para garantizar el pago de los recargos a que haya lugar según el artículo 140 del Código Contencioso Administrativo;

b) La competencia para conocer de estos asuntos cambia en la medida en que varió su objeto, su naturaleza y su trámite: No es trámite de excepciones porque éste ya se surtió a nivel gubernativo; tampoco es de aquellos que se promueven "sobre el monto, distribución o asignación de impuestos" porque ya no se trata de determinar la cuantía del gravamen sino de su cobro coactivo.

En consecuencia, deben tratarse como procesos de restablecimiento del derecho en los que se controvierten actos del orden nacional cuya competencia está asignada a los Tribunales seccionales, los cuales

conocen en única o en primera instancia, según sea la cuantía de la obligación objeto del cobro, conforme a la competencia asignada por el Decreto 01 de 1984, en sus artículos 131 numeral 9 y 132 numeral 9. El Consejo de Estado conocerá de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia (art. 129, numeral 1º).

En consecuencia a lo expuesto, la Sala Unitaria, *resuelve:*

De conformidad con el inciso tercero del artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, pase esta demanda al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, por ser competente para conocer de ella.

Notifíquese y cúmplase.

Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

COMPAÑIA DE SEGURO.— RESERVAS TECNICAS.

El límite señalado por la ley a las reservas admisibles como pasivo no puede sobrepasarse con el argumento de la necesidad de constituir reservas cedidas al exterior.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dieciséis de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Magistrada auxiliar: *Doctora Ruth Younes de Salcedo.*

Referencia: Expediente número 1281. Actor: Compañía de Seguros Antorcha S. A. contra la Nación. Impuestos.

Previa reconstrucción del proceso, se resuelve el recurso interpuesto por la Compañía de Seguros Antorcha de Colombia S. A., contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca recaída sobre la demanda en la cual la citada sociedad pidió modificar la obligación a su cargo por concepto de impuesto sobre la renta correspondiente al ejercicio de 1973, determinada por la Dirección de Impuestos Nacionales.

En la actuación impugnada por la demandante, se estableció la renta gravable por el sistema especial de comparación de patrimonios. Por la violación de las normas invocadas en el libelo y habida cuenta de los hechos alegados, se pidió a la jurisdicción disminuir el incremento patrimonial gravado como renta. El Tribunal modificó la determinación aceptando restar de la renta gravada la cifra de $ 1.231.634, correspondiente al pasivo por concepto de reserva técnica de reaseguradores del exterior que no fue aceptado por la Administración.

La impugnación dirigida contra la sentencia recayó sobre los siguientes aspectos:

1º Por un error del Tribunal, desconoció la cifra de $ 1.500.000 que en la vía gubernativa se había disminuido del incremento patrimonial inicialmente establecido, por corresponder al aumento de capital derivado del pago de acciones suscritas.

2º En el fallo se confirmó la actuación controvertida en el sentido de no aceptar los siguientes conceptos que la sociedad presentó en la vía gubernativa y en el proceso como factores explicativos del incremento patrimonial:

Aumento en cuentas de reserva	$ 102.672		
Valorización y desvalorizaciones	$ 290.650	—	$ 114.111
Pérdida del año de 1973 y utilidad del anterior	$ 651.327	—	$ 25.064
Pasivos	$ 4.934.276		
Reserva de cartera	$ 112.286		

Hallándose en trámite la apelación, la demandante se acogió a lo previsto por el artículo 8º del Decreto-ley 236 de 1983 y desistió de las pretensiones agrupadas anteriormente bajo el nuemral 2º. El desistimiento fue aceptado.

Concepto del Ministerio Público:

En su vista de fondo la señora Fiscal Sexta conceptúa que es evidente el error en que incurrió el Tribunal al incluir dentro de la cifra de la cual partió para establecer la renta gravable, el valor de $ 1.500.000 que la Administración había descontado del incremento patrimonial y por lo tanto debe modificarse la sentencia para restar dicha cifra.

En cuanto a la reserva técnica de reaseguradores del exterior por $ 1.231.634, desestimada como pasivo por la Administración por exceder los límites señalados por la ley, artículos 72 y 217 del Decreto reglamentario 437 de 1961, la colaboradora fiscal comparte el criterio administrativo y solicita se revoque la sentencia que reconoció dicha partida, por los siguientes motivos:

El artículo 217 antes citado, autorizó a las compañías de seguros para incluir dentro de su pasivo el importe que al fin del año tuviera la reserva matemática o la técnica, según el caso, exigida por la ley, dentros de los límites en ella previstos, que conforme al artículo 72 *ibidem* era del 40% de las primas netas recibidas por el año, menos el valor de los reaseguros cedidos. La partida correspondiente en el caso *sub júdice*, ascendió a la cifra de $ 1.857.103.78 y en esa cuantía fue aceptada por las oficinas de impuestos.

En consecuencia, con la cifra aceptada por el Tribunal la reserva técnica sobrepasa en mucho el límite legal puesto que dicho concepto se dedujo para determinar la base sobre la cual se aplicó el porcentaje y volvió a hacer parte de ella con el procedimiento del Tribunal.

Para resolver la Sección considera:

Error numérico en la sentencia de primera instancia.

Habida cuenta del desistimiento parcial de la acción, la impugnación de la apelante contra la sentencia se limita al punto relativo al error en que incurrió el Tribunal, consistente en incluir dentro del incremento gravado como renta la partida de $ 1.500.000, que ya se había aceptado en la vía gubernativa.

Puesto que en la sentencia se partió de la cifra de $ 7.609.326, como renta capitalizada, mientras en la Resolución número 3300 de septiembre 12 de 1977, confirmada por el nivel superior, se aceptó como justificativa del incremento patrimonial la cifra controvertida, y se estableció como renta capitalizada la de $ 6.109.326, es innegable que el Tribunal incurrió en el error alegado, el cual debe corregirse.

Reformatio in pejus.

En razón de los respetables argumentos de la Fiscalía sobre la improcedencia de disminuir la renta gravada con la cifra de $ 1.231.634, como lo hizo el Tribunal, esta Sección no puede entrar a considerarlos con el fin de modificar la sentencia, por las siguientes razones:

Tratándose de un proceso jurisdiccional al cual son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil, para llenar los vacíos existentes en el Código Contencioso Administrativo y estando la competencia del Juez limitada por los extremos de la contienda sometida a su conocimiento, la facultad del superior se rige por lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, inciso 1º del siguiente tenor:

> "La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones".

Los autos dan cuenta de que la única parte que apeló fue la sociedad actora. No habiendo recurrido la Dirección de Impuestos Nacionales ni el Ministerio Público, el Consejo de Estado no puede resolver sin limitaciones el recurso, enmendando la providencia, o revocándola, en puntos que no fueron objeto de éste, ni están en íntima correlación con el recurso, en razón de las limitaciones que le impone la norma transcrita.

Las reservas técnicas como pasivo en las compañías de seguros.

La imposibilidad procesal de corregir el fallo del *a quo* no es óbice para compartir la interpretación de los artículos 72 y 217 del Decreto reglamentario 437 de 1961 con relación al cálculo de la reserva técnica y su cómputo dentro del pasivo, que observó la distinguida Fiscal.

La reserva técnica, calculada en $ 1.857.103.00 y aceptada por las oficinas de impuestos, fue correcta y la pretensión de que se aceptara como mayor valor del pasivo el 40% ($ 1.231.634.00) por concepto de "reserva técnica de reaseguradores del exterior" carecía de respaldo legal y en haberla aceptado consistió el error del fallo de primera instancia.

El límite señalado por la ley a las reservas admisibles como pasivo no puede sobrepasarse con el argumento de la necesidad de constituir reservas cedidas al exterior. Cosa diferente puede ser la deuda originada en primas retenidas a los reaseguradores del exterior,

cuyos saldos no remesados a 31 de diciembre constituyen verdaderos pasivos que pueden ser aceptables con los requisitos y condiciones de las deudas pero no como "reservas" al amparo de las normas especiales que fijan el pasivo fiscal para las compañías de seguros.

Por lo expuesto, la sentencia se modifica practicando una nueva liquidación para corregir el error numérico, en los siguientes términos:

Concepto *Renta*	*Base*	*Impuesto*
La gravable establecida en la sentencia	$ 6.057.683	
Menos: Partida que se incluyó por error	$ 1.500.000	
Renta gravable	$ 4.557.683	$ 1.496.766
Exceso gravable	$ 1.385.254	$ 200.294
Fomento eléctrico e I.C.S.S. 3% S/	$ 2.855.623	$ 85.669
Impuesto especial para vivienda 34% del 6% S/ $ 2.840.623	$ 170.437	$ 57.949
Adicionales y especiales: 66% del 6% S/ $ 2.840.623	$ 170.437	$ 112.489
Total a cargo:		$ 1.953.167

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:

1º Modifícase la sentencia recurrida, de acuerdo con la liquidación practicada en la parte motiva de esta providencia.

2º Fíjase el impuesto sobre la renta, complementarios y especiales a cargo de Compañía de Seguros Antorcha de Colombia S. A., con NIT. 60.034.693, por el ejercicio gravable de 1973, en la suma de un millón novecientos cincuenta y tres mil ciento sesenta y siete pesos moneda corriente ($ 1.953.167.00 M/cte.), discriminada según la liquidación que se practicó en la parte motiva de esta sentencia.

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, José Ignacio Narváez García, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS.— Procedimiento gubernativo.

Es improcedente el recurso de reposición que consagró el literal b) del artículo 42 del Decreto 1651 de 1961, en este procedimiento gubernativo.

REITERACION JURISPRUDENCIAL contenida en proveído de 27 de noviembre de 1987. Expediente 706.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dieciséis de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1280. Actor: Parker Drilling Company S. A. Impuestos.

En apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de noviembre 12 de 1983, complementada por la de febrero 7 de 1984, que falló la demanda de la sociedad Parker Drilling Company S. A., relativa a la determinación del impuesto sobre la renta a su cargo por el ejercicio de 1974, el apoderado de la actora solicita que se modifique la providencia, en el sentido de aceptar las siguientes partidas que no fueron reconocidas por el Tribunal:

1. Salidas de almacen por valor de $ 2.410.024.00.

2. Pérdida de equipo por la suma de $ 5.271.00

Previamente la sociedad solicitó nulidad de la actuación administrativa en razón de no haber concedido el recurso de reposición que consagraba el artículo 42-b del Decreto 1651 de 1961, conforme a tesis de esta Sección, expuesto en fallo de agosto 16 de 1979.

La sentencia:

El Tribunal ratificó su criterio contrario al últimamente indicado, con el criterio de considerar agotada la vía gubernativa en la forma y tiempo indicados por el artículo 22 del Decreto 2821 de 1974 con derogatoria tácita del artículo 42 del Decreto 1651 (fallos de diciembre 18 de 1978).

Con relación a las modificaciones a la liquidación y respecto de la primera partida que corresponde a repuestos salidos de bodega

para mantenimiento y reparación de equipos, la razón que adujo el Tribunal, coincide con la expuesta por la Administración en la primera providencia de la vía gubernativa, que se contrae a que fue la misma sociedad demandante la que llevó al liquidador a confundir la situación y enmarcar el desconocimiento de las partidas involucradas en la cuenta de "materiales y repuestos en almacén y gastos de manejo de materiales y repuestos", dentro del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974, en el cual fundamentó el desconocimiento de la deducción pretendida.

Y concluye así la sentencia: "En el caso debatido no cabe duda que la liquidadora procedió siguiendo exactamente lo informado por la demandante; y en este caso de la contienda se encuentra que la suma de $ 2.410.024.00, según lo afirmado por el revisor fiscal, corresponde a $ 1.618.956.00 y $ 791.067.75 por concepto de compras de repuestos, tanto de importación como locales, respectivamente (fl. 61, c. p.) concepto diametralmente opuesto a como se informó en la declaración de renta. Luego es obvio que el rechazo fue en el fondo bien efectuado, pues no se trataba de gastos de mantenimiento y reparación de equipos sino de compras de repuestos para reparación de equipos como lo afirma el mismo revisor fiscal. No prospera el cargo".

En relación con la cifra de $ 5.271.00, concluyó el Tribunal que no fue desestimada en la determinación oficial, habida cuenta de las partidas que jugaron en el establecimiento de la renta líquida.

La apelación:

Insiste el señor apoderado en la tesis de la vigencia del artículo 42 del Decreto 1651 de 1961, en cuanto al recurso de reposición contra providencias del Director de Impuestos cuando en ésta se aumenta el gravamen fijado por la Administración.

Y en cuanto a los aspectos de modificación, se concreta la impugnación en que el artículo 55 del Decreto 2053 de 1974, no es aplicable al caso, puesto que, como sostuvo en la vía gubernativa y se establece en la certificación del revisor fiscal "las partidas de $ 1.618.956.36 y $ 791.067.75, por concepto de compras de repuestos, tanto de importación como locales, respectivamente, con valor conjunto de $ 2.410.024.00, demostrados en el citado anexo (se refiere al de gastos de mantenimiento y reparación de equipos) *corresponden exclusivamente a 'salidas de almacen' de los repuestos utilizados en actividades propias de la compañía*". Destaca el memorialista.

Sobre la pérdida en venta de equipo, sostiene el señor apoderado que, tal como lo afirma el Tribunal, no se desconoció la cifra dentro de las deducciones, sino que el rechazo surgió cuando en la liquidación se partió de la suma de $ 73.107.330.00 como ingresos brutos y no de $ 73.102.059.00 de la cual partió la sociedad, sin tener en cuenta que ésta se encuentra reducida en $ 5.271.00 "tal como puede comprobarse en anexo 5-1 de la respectiva declaración", en el cual, según afirma, se denunciaron los ingresos de la compañía.

Oposición:

La Dirección General de Impuestos Nacionales, se opone a las pretensiones de la recurrente sobre aplicación del artículo 42 del Decreto 1651 de 1961, por considerarlo tácitamente derogado con la misma tesis expuesta por el Tribunal.

En cuanto a los rechazos de partidas, estima la delegada administrativa que la certificación del revisor fiscal se refiere a compra de repuestos, rubro que forma parte de los costos, mientras lo desestimado por la Administración fueron gastos de mantenimiento y reparación de equipos "conceptos bien diferentes, toda vez que de aceptar el primero, sería tanto como costear doblemente el pago: Formando parte de inventarios, y afectando la renta bruta como deducción".

Sobre la cifra de $ 5.271.00, controvierte las afirmaciones del apoderado de la actora, con base en las siguientes apreciaciones sobre el contenido del anexo 5-1 de la declaración de renta: "Analizado dicho anexo, se establecen ingresos por prestación de servicios en cuantía de $ 69.880.526.00 y en la siguiente hoja otros ingresos por un valor de $ 3.226.802.96, para un total de $ 73.107.328.96, suma ésta que fue la tomada por la oficina liquidadora, y que es exactamente la informada por la sociedad" de donde deduce que no se partió de base errónea, ni se elevaron los ingresos declarados en dicha partida.

El señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado conceptúa sobre la anulación pedida por no otorgar el recurso de reposición del literal b) del artículo 42 del Decreto 1651 de 1961, que de ser cierta la existencia de dicho recurso, había que concluir igualmente que la contribuyente no agotó la vía gubernativa y en esas condiciones habría que declarar la inhibición para fallar, previa revocatoria de la sentencia apelada.

Pero además, no sería admisible el alegato según el cual en la Resolución se le advirtió que no cabía recurso alguno, pues tal circunstancia no le impedía a la contribuyente ejercer un derecho y concluye diciendo que:

> "De todos modos a juicio de la Fiscalía, el Decreto 2821 de 1974 derogó, tácitamente, el artículo 42, literal b), del Decreto 1651 de 1961; además, en otras oportunidades, este Despacho advirtió que la Ley 52 de 1977 vino a despejar las dudas que pudieran existir acerca de la vigencia de la norma que comenta la demanda, ya que la mencionada ley no estableció, en ninguno de sus artículos, el recurso de reposición contra las providencias proferidas por la Dirección General de Impuestos Nacionales, en materia de impuestos sobre la renta y complementarios".

En cuanto a los demás aspectos, opina que debe confirmarse la sentencia, por las razones del Tribunal que se transcriben, en relación con el primer punto; y porque no puede demostrarse lo que afirma el apoderado de la actora respecto del segundo.

Consideraciones de la Sección:

1º *Insubsistencia del recurso de reposición que consagró el literal b) del artículo 42 del Decreto 1651 de 1961.*

La Sala está de acuerdo con las reflexiones de su colaborador Fiscal 3º con relación a la improcedencia del recurso de reposición que dentro del procedimiento gubernativo regulado por el Decreto 1651 de 1961, consagró el literal b) del artículo 42.

Pero es necesario convenir, como lo ha sostenido en varias oportunidades el Tribunal de Cundinamarca, que el Decreto 2821 de 1974 al regular nuevo procedimiento en materia de recursos, ampliados a otros impuestos, suprimió la posibilidad de aquel recurso al disponer en forma nítida en su artículo 22 el momento de agotamiento de la vía gubernativa al ejecutoriarse la providencia de la Dirección de Impuestos que resuelva el recurso de apelación o la consulta.

A lo ya dicho por esta misma Sala sobre esta materia (noviembre 27 de 1987, expediente número 706), puede agregarse que tal sistema lo estableció el Decreto 2821 de 1974 no obstante que contempló en el artículo 23 posibilidad de "corregir oficiosamente los errores de los actos sometidos a su conocimiento", o sea, la de aumentar los impuestos fijados en la providencia apelada o consultada.

No prospera el cargo.

2º *Salida de almacén por $ 2.410.024.00.*

El artículo 55 del Decreto 2053 de 1974, cuyo incumplimiento fue la única razón que se adujo en la liquidación oficial para desconocer la partida de $ 4.160.430.00, de la cual forma parte la de $ 2.410.024.00, exige como requisito para la aceptación de los pagos que constituyan renta bruta de trabajo o de capital la identificación de los beneficiarios.

Dicha norma tiene el ostensible propósito de facilitar a la Administración el ejercicio de sus facultades investigativas, mediante el cruce de informaciones contenidas en las declaraciones tributarias. Pero la correcta determinación del tributo, debe basarse en los hechos que aparezcan demostrados en el expediente y ajustarse a las previsiones de la ley sustancial de cuya aplicación se trata.

Los antecedentes allegados para la reconstrucción del proceso, demuestran que la cifra de $ 4.160.430.00, fue solicitada en la declaración de renta, y discriminada en el anexo 6-11, bajo el rubro "gastos de mantenimiento y reparación de equipos", nociones que indujeron equivocadamente a los funcionarios de impuestos a considerarlos como contraprestación de servicios personales —de los contemplados en el artículo 55 del Decreto 2053 de 1974—, para lo cual la contribuyente quedaba en la obligación de probar plenamente, en la etapa del recurso, la realidad del egreso, según el artículo 65 del Decreto 1651 de 1961.

De acuerdo con el artículo 65 del Decreto 1651 de 1961, el contribuyente está obligado a probar los costos y deducciones, cuando ha omitido incluirlos en su declaración de renta y patrimonio y según el artículo 63 del mismo estatuto, está igualmente obligado a demostrar los errores que alegue haber cometido en su denuncia o en las adiciones a la misma, y los hechos en que funde los recursos intentados contra las liquidaciones o providencias, disposición ésta, de la cual adujo la

Dirección de Impuestos, que en todo caso la sociedad estaba en la obligación de despejar la duda que suscitó en los funcionarios su declaración tributaria, mediante prueba plena.

Los hechos relatados demuestran que la sociedad incluyó en su declaración los costos y gastos que conformaron la partida de $ 4.160.430.00 (anexo 6-11), luego no se trataba de una omisión de los hechos denunciados. Por otra parte, para el 18 de junio de 1979, cuando se profirió la providencia que agotó la vía gubernativa, se hallaba en vigencia de la Ley 52 de 1977 que precisó en su artículo 30 las facultades de la Administración Tributaria y le ordenó expresamente ejercerlas facilitando al contribuyente la aclaración de toda duda u omisión.

Estas consideraciones llevan a la Sala a no compartir el criterio de la delegada administrativa en cuanto pretende que el certificado del revisor fiscal, aportado por la actora como prueba, no puede aceptarse porque en él se afirma que las partidas desestimadas y que integran la cifra de $ 2.410.024.00 corresponde a la compra de elementos y ello podría conducir a un doble reconocimiento, puesto que tales elementos forman parte de los costos y lo desestimado por la oficina liquidadora fueron gastos de mantenimiento y reparación de equipos.

La destrucción del expediente impide conocer ahora la declaración tributaria, que no fue aportada por las partes. Pero, con base en lo dicho en la sentencia, en las resoluciones oficiales y demás documentos de quienes tuvieron acceso al expediente original, puede establecerse que la forma como la empresa solicitó la deducción no implicaba necesariamente que se trataba de pagos constitutivos de rentas de capital o de trabajo encuadrados dentro de las prescripciones probatorias del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974.

Es así como la propia Dirección de Impuestos indicó que "la naturaleza de estos gastos eran susceptibles de demostrar a través de la prueba contable" y específicamente indicó la certificación del Revisor Fiscal como idónea para demostrar que "no estaba obligada a cumplir los requisitos señalados en el artículo 55 del Decreto 2053 de 1974" (pág. 7 Resolución R-1853-H de 1979).

Dado el encabezamiento de anexo respectivo (C-11) que fue titulado como *"gastos de mantenimiento y reparación de equipos"*, no surgía necesariamente que se trataba de salarios o de una fuerza de trabajo (como dijo la entidad oficial), sino que también era comprensible la explicación de que incluía consumo de repuestos, como lo sostuvo la compañía.

De esta situación dan cuenta los diversos documentos tomados de la contabilidad por el Revisor Fiscal y presentados como prueba con la demanda ante el Tribunal, tales como la conciliación de la cuenta materiales y repuestos en almacén y gastos de mantenimiento de materiales y repuestos, el detalle de la cuenta materiales y repuestos (general) y de la misma pero "nacional" y otros.

Del examen de ellos se deduce que la cifra de $ 2.410.024.11 rechazada en la instancia estaba conformada por los retiros de repuestos en cuantías de $ 1.618.956.36 y $ 791.067.75 mostradas en el anexo C-11 y

que sumadas a la de $ 3.046.747.50 formaron el total de $ 5.456.771.61 mostrada en el anexo 6-11 como "salidas de almacén" que confundió al Tribunal al considerarla sin ninguna discriminación.

De la citada conciliación de las cuentas certificadas por el Revisor Fiscal, se repite, se deduce objetivamente la conformación de tales partidas en forma sencilla así:

Materiales y repuestos en almacén	
Anexo (A)	
Salidas de almacén-repuestos utilizados Anexo 6-11	$ 1.618.956.36
Anexo (B)	
Salidas de almacén-repuestos utilizados Anexo 6-11	$ 791.067.75
Subtotal	$ 2.410.024.11
Gasto de manejo de materiales Anexo (C)	
Gastos manejo repuestos salidos de almacén	$ 3.046.747.50
Salidas de almacén (Anexo 6-11)	$ 5.456.771.61

Se concluye que los gastos identificados como salidas de almacén que no son más que los retiros de materiales que hace la empresa de sus propias existencias, no constituían expensas sujetas a los requisitos informativos y probatorios del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974.

Por lo demás, en el curso del proceso, con los diversos elementos contables también queda despejada la inquietud de la apoderada del Ministerio de Hacienda, no dándose una supuesta doble deducción pues no se trata de utilidad en venta de mercancía, sino determinación de costos de prestación de servicios de los cuales forma parte el consumo de repuestos del equipo, consumo que puede registrarse por varios sistemas siendo usual el que describió la demandante.

3º *Pérdida en venta de equipos.*

En este punto la Sala comparte el concepto de la Fiscalía, habida cuenta la discriminación de ingresos que según el memorial de la delegada administrativa presentó la contribuyente en su declaración. No existen dentro del informativo, elementos que permitan establecer la pérdida cuyo reconocimiento pretende la actora, pero es preciso recordar que ninguna norma facultaba a la sociedad para disminuir en forma directa sus ingresos con una "pérdida" en venta de equipos.

Dentro de la regulación del Decreto 2053 de 1974, no cabe la prestación dada por la demandante. A lo sumo los ingresos brutos pueden castigarse con las "devoluciones, rebajas y descuentos" para

mostrar los ingresos netos, pero es necesario mostrar independientemente los costos para dar la utilidad o la pérdida resultante, pero no es dable mostrar directamente ni la una ni la otra.

Esto no significa desconocimiento del derecho a reconocer la pérdida en enajenación de activos fijos, sino simplemente a que no se mostraron los elementos configurativos de ella.

Obrando en consecuencia con las reflexiones consignadas, la Sala procede a modificar la determinación controvertida, para aceptar la deducción correspondiente a repuestos utilizados en el ejercicio.

Concepto	*Base*	*Impuesto*
Renta:		
La gravable establecida en la primera instancia (según corrección de febrero 7 de 1984)	$ 23.063.057	
Menos: deducciones que se aceptan	— $ 2.410.024	
Renta gravable	$ 20.653.033	$ 8.261.213

Por 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 Modifícase la sentencia recurrida, según la liquidación que se consigna en la parte motiva de esta providencia.

2º Fíjase en la suma de ocho millones doscientos sesenta y un mil doscientos trece pesos ($ 8.261.213.00) moneda corriente, el valor del impuesto sobre la renta a cargo de la sociedad Parker Drilling Company S. A., Inc., con NIT. 60.015.974, por el ejercicio de 1974.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la oficina 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.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTO A ESPECTACULOS PUBLICOS.— Exención, eventos deportivos.

Los eventos deportivos considerados como tales o como espectáculos públicos diferentes al fútbol y al béisbol no amateur estarán exentos de gravámenes nacionales.

CONFIRMASE LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES números 1442 y 2546 de 20 de abril de 1978 y octubre 10 de 1978 en su orden, emitidas por la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., tres de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Proyectó: *Doctor José Antonio Castellanos Poveda.*

Referencia: Expediente número 0217. Actor: Autódromo Internacional Ltda. contra D. E. de Bogotá. Apelación sentencia de diciembre 17 de 1982 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad de las Resoluciones números 1442 y 2546 de 1978, proferidas por la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá. Fallo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Distrito Especial de Bogotá, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 17 de diciembre de 1982, que anuló las resoluciones dictadas por la Junta Distrital de Hacienda denegatorias de la exención del impuesto de espectáculos públicos por los eventos de ciclismo realizados en el Autódromo Internacional de Bogotá los días 5 y 26 de junio de 1977.

El expediente fue reconstruido mediante auto de 20 de octubre de 1987 (fls. 75 a 77). Por tanto es procedente resolver la apelación propuesta ante esta Corporación.

Antecedentes:

La Junta Distrital de Hacienda de Bogotá negó, mediante Resoluciones números 1442 y 2546 de abril 20 y octubre 10 de 1978, la exención del pago del impuesto de espectáculos públicos a las presen-

taciones realizadas en el Autódromo Internacional de Bogotá los días 5 de junio de 1977 (última etapa de la vuelta a Colombia en bicicleta) y junio 26 del mismo año (Premio Ricard 350 kilómetros), por considerar que la Ley 29 de 1963 derogó todas las exenciones reconocidas con carácter temporal por el legislador, conservando sólo en su artículo 3º las prohibiciones señaladas en las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946. Así mismo por considerar, conforme al artículo 183 de la Constitución Nacional, que le está prohibido al Gobierno nacional reconocer exenciones por haber quedado sin vigencia el Decreto legislativo 691 de 1950.

En la demanda (fls. 48 a 52) el actor solicitó se anularan las resoluciones antes citadas, se declarara a su favor la exención del impuesto de espectáculos públicos y se condenara al Distrito Especial al pago de perjuicios en razón de haber tenido que prestar cauciones onerosas.

Acusó y explicó el concepto de violación de las siguientes normas: Constitución Nacional, artículos 16, 20, 30, 214 y 215; Código Civil, artículos 26, 2341 y 2352; Decreto extraordinario 691 de 1950, artículo 1º (adoptado como ley por la Ley 147 de 1961) y Código Contencioso Administrativo, artículos 62, 65, 66, 67, 271, 273 y 274.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, anuló las resoluciones demandadas y reconoció la exención del impuesto de espectáculos públicos por los eventos deportivos realizados en el Autódromo Internacional de Bogotá los días 5 y 26 de junio de 1977.

La parte impugnadora:

La apoderada del Distrito Especial de Bogotá (fls. 13 a 18) reitera la solicitud de negación del beneficio con fundamento en el Acuerdo 8 de 1948 al no acreditar la actora el carácter de "precios populares" a los cobrados en el espectáculo de anterior mención. Fundamenta su alegato en la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso 748, actor Alejandro Hurtado. Compañía de Zarzuelas y Operetas "Francisca Caballer" de 14 de mayo de 1981 y que hace referencia a la existencia del impuesto destinado al fomento del deporte consagrado en el artículo 8º de la Ley 1ª de 1967 y en el artículo 9º de la Ley 30 de 1971 el cual quedó por fuera del alcance del artículo 9º del Decreto 057 de 1969, por lo cual el reconocimiento de su exención corresponde decretarlo al Concejo Distrital de Bogotá según lo ordena la Ley 29 de 1963.

Ministerio Público:

En su concepto de fondo expresa que el gravamen materia de la controversia es el establecido por la Ley 12 de 1932 cedido a los Municipios y al Distrito Especial de Bogotá por la Ley 33 de 1968 y no el establecido por las Leyes 1ª de 1967 y 30 de 1971 cuya adminis-

tración según la Ley 47 de 1968 corresponde a las Juntas Administradoras de Deportes considerando impertinentes la jurisprudencia invocada por el Distrito Especial.

Manifiesta que siendo un gravámen de carácter nacional, como se deduce de la ley que lo originó, la circunstancia de haber sido cedido a Bogotá no modifica su calificación y las entidades cesionarias (territoriales) no tienen más facultad que la de administrar, su recaudo, señalar su destinación y ordenar su inversión. Considera que la regulación estructural de dicho gravamen le corresponde al legislador y ninguna autoridad puede desconocerla con el pretexto de dar aplicación al artículo 183 de la Constitución Nacional. Sostiene que este impuesto forma parte de los cedidos por la Ley 33 de 1968 a los Municipios y al Distrito Especial y su régimen permanece inalterable conforme a la Ley 12 de 1932. Concluye que siendo un evento deportivo considerado como espectáculo público (Decreto 691 de 1950, adoptado como ley por la Ley 147 de 1961), diferente al fútbol y al beisbol no amateur está exento de gravamen nacional.

Consideraciones de la Sala:

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

"1. Un impuesto de 10 por ciento (10%) sobre el valor de cada boleta de entrada personal a espectáculos públicos de cualquier clase, y por cada boleta o tiquete de apuesta en toda clase de juegos permitidos o de cualquier otro sistema de repartición de sorteos".

Por su parte el artículo 1º, inciso 2º del ordinal primero del Decreto 1558 de 1932, expresó que se entendía por espectáculos públicos, entre otros, los siguientes: Exhibiciones cinematográficas, compañías teatrales, circos, exhibiciones y demás espectáculos de esta índole, corridas de toros, carreras de caballos y *exhibiciones deportivas* (Subraya la Sala).

De la lectura de las normas transcritas observa la Sala que al analizar las peticiones de la demanda y las causas por las que el actor se considera con derecho a la exención del impuesto de espectáculos públicos no son otras que las allí consagradas, pues bien: El arribo de la última etapa de la vuelta a Colombia en bicicleta y el gran premio Ricard 350 kilómetros constituyen el clásico evento de naturaleza deportiva señalado en las disposiciones transcritas, como lo enseña la Ley 12 de 1932 es un espectáculo público de la clase denominada exhibición deportiva. De ello se deduce que es un gravamen de carácter nacional.

Ahora bien: La Ley 33 de 1968 en su artículo 3º dispuso: "A partir de 1º de enero de 1969, serán propiedad exclusiva de los Municipios y del Distrito Especial de Bogotá los siguientes impuestos que se causen en sus respectivas jurisprudenciales: a) El impuesto denominado espectáculos públicos establecido por el artículo 7º de la Ley 12 de 1932 y demás disposiciones complementarias".

De otra parte el Decreto legislativo 691 de 1950, adoptado como ley por la Ley 147 de 1961 dispuso que los eventos deportivos considerados como tales o como espectáculos públicos diferentes al fútbol y al beisbol no amateur estarán exentos de gravamen nacionales, de donde se concluye que las justas deportivas ciclísticas efectuadas en el Autódromo Internacional de Bogotá los días 5 y 26 de junio de 1977 motivo de la demanda están cobijadas por la exención consagrada en dicha norma y las autoridades del Distrito así deben reconocerlo.

En cuanto al argumento esgrimido por el Distrito Especial en las resoluciones demandadas, de que el artículo 183 de la Constitución Nacional dejó sin vigencia el Decreto legislativo 691 de 1950, y estándole prohibido al Gobierno nacional reconocer exenciones a más de no existir Acuerdo Distrital que las consagre, la Sala considera que no fue el Gobierno nacional el que concedió la exención discutida pues carece de facultad impositiva, sino el mismo legislador quien la consagró en el Decreto 691 de anterior mención y convertido por voluntad del Congreso en la ley de la República (Ley 147 de 1961).

Por último debe tenerse en cuenta, como lo ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia, que siendo este impuesto de los consagrados como nacionales (Ley 12 de 1932), el legislador por el hecho de cederlo, no pierde la facultad de extinguirlo, modificarlo o reglamentarlo.

De conformidad con lo antes expuesto 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, Presidente de la Sala; *Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate, José Ignacio Narváez García.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA.— IMPUESTO A ESPECTACULOS PUBLICOS. Exenciones.

El Distrito Especial de Bogotá —Junta Distrital de Hacienda— carece de competencia para otorgar la exención al impuesto a espectáculos públicos.

ANULANSE LAS RESOLUCIONES números 2241 y 2450 de 8 de mayo y 21 de octubre de 1980, respectivamente, emitidas por la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., tres de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Proyectó: *Doctor José Antonio Castellanos Poveda.*

Referencia: Expediente número 0120. Actor: Roberto Echeverri Grisales contra Distrito Especial de Bogotá. Apelación sentencia de mayo 3 de 1982 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en juicio de nulidad de las Resoluciones números 2241 y la 2450 de 1980, proferidas por la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá. Fallo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Roberto Echeverri G. contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de mayo de 1982 que denegó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la liquidación de impuesto sobre espectáculos públicos. El expediente fue reconstruido por auto de 4 de septiembre de 1987 y procede resolver el recurso de apelación.

Antecedentes:

Mediante las Resoluciones números 2241 de 8 de mayo y 2450 de 21 de octubre de 1980 la Junta Distrital de Hacienda denegó la exención del impuesto de espectáculos públicos a las presentaciones realizadas por el "Desfile Hanna Barbera Show de los Picapiedras" en el Coliseo Cubierto el Campín de la ciudad de Bogotá D. E., en los días 6 y 23 de marzo de 1980.

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción el actor pidió la nulidad de las resoluciones citadas explicando el concepto de la vio-

lación de las siguientes normas de orden legal: Acuerdo 8 de 1948, Ley 60 de 1944, Ley 33 de 1968, artículo 3º y Decreto reglamentario número 057 de 1969.

El Tribunal denegó las súplicas de la demanda por haberse solicitado erróneamente al Distrito Especial la concesión de la exención del impuesto de espectáculos públicos.

El recurso de apelación:

Considera el actor que no se hizo el análisis detenido de las peticiones formuladas ante la Junta Distrital de Hacienda ante la cual siempre se ha solicitado el reconocimiento de un derecho adquirido a la exención del impuesto, el cual corresponde a la Dirección General de Impuestos Nacionales tal como lo ha aceptado el Consejo de Estado. Lo pedido en la demanda hace referencia a que "de acuerdo con el artículo 9º del Decreto 057 de 1969 al obtener el reconocimiento de la exención por parte de la Dirección General de Impuestos Nacionales se tiene un derecho adquirido, y que al Distrito solamente le compete el examen de los documentos". Sostiene que se está pidiendo al Distrito la aceptación del derecho del contribuyente "no que se le conceda" porque esto ya ha ocurrido.

"El deber de la Junta es admitir su obligación de respetar la ley, y aceptar la vigencia de la exención del impuesto". Solicita: 1º Se anulen las resoluciones proferidas en la vía gubernativa por la Junta Distrital de Hacienda que negaron la aceptación de la exención del impuesto de espectáculos públicos por carecer dicha Junta de competencia. 2º Declarar que el Distrito Especial de Bogotá debe reconocer todo derecho a la exención del impuesto de la Ley 33 de 1968 siempre que el empresario presente la resolución favorable de la Dirección General de Impuestos Nacionales y 3º Revocar la sentencia ahora apelada.

La parte impugnadora:

La apoderada del Distrito Especial de Bogotá expresa que la Junta Distrital de Hacienda profirió las resoluciones demandadas apoyada en el Acuerdo 8 de 1948 (fls. 206 a 208) y demás normas concordantes que transcribe. Manifiesta no haberse probado en la vía gubernativa el carácter de precios populares colocados por el espectáculo "Desfile Hanna Barbera Show de los Picapiedras". Agrega que los fundamentos jurídicos de la Junta Distrital de Hacienda al dictar las resoluciones demandadas se originan en el Acuerdo 8 de 1948 el cual ordena conceder la exención del pago del impuesto de espectáculos públicos cuando se haya acreditado el de los impuestos señalados en el artículo 8º de la Ley 1ª de 1967 y el artículo 9º de la Ley 30 de 1971, destinados al fomento del deporte, lo que no fue comprobado por el actor. Solicita que se confirme la sentencia apelada por no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos.

Ministerio Público:

Considera ilegal el proceder de la Junta Distrital de Hacienda pues carecía de competencia para denegar la solicitud de exención. De ello deduce ilegalidad de la decisión por desvío o usurpación de funciones las que para estos efectos están atribuidas a la Dirección General de Impuestos Nacionales. Conceptúa que el *a quo* cometió un error de derecho al no darle validez a la resolución de la Dirección de Impuestos por cuanto es ésta la competente para decretar la exención al impuesto de espectáculos públicos.

Consideraciones de la Sala:

En diversas ocasiones se ha pronunciado la Sala respecto a la exención del gravamen a los espectáculos públicos y en todas ellas ha llegado a la conclusión, previo el análisis de los elementos de juicio puesto a su consideración, de que el Distrito Especial de Bogotá —Junta Distrital de Hacienda—, carece de competencia para otorgar la exención sobre dicho impuesto el cual fue cedido a los municipios y al Distrito Especial por la Ley 33 de 1968. Al respecto el artículo 9º del Decreto 057 de 1969 dispone:

"Los espectáculos que gocen de la exención del impuesto cedido de conformidad con las Leyes 213 de 1938, 9ª de 1942, 010 de 1943, 45 de 1944, seguirán disfrutando de dicho beneficio y cuando sea necesario su reconocimiento, éste será decretado por la Dirección General de Impuestos Nacionales, previo el procedimiento establecido en los respectivos reglamentos" (Sentencia de mayo 28 de 1984, Sección Cuarta, expediente número 7657).

Evidentemente la Dirección General de Impuestos Nacionales por medio de la Resolución número R-000117-V de 3 de marzo de 1980 (fls. 168 a 171) reconoció la exención de conformidad con la Ley 33 de 1968 y 13 y 60 de 1944, para las presentaciones del "Desfile de Hanna Barbera Show de los Picapiedras" de acuerdo con la autorización dada por el Instituto Colombiano de Cultura "COLCULTURA".

Concedida la exención el demandante debió impetrar del Distrito Especial el cumplimiento de la providencia dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales y no el reconocimiento de la exención que le fue negado conforme a las Resoluciones 2241 y 2450 de 1980 (fls. 172 a 173 y 183 a 184).

Ahora bien: Como el Distrito no tenía competencia para pronunciarse sobre la exención del impuesto de espectáculos públicos como antes se ha visto, los actos acusados son nulos precisamente por esta razón.

Invocó igualmente el Distrito Especial en las resoluciones citadas, para desconocer la exención, el artículo 183 de la Constitución Nacional el cual establece: Que "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 ocu-

pados 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".

"El artículo transcrito en concepto de la Sala, no puede ser invocado por las Agencias del Distrito para no acatar el reconocimiento que de la exención del Impuesto de Espectáculos Públicos había declarado la Dirección de Impuestos Nacionales, por cuanto la entidad nacional no estaba concediendo una exención, pues ella no tiene potestad impositiva, sino reconociendo el beneficio consagrado en la Ley 60 de 1944 y sabido es que la potestad tributaria de los entes territoriales se subordina a la ley.

"Ahora bien, si el impuesto era de carácter nacional, ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia, el legislador por el hecho de concederlo no pierde el poder para extinguirlo, modificarlo o reglamentarlo" (Sentencia, Consejo de Estado, Sección Cuarta, de 8 de marzo de 1985, Radicación número 0079, Consejero ponente doctor Enrique Low Murtra).

Establecido como queda que el impuesto de espectáculos públicos creado por la Ley 12 de 1932 y cedido por la Ley 33 de 1968 a los Municipios y al Distrito Especial de Bogotá, es de carácter nacional, que la facultad para conceder su exención radica, como lo dispone el artículo 9º del Decreto 057 de 1969, antes transcrito, en la Dirección General de Impuestos Nacionales, es fácil concluir que el razonamiento del Tribunal no puede aceptarse en este punto pues la incompetencia que tenía la Junta Distrital de Hacienda para denegar la solicitud de exención conlleva la ilegalidad de la decisión contenida en las Resoluciones 2241 y 2450 de 1980, por desvío o usurpación de funciones. Tal facultad corresponde por disposición expresa a la Dirección General de Impuestos Nacionales, la que mediante Resolución número R-000117-V de 3 de marzo de 1980 concedió la exención correspondiente.

Como consecuencia de lo anterior procede revocar la providencia apelada y anular las resoluciones emanadas de la Junta Distrital de Hacienda.

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

Falla:

1. Revócase la sentencia apelada.

2. Anúlanse las Resoluciones números 2241 y 2450 de 8 de mayo y de 21 de octubre de 1980, proferidas por la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá D. E.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate, José Ignacio Narváez García.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.— Determinación de la base gravable.

El gravamen de industria y comercio se debe determinar sobre el monto de las ventas brutas hechas por el establecimiento comercial e industrial dentro del territorio de su jurisdicción.

IMPUESTO A LA PRODUCCION PRIMARIA. Prohibición.

Subsiste la prohibición de gravar la producción primaria agrícola o ganadera, tal como quedó precisado en el artículo 1º del Decreto reglamentario 84 de 1964.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintiuno de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 0236. Actor: Fábrica de Café La Bastilla S. A. Impuestos (Industria y Comercio).

Una vez reconstruido el expediente, corresponde decidir el recurso de apelación que el apoderado de Fábrica de Café La Bastilla S. A. de Medellín, interpuso contra la sentencia de 25 de agosto de 1984, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el juicio de revisión de la operación administrativa de la liquidación del impuesto de industria y comercio fijado para el año de 1981 por el Municipio de Medellín y contenida en la Resolución número 046 de diciembre 4 de 1981, confirmada por la Junta de Hacienda en Acta de agosto 6 de 1982.

El Tribunal denegó las peticiones de exoneración o, en subsidio, de modificación del impuesto que la demanda fundamentó, en resumen, en los siguientes aspectos:

a) Que el café no puede ser gravado con el impuesto de industria y comercio en virtud de la exención de toda clase de impuestos consagrada en el artículo 15 de la Ley 126 de 1931 y el artículo 5º del Decreto 2025 de 1933 y,

b) Que el promedio mensual de ingresos brutos que sirvió de base a la liquidación oficial, no corresponde a la realidad porque se incluyeron ventas realizadas en otros municipios violando la competencia territorial del de Medellín.

El señor apoderado de la empresa insiste en sus puntos de vista iniciales que el apoderado judicial del Municipio de Medellín refuta de manera enfática, también en resumen, así: Con base y transcripción de un fallo del Consejo de Estado (febrero 26 de 1970) y otro del Tribunal de Antioquia (noviembre 12 de 1982), considera que fue el propio legislador quien al dictar la Ley 29 de 1963, aclaró el sentido y alcance de las prohibiciones consagradas en las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946, diciendo que ellas se refieren a la producción primaria agrícola o ganadera y al tránsito de los productos alimenticios. En consecuencia, la norma aplicable es el artículo 3º de la Ley 29 de 1963, conforme a la cual la prohibición de gravar impuesta a los municipios, es sobre la producción primaria agrícola o ganadera y por tanto no cobija la actividad de la reclamante que consiste principalmente en la transformación industrial del café.

Y, en cuanto a la inclusión de las ventas en otros municipios en la base gravable, comienza primero por afirmar que no cabe duda alguna sobre la calidad de contribuyente en su condición de persona jurídica que desarrolla una actividad industrial consistente en la elaboración y venta de café tostado y molido, actividad para la cual el Municipio de Medellín adoptó como base el promedio mensual de ingresos mercantiles en moneda legal, así como otros municipios han tomado como medida los kilovatios consumidos y en otros los arrendamientos percibidos y además se apoya en la solución que el mismo Tribunal de Antioquia dio el 20 de febrero de 1981 al juicio de Gaseosas Posada Tobón S. A. (que a su turno se basó en la de octubre 15 de 1980, Cementos El Cairo) en la cual se afirmó que el citado impuesto se orienta no hacia lo que se produzca o venda, sino a la existencia misma de la fábrica o local, o sea, su presencia dentro del territorio de la municipalidad y partiendo de esa premisa el promedio mensual de las ventas brutas es la regla para tasar el impuesto.

En sentido similar y con petición de que la sentencia sea confirmada, el señor Fiscal Tercero ante esta Corporación coincide en mucho con los anteriores planteamientos. En cuanto al primer aspecto también concluye que como se trata de una industria manufacturera, no cabe ubicarla dentro del privilegio que la Ley 126 de 1931 le dio a la producción del café.

En cuanto al segundo aspecto, luego de deslindar la naturaleza del gravamen, precisa que:

> "El hecho gravado viene a ser la actividad industrial y comercial misma. Y el elemento que sea usado para determinar el *quántum* del tributo en cada caso determinado o concreto, dependerá de lo que el acuerdo municipal respectivo haya dispuesto. En el caso del Municipio de Medellín, los Acuerdos 17 de 1971 y 22 de 1980, precisan que ese elemento o factor determinante consiste 'en el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicados en el artículo anterior, con exclusión de: Devoluciones-ingresos provenientes de venta de activos fijos y de exportaciones, recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio está regulado por el Estado y percepción de subsidio'.

"Como se ve, la norma municipal no excluye los ingresos brutos por ventas efectuadas fuera de Medellín, si bien hubiera podido hacerlo como sucede en otros distritos municipales. Es más, habría podido tomar otro factor o elemento o rubro para determinar el monto del tributo. Pero no lo hizo así, sino que, partiendo de la amplia facultad que le otorgan las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, lo mismo que la Ley 29 de 1963, lo hizo de diversa manera, sin que por ello pueda decirse que haya violación de disposición legal de orden jerárquico superior".

Para resolver se considera:

1º *Prohibiciones a los Municipios para gravar con el Impuesto de Industria y Comercio.*

De acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Sala no es aceptable la petición de exoneración total de Impuesto de Industria y Comercio a la empresa demandante con base en la prohibición de "gravar el café con impuesto de consumo, de tránsito u otros que dificulten la ampliación de su consumo o comercio en el país" establecida por el artículo 5º de la Ley 126 de 1931.

La Ley 29 de 1963 al tiempo que derogó "exenciones" y estableció que en el futuro solamente podría decretarlas los mismos municipios, dejó subsistentes solamente las "prohibiciones" que consagran las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946, de lo cual fácilmente se deduce que la prohibición consagrada en la Ley 126 de 1931, quedó sin efectos con relación al Impuesto de Industria y Comercio.

De las prohibiciones que subsistieron se destaca la de gravar "la producción primaria, agrícola o ganadera" tal como quedó precisado en el artículo 1º del Decreto reglamentario 84 de 1964. Entendida la producción primaria como aquella que no es objeto de ningún proceso de elaboración o transformación, obviamente no cobija a la actividad desarrollada por la demandante que es industrial en el sentido de que implica elaboración de un proceso fabril para obtener el café molido.

La jurisprudencia que respalda esta decisión es muy amplia y basta recordar la sentencia de 10 de abril de 1967 (Ponente doctor Alfonso Meluk) que declaró la legalidad del Decreto reglamentario 84 de 1964 y la de Sala Plena de mayo 24 de 1983 (Expediente 10906) que resolvió considerar suprimida la prohibición respecto a "artículos de primera necesidad" contenida en la Ley 20 de 1946, providencia con la cual quedó sentado por la Corporación el criterio mencionado sobre alcances de la Ley 29 de 1963.

2º El tema del cómputo de las ventas efectuadas en otros municipios dentro de la base tomada para el cálculo del gravamen ha sido objeto de agitada controversia como lo demuestran los juiciosos estudios de los señores representantes del sector oficial y del Ministerio Público.

En la más reciente jurisprudencia sobre este particular esta Sección, con ponencia de la Consejera Consuelo Sarria Olcos (Expediente número 0163 Cementos El Cairo S. A.) expresó en la sentencia de 11 de marzo de 1988, lo siguiente:

> "No escapa a la Sala que el concepto de ventas brutas, se adopta en dicho acuerdo, como un criterio para precisar el *quántum* del gravamen y no es el hecho generador del mismo, pero ello no implica el que la reglamentación que así lo establece, pueda tener vigencia y aplicación más allá del ámbito de competencia de la autoridad que la expide".

Lo anterior es reiteración del criterio adoptado por la misma Sección en fallo de 5 de junio de 1987 con ponencia del Consejero Hernán Guillermo Aldana Duque (Expediente 0129, Cementos El Cairo S. A.), en el cual se dijo:

> "La Sala considera que el gravamen de industria y comercio se debe determinar sobre el monto de las ventas brutas hechas por el establecimiento comercial e industrial dentro del territorio de su jurisdicción, pues la actividad de ventas verificada fuera de él no podría ser materia de la decisión administrativa que se extendería, en caso contrario, a un territorio dentro del cual carece de competencia.
>
> "La solución propuesta implica el riesgo de que cuando las ventas se realicen fuera del territorio municipal donde funciona el comercio, industria o actividad objeto del gravamen la tributación podría no gravarse; pero estaría sujeta la acción de comercio a la imposición en otra área territorial donde la operación de enajenación se verifique.
>
> "La sola existencia de un comercio o de una industria no podría por sí sola ser objeto de gravamen separadamente del desarrollo o ejecución de la actividad que les es propio. No puede haber impuesto sin un ingreso que lo justifique, pues los contribuyentes estarían tributando sobre eventuales faltas de ingreso o sobre pérdidas, lo cual es contrario a la equidad tributaria y al principio de cada cual según sus capacidades".

Cierto es que el artículo 2º del Acuerdo 22 de 1980 del Concejo Municipal de Medellín establece el gravamen a "las actividades industriales, comerciales o de servicios que ejerzan en su territorio" *(hecho gravado)*, motivado en el "empleo o utilización del equipamiento e infraestructura municipales" (causa) y que conforme al artículo 22, *la base* sobre la cual se liquida está constituida por el promedio de ingresos brutos mercantiles que realicen los establecimientos durante el respectivo año y que el parágrafo del mismo artículo precisa el concepto de "ingresos brutos" como el proveniente del valor total de las ventas realizadas.

Y cierto es también que donde la ley no distingue, no le es permitido hacerlo al intérprete; pero no es menos cierto y este es el enfoque que se ha menospreciado, que en la interpretación de las normas reguladoras de este impuesto no debe olvidarse que los límites de su aplicación y sus alcances están circunscritos física y

jurídicamente a los límites territoriales del Municipio, sin que ni por aplicación directa ni por interpretación amplia pueda extenderse a otras áreas municipales.

Todo lo dicho en los respectivos acuerdos municipales debe entenderse circunscrito al área de su competencia y este criterio comienza por predicarse de la realización del "hecho gravado", o sea, el "ejercicio de una actividad industrial, comercial o de servicios"; en la generalidad de los casos resulta fácil establecer este hecho pues se demuestra básicamente con la apertura de un establecimiento comercial entendido éste como el conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa que no son otros que la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o la prestación de servicios.

Pero tal criterio no sólo debe aplicarse con relación al "hecho gravado", sino también a la base gravada cuando como en el caso de las "ventas", resulta en una íntima conexión con el hecho gravado.

De ahí que la Sala haya aceptado que de la base gravable del industrial, conformada en principio por el total de sus ventas, se puede descontar el valor de aquéllas operaciones realizadas directamente, por ella misma, en otros municipios. Y esta interpretación resulta armónica puesto que en aquellos otros municipios, en donde no posee instalaciones fabriles, pueden cobrar el impuesto causado en el ejercicio de la actividad comercial y de hecho lo cobran. De no aceptar el descuento de las ventas realizadas en otros municipios se presenta, no una doble imposición por falta de la identidad de sujeto activo, pero sí una multiplicidad de impuestos sobre la misma base con evidente injusticia.

No obstante las deficiencias propias de los expedientes que fueron destruidos en la tragedia del Palacio de Justicia en noviembre de 1985, puede establecerse que a la empresa reclamante las oficinas de Impuestos Municipales de Medellín le establecieron (Resolución 046 de diciembre 4 de 1981) como ventas básicas para calcular el promedio mensual, el gran total de ventas en todo el país por valor de $ 326.756.797.00 (promedio: $ 27.229.733.00) y que estaba conformado según certificado de Contador Público, así:

Producido y vendido en Medellín	$ 139.566.756
Producido en Medellín y vendido en otros Municipios de Antioquia	$ 107.422.627
Producido y vendido en Bogotá	$ 79.767.414
Total:	$ 326.756.797

Mediante pruebas consistentes en certificaciones de los respectivos Revisores Fiscales (que a su turno hicieron referencia a otros documentos —fls. 92 y 93—), se estableció que la Industria Colombiana de Café S. A. produjo en su fábrica de Bogotá para la reclamante —Fábrica de Café La Bastilla S. A.—, café granulado que fue vendido y entregado a Industria Colombiana de Chocolates S. A. (distribuidor)

por el citado valor de $ 79.767.414.00 y que se computó en la declaración de ésta para pagar el impuesto en Bogotá de esta última compañía, con todo lo cual, para la Sala, queda demostrado que dicho valor no podía formar parte de la base gravada como producción y venta de la fábrica de Medellín y por tanto fue ilegalmente computada.

En cuanto a la cifra de ventas en otros municipios de Antioquia no hay ninguna otra prueba que complemente la del señor Revisor Fiscal, ni del tratamiento en otros municipios, lo que impide adoptar una solución igual.

En consecuencia, accede la Sección a practicar una nueva liquidación por el período fiscal de 1981, con base en las ventas de 1980, deducidas las correspondientes a Bogotá, así:

Ventas totales	$ 326.756.797	
—Producción y venta en Bogotá—	$ 79.767.414	
	$ 246.989.383/12 =	promedio $ 20.582.449
X 2.4 por mil	$ 49.398	gravamen mensual

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

Falla:

1º Revócase la sentencia de agosto 25 de 1984, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia (Acta número 30).

2º Modifícase la liquidación del Impuesto de Industria y Comercio fijada por el Municipio de Medellín por al año gravable de mil novecientos ochenta y uno (1981) a la Fábrica de Café La Bastilla S. A., con NIT. 90.901.446.

3º Fíjase en la cantidad de cuarenta y nueve mil trescientos noventa y ocho —$ 49.398.00— mensuales, el valor del mismo impuesto que le corresponde pagar por el citado ejercicio de 1981.

4º Mediante los trámites administrativos de rigor y las pruebas que sean del caso, el Departamento de Impuestos Municipales de Medellín, devolverá o compensará a la sociedad anteriormente citada el exceso de impuestos que haya pagado con relación a la liquidación aquí practicada.

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, José Ignacio Narváez García, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

DEMANDA DE IMPUESTOS.— Requisitos. PAGO PREVIO.

La caución, aunque de libre fijación por parte del Magistrado, no puede llegar hasta el extremo de perdonarla en su totalidad; la discrecionalidad se relaciona con la determinación de su cuantía, pero no la de su existencia mientras esté de por medio el interés del Estado de que se garantice el pago de sus impuestos.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Cuantificación.

El descuento de las inversiones en sociedades deberá hacerse incluida la valorización respectiva, puesto que esta última también forma parte del activo bruto aunque en renglón independiente.

DEMANDA.

El requisito de pago o caución de los impuestos para aceptarla. Artículo 140 del Código Contencioso Administrativo. La caución aunque de libre fijación por parte del Magistrado, no puede llegar hasta el extremo de perdonarla en su totalidad; la discrecionalidad se relaciona con la determinación de su cuantía, pero no con la de su existencia mientras esté de por medio el interés del Estado de que se garantice el pago de sus impuestos.

PAGO PREVIO de los impuestos como requisito para admitir la demanda —art. 140 del C. C. A.— los intervinientes en el proceso gozan de las siguientes oportunidades para advertir su cumplimiento:

1º En primer lugar el abogado del demandante quien debe presentar la demanda con todos los requisitos y formalidades de ley. Cuando se trate de demandas de impuestos en que no procede caución, el deber mínimo consiste en ofrecerla al Juez.

2º En segundo lugar, el Magistrado, quien debe velar en extremo por exigir el cumplimiento de todas las formalidades para admitir la demanda, a fin de evitar a toda costa fallos inhibitorios.

3º El demandado, o sea, la entidad pública quien, desde un principio, tiene posibilidad de objetar la admisión de demanda irregular y finalmente.

4º El Ministerio Público en uso de sus amplias facultades que le permiten intervenir en todo el proceso.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

En el sistema basado en activos brutos vinculados al municipio debían descontarse las acciones por su valor total, incluida la valorización, pues si las sociedades a las cuales se refería la inversión estaban en el mismo Municipio, ellas mismas eran gravadas sobre su propio patrimonio y si estaban ubicadas en otro municipio, no podían gravarse por pertenecer a otra jurisdicción.

Impuesto de Industria y Comercio.

Estando pagado todo el impuesto no es necesaria la caución del artículo 140 del Código Contencioso Administrativo.

PAGO PREVIO.

No obstante los criterios de la doctrina sobre este requisito, el Código repitió en el artículo 140 la exigencia que hacía el anterior en el artículo 68.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintiocho de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 207. Actor: Cartón de Colombia S. A. contra Municipio de Yumbo. Impuestos (Industria y Comercio).

Previa reconstrucción del expediente destruido en el nefando asalto al Palacio de Justicia en noviembre de 1985, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que la sociedad Cartón de Colombia S. A., con domicilio en Cali, interpuso contra la sentencia de 24 de enero de 1985 dictada en juicio de revisión del Impuesto de Industria y Comercio que instauró contra la operación administrativa que lo determinó por el ejercicio fiscal de 1981 en el Municipio de Yumbo.

La demanda:

De conformidad con el Código vigente en esa época (Ley 167 de 1941) se solicitó la revisión de la operación administrativa que determinó el Impuesto de Industria y Comercio por el ejercicio de 1981 en el Municipio de Yumbo por un total de $ 18.160.176.00 contra

el determinado por la propia empresa de $ 9.618.300.00, o sea, con una diferencia $ 8.541.876.00. La llamada en aquella época operación administrativa, estuvo integrada por los siguientes actos: Resolución 0296 de octubre 27 de 1980 de la Junta Municipal de Aforos de Yumbo (Valle); Resolución 310 de noviembre 25 de 1980 de la misma Junta, las cuales tuvieron por fundamento el Acta de Visita de septiembre 11 de 1980 y el Acta de Adición de octubre 15 de 1980.

Conforme al procedimiento indicado en el Acuerdo municipal 042 de 1973 (septiembre 22) del Concejo Municipal de Yumbo, la sociedad presentó en junio de 1980 el Balance General cortado a diciembre 31 de 1979 a efectos de que la Junta procediera a liquidar el Impuesto de Industria y Comercio para el año gravable de 1981.

Previa inspección a los libros de contabilidad, la Junta de Aforos determinó como base gravable un activo bruto discriminado así:

Activo bruto determinado para Yumbo		$ 1.342.295.377
MAS: Caja y Bancos-excedente del total presentado en el balance		$ 74.199.920
59% del total de cuentas por cobrar a clientes		$ 589.703.377
	Activo Bruto	$ 2.006.198.614
Menos: Bienes raíces	$ 283.944.000	
Inversiones	$ 40.757.118	— $ 324.701.118
	Total base gravable	$ 1.681.497.496

IMPUESTO: $ 1.681.497.496 × 9% = $ 1.513.348 (mensual).

El Municipio dijo haberse basado en el artículo 21 del Acuerdo 042 de 1973, que si bien es cierto que prescribe que los aforos deben hacerse en el mes de julio, en el caso de esta empresa dicho término se amplió en razón de la visita e inspección a los libros de contabilidad aceptada por el contribuyente.

Impugnó esta actuación la empresa y concretó su demanda a una petición principal de nulidad de los actos liquidatorios y devolución de todo lo pagado por el año de 1981 y una subsidiaria consistente en determinar el monto a cargo en $ 801.525.00 que fijó en su liquidación y en consecuencia, ordenar la devolución de lo pagado en exceso sobre tal impuesto.

La petición de nulidad total la fundamenta en las siguientes consideraciones:

1º No existía regulación legal vigente del Impuesto de Industria y Comercio en el Municipio de Yumbo según la siguiente historia de las disposiciones del honorable Concejo Municipal: En el año de

1978 (octubre 19) mediante el Acuerdo número 015 dispuso que el citado impuesto "se regirá a partir del año gravable de 1979" por las disposiciones contenidas en el mismo acuerdo (art. 1º), habiendo entrado a regir (según el art. 73) el 1º de enero de 1979 y derogando las disposiciones contrarias.

En virtud de este acto se derogaron los acuerdos anteriores que reglamentaban el Impuesto de Industria y Comercio y entre ellos el Acuerdo 042 de 1973.

Posteriormente, el día 30 de enero de 1979 el Concejo expidió el Acuerdo 05 que estipuló textualmente:

> "Artículo 1º Derógase en todas sus partes el Acuerdo 015 de 1978 sobre organización y tecnificación del Impuesto de Industria y Comercio".
>
> "Artículo 2º Mientras se hacen estudios técnicos que consulten las necesidades de los considerandos del presente Acuerdo, el Municipio liquidará aplicando el Acuerdo 042 de 1973, el 013 de 1977 y 019 de 1977".
>
> "Artículo 3º Este Acuerdo rige a partir de su sanción por la Alcaldía".

Considera el señor apoderado que por aplicación del artículo 14 de la Ley 153 de 1987, una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, el Concejo debió reproducir los derogados Acuerdos 042 de 1973, 013 y 19 de 1977 y no limitarse a citarlos por su número y fecha.

Ante la ausencia de norma que regulara este impuesto por los años de 1979, 1980, 1981, no puede ser obligado a pagar un impuesto para el cual no existe legalmente base gravable, tarifa aplicable, forma de recaudación, autoridades encargadas de liquidarlo, etc. y por ello cualquier acto liquidatorio viola el ordinal 2º del artículo 169 de la Ley 4ª de 1913.

2º La petición subsidiaria de revisión o modificación de la base gravable y el impuesto, se concretan a la siguiente:

a) Es erróneo adicionar al activo bruto declarado para estos efectos, con $ 74.199.920.00 de Caja y Bancos, por cuanto esta cifra representa el efectivo poseído por Sucursales ubicadas en otros municipios del país; sólo correspondía Yumbo $ 1.093.573.00 que ya estaba incluido en el balance;

b) Ante la falta de claridad de la ley, inclusive de los criterios contables sobre lo que debe entenderse como activo vinculado en el caso de la cartera comercial, el Municipio venía tradicionalmente aceptando como base gravable solamente la originada en clientes de la misma localidad; pide se acepte el criterio de la misma empresa que incluyó en su declaración lo que consideró activo vinculado a la actividad gravable con respecto a los criterios ya empleados;

c) La negativa de la Junta de descontar la suma de $ 140.849.652.00 correspondiente a la valorización de activos es ilegal pues ordenado el descuento de alguno de ellos como el de las acciones (Pulpapel S. A.) se debe descontar su valor incluida su valorización.

La consecuencia de esta petición es la de que se mantenga la liquidación privada en $ 801.525.00 para un total de $ 9.618.300.00 al año.

La sentencia:

Aceptada la demanda por auto de 24 de julio de 1981, surtido el respectivo trámite y practicadas las pruebas solicitadas, el Tribunal observó que la demandante solamente había presentado dos recibos de diciembre 80 y abril 81, que cubrían $ 7.021.584.00 y considerando no satisfecho el requisito de pago previo (según la regla de *"solve et repete"*) consagrada en el artículo 86 del anterior Código Contencioso Administrativo repetida hoy en el inciso tercero del artículo 140 del Decreto 01 de 1984, conceptuó, con apoyo en algunas providencias de esta Corporación que no habiéndose comprobado el pago ni prestado caución, no podía dársele curso a la demanda y resolvió *"declarar probada la excepción de inepta demanda"*.

El concepto del Fiscal:

En juicioso estudio contenido en la vista número 85-87 el Fiscal Tercero conceptúa que debe revocarse la sentencia y entrar a estudiar las peticiones de la demanda a las cuales también se refiere.

Comparte el Ministerio Público los planteamientos del señor apoderado sobre el efecto de la falta de caución en los juicios de impuestos y tras destacar la diferencia que hacía el Código (y el nuevo también en el art. 143) entre el rechazo de la demanda (por falta de formalidades esenciales) y la no admisión por formalidades susceptibles de corrección para concluir que la caución era de esta clase y que la facultad dada al Magistrado por el artículo 86 de la Ley 167 de 1941 era discrecional. Puesto que la omisión de la caución no se debió a la voluntad del demandante sino a la resolución discrecional del Magistrado conductor del proceso no era dable ni la declaración de inepta demanda ni tampoco la inhibición para fallar de fondo.

En cuanto a los aspectos de fondo conceptúa:

a) En su desordenado tratamiento de materia tan delicada como la previsión de los impuestos municipales el no haber seguido la regla contenida para las leyes en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 no recobra vigencia el Acuerdo 005 de 1979, puesto que aquella norma se aplica a las leyes en sentido formal y no a los acuerdos municipales que como actos administrativos, aunque de carácter general, deben ser obedecidos mientras no sean suspendidos o anulados por esta jurisdicción;

b) En cuanto a los aspectos particulares de la liquidación acepta el relativo a la valorización con lo cual la base gravable viene a ser de $ 890.583.608.00 descontando del activo bruto según balance el valor

de las inversiones y su valorización, los inmuebles ubicados en Yumbo y lo correspondiente a sucursales y agencias, con lo cual llega a una base gravable de $ 890.583.608.00 igual a la determinada por la sociedad en su denuncio inicial a las autoridades municipales de Yumbo.

Consideraciones de la Sala:

1º *El requisito del pago o caución de los impuestos para aceptar la demanda.*

La antigua regla del *"solve et repete"* o sea, la necesidad de pagar o garantizar el impuesto que se discute ante las autoridades, ha sido en la doctrina tributaria moderna duramente criticada, en cuanto representa una traba al acceso del ciudadano a la jurisdicción y una merma del derecho de defensa del contribuyente, puesto que la justicia es un servicio público a cargo del Estado (art. 58, C. N.) y éste goza de otros mecanismos privilegiados para lograr el cobro de los gravámenes.

No obstante esta tendencia doctrinaria conocida en el país, el Código de 1984 repitió en el artículo 140 esta criticada institución y la extendió a tasas, contribuciones y multas para lo cual copió casi textualmente al artículo 86 de la Ley 167 de 1941; es cierto que corrigió alguno de los defectos observados, como al ordenar la compensación por la pérdida de valor del dinero devuelto años después y mediante la devolución con intereses comerciales.

El artículo 140 del Decreto 01 de 1984, después de establecer la necesidad de acompañar a toda "demanda de impuestos" el comprobante de haberse consignado éste en calidad de depósito, estatuye en el inciso final (en igual forma como lo establecía el también inciso final del art. 86 de la Ley 167 de 1941):

". . . . . .

"El comprobante de depósito de que se trata se refiere a los casos en que leyes especiales exijan la consignación previa de la suma liquidada o debida. En los demás bastará que se otorgue caución a satisfacción del ponente para garantizar el pago con los recargos a que haya lugar en cuanto fuere desfavorable lo resuelto".

Pero en cuanto a los efectos de su falta, nada nuevo dispuso el Código, quedando así esta materia contemplada dentro de las normas generales relativas al cumplimiento de los requisitos de la demanda, contenidas en el artículo 143 en texto casi igual al del artículo 87 del Código del año de 1941 y conforme a los cuales y según el primer inciso del artículo 143:

"No se dará curso a la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores y su presentación no interrumpirá los términos para la caducidad de la acción. . ."

Como agudamente lo observa el señor Fiscal, la caución como requisito adjetivo a que se refería el artículo 86 del Código anterior

(y el 140 del nuevo), no dependía del demandante sino del Magistrado sustanciador, pues es éste quien debe fijarla para aceptar la demanda. Esta premisa lo llevó a concluir que si el Magistrado aceptó la demanda sin fijar caución fue porque lo estimó así a su satisfacción y para él no hay duda en que la potestad del artículo 86 era de tipo discrecional, de suerte que al admitir la demanda sin señalar la caución, el auto admisorio se convirtió en ley del proceso que debe respetarse.

La Sala no comparte en su totalidad las anteriores apreciaciones de su distinguido Fiscal, puesto que la caución, aunque de libre fijación por parte del Magistrado, no puede llegar hasta el extremo de perdonarla en su totalidad; la discrecionalidad se relaciona con la determinación de su cuantía, pero no la de su existencia, mientras esté de por medio el interés del Estado de que se garantice el pago de sus impuestos.

Pero la Sala concuerda con la siguiente distinción que observó el Agente del Ministerio Público:

> "F) En el pensar de la Fiscalía, como también lo anota el recurrente, la inepta demanda sólo puede tener lugar cuando va contra postulados sustanciales de la acción. Cuando ocurre un defecto adjetivo de la demanda *no advertido* en el momento de admitirla, el juzgador dictará sentencia simbólica declarándose inhibido, no declarando inepta demanda;
>
> "G) La figura de *la ineptitud de la demanda* es la consecuencia de una excepción, o sea de uno de esos medios o mecanismos que, en derecho procesal, suele valerse, en virtud de la ley, el demandado, en ejercicio de su defensa, bien para contrarestar (excepciones dilatorias) bien para desvirtuar (excepciones perentorias o de fondo) la acción instaurada, y que, en ciertos eventos, pueden ser declaradas de oficio por el juzgador, sin instancia de parte (art. 111 del C. C. A. antiguo; 164 segundo inciso del C. C. A. actual). Como la excepción examinada por el *a quo* y aplicada de oficio por éste, es de aquellas que se denominan *dilatorias* (o previas), porque versa en lo atinente a una formalidad adjetiva, es claro que, de existir, habría traído consigo *una inhibitoria* para fallar en el fondo, y no una declaración de ineptitud de la demanda como lo hizo el Tribunal".

Aunque en la práctica no surta los efectos que enseña la teoría, resulta válida esta distinción, pues al declararse inepta una demanda, el fallo hace tránsito a cosa juzgada, lo que no ocurre con la sentencia simbólica que declara la inhibición. En este último evento queda abierta la posibilidad de intentarse de nuevo, salvo que haya operado la caducidad y es por este factor que en la práctica pierde su utilidad, puesto que generalmente ya se ha operado.

Para la Sala en el caso que se resuelve, es innecesario entrar a dilucidar los importantes aspectos procesales teóricamente planteados por los distinguidos intervinientes porque según los acontecimientos y situaciones de hecho, lo que sucede es que el Tribunal de manera criticable y ligera procedió de oficio a "declarar probada la excepción

de inepta demanda" por la supuesta falta de requisito de caución del impuesto sin consideración a circunstancias que no lo hacían operante, a saber:

1ª Que un elemental deber del fallador es evitar los llamados fallos inhibitorios que no son sino el reconocimiento tardío de fallas procesales, en ocasiones atribuibles al mismo Juez.

2ª Que si, ciertamente, el actor no ofreció prestar caución —como era su mínimo deber— al menos advirtió en la demanda que "a la fecha el contribuyente ha cancelado el valor del impuesto correspondiente a los dos primeros trimestres del presente año, lo que se acredita con los recibos que más adelante se relacionan" (número 11 de la relación de hechos) y en la relación de pruebas figuran "xerox-copias autenticadas de los recibos de pago del Impuesto de Industria y Comercio en el primer semestre del año 1981, recibos números 3992 y 0661".

3ª Que la atención y trámite por la vía gubernativa de los recursos interpuestos, hacía suponer el cumplimiento de este mismo requisito del pago o garantía previa que generalmente se pide en la etapa administrativa.

4ª Que según el artículo 25 del Acuerdo número 42 de 1973 (aplicable según el Acuerdo 05 de 1979) "para que el recurso interpuesto pueda ser atendido los interesados deberán... presentar el recibo de Paz y Salvo por concepto de Impuesto de Industria y Comercio..."

Con tales antecedentes era razonable no fijar caución como el mismo Magistrado resolvió al aceptar la demanda, luego mal podía posteriormente, sin ninguna indagación o advertencia, declarar probada excepción que además de no ser procedente en el Código de 1941 (art. 109), no estaba probada como erradamente se dijo.

Como, por otra parte, el demandante ha comprobado ante esta Corporación que había pagado la totalidad del gravamen liquidado, se establece la improcedencia de mantener la abstención de conocimiento de fondo por el supuesto incumplimiento de requisito.

En consecuencia, será revocada la sentencia apelada para entrar a conocer las pretensiones de fondo, no sin recordar antes que sobre el cumplimiento del discutido requisito del "pago previo" los intervinientes en el proceso gozan de oportunidades para advertirlo, a saber:

1º En primer lugar el abogado del demandante quien debe presentar la demanda con todos los requisitos y formalidades de ley. Cuando se trate de demandas de impuestos en que no procede el depósito sino caución, el deber mínimo consiste en ofrecerla al Juez.

2º En segundo lugar, el Magistrado, quien debe velar en extremo por exigir el cumplimiento de todas las formalidades para admitir la demanda, a fin de evitar a toda costa fallos inhibitorios.

3º El demandado, o sea, la entidad pública quien, desde un principio, tiene posibilidad de objetar la admisión de demanda irregular y finalmente,

4º El Ministerio Público en uso de sus amplias facultades que le permiten intervenir en todo el proceso.

Modificaciones a la liquidación oficial:

Para resolver las peticiones relacionadas con el monto de la obligación fiscal a cargo de la empresa demandante, de todo lo expuesto en este proceso, se destaca que el artículo 3º del Acuerdo 0402 de 1973 vigente aplicable al caso en virtud del Acuerdo 05 de 1979, para cuantificar el Impuesto de Industria y Comercio a cargo de las personas que ejercieran cualquier actividad comercial o industrial dentro de la jurisdicción del Municipio de Yumbo, prescribió el siguiente procedimiento: Del total del activo bruto, según balance cortado a 31 de diciembre del año anterior, se deducen las partidas correspondientes a los bienes muebles, a los aportes en sociedades y las correspondientes a agencias y sucursales de otras ciudades del país y sobre ese resultado se aplica la tabla correspondiente.

Sin necesidad de entrar en los pormenores sobre el debate del valor de las visitas que hizo la municipalidad y la oportunidad para modificar la liquidación, después de revisar los antecedentes administrativos tanto en su aspecto normativo (Acuerdos) como probatorio, puede concluirse que en el punto principal debatido, le asiste la razón a la demandante en el sentido de que el descuento de las inversiones en sociedades debe hacerse incluida la valorización respectiva, puesto que esta última también forma parte del activo bruto aunque en renglón independiente. La orden de excluir de la base gravable el total de la inversión en otras sociedades —aporte más valorización— obedecía en tal sistema a una elemental previsión para no incurrir en una extralimitación en el gravamen: En efecto, si las sociedades a las cuales se refería la inversión estaban en el mismo Municipio, ellas mismas eran gravadas sobre su propio patrimonio y si estaban ubicadas en otro municipio, no podían gravarse por pertenecer a otra jurisdicción.

Por ello debe descontarse la cifra de $ 140.849.652.00 correspondiente a la valorización de las acciones de Pulpapel S. A.

Por otra parte, ninguna explicación respaldada en las normas vigentes en la época tuvieron las partidas relativas al efectivo (caja y bancos) perteneciente a sucursales y agencias situadas en otras ciudades y al porcentaje de la cartera comercial en operaciones que no fueron explicadas por la Administración Municipal, de donde resulta aceptable la base de $ 890.583.608.00, que es exactamente igual a la que llega el señor Fiscal 3º en su concepto.

Con base en lo anterior, la liquidación de Impuesto de Industria y Comercio por el ejercicio de 1981, se modifica por lo siguiente:

Activo bruto gravable (base)	$ 890.583.608
Impuesto mensual al 9%	$ 801.525

Total en el año			$ 9.618.300
Como la Junta de Aforos liquidó	$	18.160.176	
Y este valor fue pagado dentro del total de $ 19.068.333 debe devolverse el exceso pagado, o sea la cantidad de	— $	8.541.876	
Iguales	$	9.618.300	$ 9.618.300

En mérito de lo expuesto, oído su colaborador Fiscal 3º, 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 dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 24 de enero de 1985 (proceso número 11584-679).

2º Modifícase la obligación fiscal por razón de Impuesto de Industria y Comercio en el Municipio de Yumbo (Valle) a cargo de Cartón de Colombia S. A., con NIT. 90.300.406 por el año gravable de mil novecientos ochenta y uno (1981) determinada por Resoluciones números 296 y 310 de octubre 27 de noviembre 25 de 1980, respectivamente, dictada por la Junta Municipal de Aforos.

3º Fíjese el citado gravamen en la cantidad de $ 801.525.00 mensual para un total de $ 9.618.300.00 en el año.

4º Las autoridades municipales de Yumbo devolverán a la citada sociedad Cartón de Colombia S. A. con NIT. 90.300.406 la cantidad de ocho millones quinientos cuarenta y un mil ochocientos setenta y seis pesos ($ 8.541.876.00) moneda corriente, que pagó demás por el citado concepto de Impuesto de Industria y Comercio del año de 1981, según los siguientes recibos oficiales: Número 3992 de diciembre 18 de 1980; 2007 de julio 24 de 1981; 0661 de abril 10 de 1981; número 2008 de julio 24 de 1981 y 5309 de noviembre 3 de 1981.

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, José Ignacio Narváez García, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA.— LIQUIDACION DE REVISION. PRESUNCION DE AUTENCIDAD.

La inferencia que, en los artículos 33 de la Ley 52 de 1977 y 22 del Decreto 825 de 1978, se predica de hechos de la declaración tributaria o su corrección, o de los consignados en la respuesta a los requerimientos administrativos, está subordinada a que, con respecto a los mismos, se proporcione la información mínima requerida por las disposiciones tributarias vigentes a tiempo de su realización.

Una interpretación armónica y de conjunto de la preceptiva que gobierna la cuestión relativa a las relaciones de costos, deducciones y créditos, fuerce la conclusión de que ésta, como asunto meramente formal, no probatorio, es susceptible de cumplirse o enmendarse en el ciclo del requerimiento y respuesta, sin detrimento de la presunción de autenticidad que avala los factores relacionados (EJERCICIO FISCAL 1978).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., cuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Magistrado auxiliar: *Doctor Humberto Beltrán Achury.*

Referencia: Radicación 1593. Apelación sentencia de noviembre 5 de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos por el año gravable de 1978. Demandante: Almacen Parra Limitada.

Decide la Sala el recurso de apelación intentado, en término, mediante apoderado, por la sociedad Almacen Parra Ltda., la actora, contra la sentencia de primer grado, de 5 de noviembre de 1986, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La demanda y sus antecedentes:

Se demandó la revisión de la operación administrativa, por el extinguido procedimiento especial del juicio sobre impuestos, contra actos de determinación y discusión del impuesto sobre la renta correspondiente al ejercicio fiscal de 1978, expedidos por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá y la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Se trataba específicamente, de la liquidación de revisión número 100483 de 10 de junio de 1981 y las resoluciones administrativas del recurso de reconsideración números 455 de 26 de abril de 1982 y 530 de 3 de mayo de 1983 ésta, proferida por la División de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica de la mencionada dirección general, dentro del trámite y absolución del grado de consulta, que improbó y reformó aquella en términos parcialmente favorables a las pretensiones de la sociedad contribuyente.

La Administración, con requerimiento especial número 154 de 2 de febrero de 1981, propuso modificaciones sustanciales de la liquidación privada, a partir del desconocimiento de los siguientes factores:

a) *Del costo:*

Compras de mercancías, $ 7.496.610.00, por ausencia de la relación de datos contables prevista en los artículos 4º y 9º del Decreto 1495 de 1978.

b) *De las deducciones:*

Compensaciones por servicios personales, $ 140.775.00, arrendamientos, $ 71.623.00, vacaciones y cesantías, $ 19.800.00 y otras, $ 259.862.00, por incumplimiento de los requisitos de pagos a terceros contemplados en el artículo 55 del Decreto 2053 de 1974.

Impuestos, $ 19.079.00, por falta del número y fecha de los comprobantes.

Y depreciaciones, $ 1.200.00, por omisión de las exigencias de los artículos 59 del Decreto 2053 de 1974 y 5º del Decreto 1649 de 1976.

c) *Del pasivo:*

Proveedores, $ 258.777.00; cesantías consolidadas, $ 20.025.00; y otros, $ 5.766.00, por no venir conformes con el artículo 124 del Decreto 2053 de 1974.

La liquidación oficial precisa los citados rechazos, excepto por una "corrección" que se introduce a la partida del costo en compras, la cual queda fijada en la cantidad de $ 7.093.220.00, como cifra definitiva inadmitida.

La primera de las resoluciones del recurso administrativo, confirma íntegramente la liquidación, mientras que en la segunda, el funcionario consultado accede al reconocimiento de una fracción de las "compensaciones por servicios personales", por valor de $ 160.580.00.

Por su parte, la demandante, limita el alcance de la impugnación contenciosa fiscal, a la inadmisión de los costos en compras por la cifra original de $ 7.496.610.00, los pasivos por $ 284.568.00, los arrendamientos por $ 71.623.00 y las "otras deducciones", también por la cantidad inicial de $ 259.862.00.

Al efecto, indica transgredidos los preceptos que, junto con la explicación de los correspondientes conceptos de infracción, se extractan seguidamente:

1. *Los artículos 16, 20 y 32 de la Constitución y 40 de la Ley 153 de 1887,* dado que, en su sentir, los actos acusados atentan contra el patrimonio económico suyo y de sus socios, a través de la imposición de gravámenes exorbitantes que no consultan su capacidad contributiva, ni miran a la conexidad causal existente entre los ingresos, que se admiten sin reparos, y los necesarios desembolsos efectuados con cargo a estos, a más de que los funcionarios gubernamentales exceden el ámbito propio de sus facultades, entre otras razones adicionales, por haber aplicado retroactivamente disposiciones como el artículo 1º del Decreto 933 de 1981 y el aparte 7º de la circular número 5 del mismo año, y desconocido los principios de igualdad, equidad y justicia.

2. *El artículo 9º de la Ley 145 de 1960,* por no haber tenido en cuenta la Administración el examen de las constancias de contador público, de fechas 3 de mayo y 5 de agosto de 1981, relativas a datos asentados en libros, que fueron sustento de la respuesta al requerimiento y el recurso administrativo.

3. *Los artículos 30, 31, 32, 33, 37 y 43, inciso 4º, de la Ley 52 de 1977, en consonancia con el artículo 22 del Decreto 825 de 1978,* en razón de haberse ignorado la presunción de veracidad del denuncio rentístico del período discutido, so pretexto del ejercicio de los poderes de fiscalización e investigación, sin consideración a los hechos demostrados en el expediente.

Y, así mismo, haberse pretermitido la práctica de pruebas pedidas y la apreciación y calificación de las presentadas, con la respuesta al requerimiento y la interposición del recurso administrativo, entre aquellas, una inspección de libros de la sociedad, y exigido plena prueba donde la ley no la preveía.

Resalta, la actora, que en la providencia absolutoria de la consulta, a propósito del examen sobre la procedencia de los costos en compras, se hubieran echado de menos, "el certificado sobre registro de libros expedidio por la Cámara de Comercio" y "los comprobantes de contabilidad respectivos", documentos que en parte alguna mencionó el requerimiento, disponiendo la Administración, por otro lado, de atribuciones suficientes para, aún de oficio, intentar la verificación de los hechos colacionados en la respuesta de aquél.

4. *Los artículos 40 y 52 del Código Político y Municipal del Decreto 933 de 1981, "en armonía con la circular número 0005 de mayo 4 del mismo año",* toda vez que los dos últimos se aplicaron retroactivamente, al decir de la actora, y, en cambio, los mismos no fueron observados por los funcionarios administrativos en el momento de expedir sus actos.

5. *El artículo 55 del Decreto 2053 de 1974,* ya que la Administración rehusó, sin motivo aparente, el estudio de la información y documentos anexos a la declaración y la respuesta al requerimiento, referente a la identificación de los beneficiarios de pagos a terceros, la cuantía del respectivo pago y el cumplimiento de exigencias sobre aportes parafiscales.

6. *Los artículos 4º y 9º del Decreto 1495 de 1978,* supuesto que las relaciones de datos contables contempladas en estas normas se

hicieron con ocasión de la respuesta al requerimiento, y pese a que en el acto que absolvió la consulta se admitió tal circunstancia, no fue ésta finalmente atendida, aduciéndose la falta del registro de libros y la inexistencia de comprobantes de contabilidad.

7. *En lo que hace al pasivo, los artículos 124 del Decreto 2053 de 1974, 116 del Decreto 187 de 1975 y 40 del Decreto 2821 de 1974,* por haberse desestimado la prueba contable suministrada sobre el mismo, a pesar de que ésta, según se asevera, se produjo con base en libros registrados, que "siempre han estado a disposición de la Administración para las visitas contables pertinentes y que establece la ley..."

Cabe destacar que, en la primera instancia del juicio, la actora obtuvo la práctica de una inspección contable.

La sentencia materia del recurso:

Luego de precisar los extremos esenciales del litigio y sus antecedentes, el *a quo* se refiere a los diversos cargos de violación alegados, y llega a las siguientes conclusiones en cada caso:

Niega la trangresión de los cánones constitucionales indicados por la actora con fundamento, a su ver, en haberse limitado los funcionarios de la Administración tributaria a ejercer sus atribuciones, conforme a los artículos 30 y 42 de la Ley 52 de 1977, teniendo averiguadas las irregularidades de la declaración y anexos, en el sentido de exigir a la contribuyente la enmienda de tales defectos, no siéndoles imputables a dichos funcionarios, por otra parte, la afectación del patrimonio económico de aquella, ni la formación de gravámenes exorbitantes en su contra, sino a ella misma, por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

Niega, del mismo modo, la infracción del artículo 9º de la Ley 145 de 1960, aspecto en el que se atiene a los motivos de la Administración, en punto a la insuficiencia de los certificados de contador público, por no aparecer soportados tales documentos con las copias de los pertinentes registros contables y sus comprobantes externos, ni el certificado de registro público de libros.

En lo que dice relación con la violación de los artículos 31, 32 y 33 de la Ley 52 de 1977 y 22 del Decreto 825 de 1978, sostiene el *a quo* que, pese a la invocada presunción de veracidad de los hechos declarados por la contribuyente, la Administración conserva sus atribuciones constitucionales y legales de fiscalización e investigación, de suerte que al haber librado el requerimiento especial, no hizo más que ejercitar aquellas, sin detrimento de las normas que se señalan transgredidas aquí.

Y que, dada la índole de las actuaciones de los funcionarios, tendientes a la aplicación de las normas tributarias, con base en los informes de la contribuyente y sobre los hechos demostrados en el proceso, no ve el quebrantamiento de las disposiciones que se mencionan en esta parte de la demanda.

Tampoco halla vulnerado el artículo 43 de la Ley 52 de 1977, ni el derecho de defensa, pues, en su concepto, las oficinas de impuestos atendieron las pruebas allegadas con la respuesta al requerimiento, y si no se practicó la inspección de libros que menciona la actora, fue porque esa diligencia es discrecional de la Administración.

Y que, contrariamente a lo que aquella piensa, no satisfecha la carga de informar, no hay ya oportunidad, según el artículo 34 *ibídem*, para "cumplir requisitos formales omitidos", sino que se debe probar en forma "plena y completa" los correspondientes hechos, a través de medios como el contable, de que habla el artículo 40 del Decreto 2821 de 1974, siempre que se satisfagan los requisitos allí señalados.

Además, que era a la actora a quien incumbía presentar las pruebas conducentes que se ciñeran a la materia del proceso, aunque el requerimiento no hubiera hecho mención de algún medio probatorio en particular.

Respecto de la presunta violación de los artículos 52 del Código Político Municipal y 40 de la Ley 153 de 1887, "frente al Decreto 933 de 14 de abril de 1981 y la circular número 0005 de mayo 4 de 1981", no la estima configurada, ya que, según su parecer, la sola referencia, en la liquidación de revisión, del precitado decreto, o la circular, no significaban la aplicación retroactiva de los mismos.

El *a quo* explica, en efecto, que el decreto y la circular pretendían sólo allanar el camino a contribuyentes que, como la actora, habían omitido los requisitos del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974, para que subsanaran el defecto con la prueba contable, dentro de la oportunidad para intentar la reclamación administrativa.

Y que, pues, habida cuenta de que la actora había presentado el recurso administrativo el 10 de agosto de 1981, las previsiones del decreto y la circular le eran aplicables por estar vigentes éstas entonces, incluso en fecha anterior a la liquidación de revisión.

Reprocha, además, el haber faltado aquella a la lealtad y buena fe debidas, pues en el recurso administrativo invocó ella, precisamente, el artículo 1º del Decreto en cuestión y la circular.

Referente al cargo de violación del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974, encuentra, igualmente, infundada la proposición del mismo, por considerar que, casualmente, la omisión de sus prescripciones en la formulación del denuncio de bienes y rentas, había sido la causa eficiente del requerimiento.

Considera también, infundado el cargo de haberse contravenido el artículo 124 del Decreto 2053 de 1974, "en armonía con el artículo 116 del Decreto 187 de 1975 y artículo 37 de la Ley 52 de 1977", primero, porque dicho artículo 116 del Decreto 187 se aplica únicamente al evento de la determinación de la renta gravable por comparación de patrimonios, asunto no ventilado aquí.

Y, segundo, porque estando obligada la contribuyente, una vez requerida en relación con los pasivos irregularmente solicitados, a probar estos con su contabilidad y documentos de fecha cierta, no lo hizo así.

Acerca del quebrantamiento de los artículos 4º y 9º del Decreto 1595 de 1978, "en armonía con el (sic) art. (sic) 40 del Decreto 2821 de 1974, 32, 33 y 37 de la Ley 52 de 1977 y el punto 7º de la circular número 0005 de 1981", el *a quo* parte del hecho demostrable de haber prescindido, la contribuyente, en su declaración tributaria, de la relación de datos contables, una de las razones del requerimiento, no susceptible de suplirse sino con prueba idónea, exclusivamente de cargo de la requerida.

En la sentencia se analiza, finalmente, el experticio contable, del que, para empezar, se dice allí que se contrajo a absolver, "textualmente, lo solicitado por la actora en su solicitud de peritazgo", es decir, a "confrontar lo expuesto en el certificado por el contador, Díaz, con lo registrado en los libros de contabilidad de la sociedad actora, durante el año gravable de 1979", por lo cual hubo de requerirse a los peritos la adición de su dictamen con los comprobantes internos y externos que soportaban el mismo.

En una primera oportunidad, se relata, limitáronse los expertos a repetir el informe pericial originalmente producido, y sólo con ocasión de adición ulterior, manifestaron estos remitir, "los originales de las facturas de compras al contado y a crédito, por los meses de febrero, marzo y abril de mil novecientos setenta y ocho" y "las fotocopias autenticadas de los folios utilizados, del libro Auxiliar de Mayor, en los que se registraron las compras al contado y a crédito de la sociedad Almacen Parra Ltda., durante el año de mil novecientos setenta y ocho..."

Procédese, a continuación, a revisar las facturas acompañadas por los contables y se las define aceptables como soportes externos de las operaciones de compra asentadas en libros, "pero sólo en cuanto a la cuantía de ellas", puesto que las letras de cambio igualmente aportadas con éstas, sobre las cuales se había causado el impuesto de timbre, conforme a los artículos 14 y 15 de la Ley 2ª de 1976, sin que dicho gravamen apareciera cubierto, carecen, según la sentencia, de fecha cierta o auténtica y, por ende, de fuerza probatoria, a términos del artículo 76 del Decreto 1651 de 1961, en consonancia con los artículos 251, 252, 254, 258 y 279 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual no alcanzan a merecer el mismo tratamiento de las facturas.

En conclusión, en el fallo recurrido se accede a revisar parcialmente la operación administrativa y a practicar nueva liquidación, que difiere de la reformada en la instancia del recurso administrativo, sólo en cuanto al reconocimiento de costos en compras por la suma de $ 1.238.300.00.

El recurso a conocimiento de la Sala:

Tras recapitulación mínima de las principales incidencias del proceso gubernativo, copia la recurrente y destaca "por arbitrarias", las razones de que precisa el *a quo* para no aceptar los cargos de violación de los artículos 9º de la Ley 145 de 1960, 43 de la Ley 52 de 1977 y 4º y 9º del Decreto 1495 de 1978.

Transcribe, en seguida, el fallo de esta Corporación, de 13 de junio de 1986, expediente número 49, del que fuera ponente el señor Consejero Jaime Abella Zárate, cuyos postulados dice hacer suyos, afirmada en el supuesto de ser la cuestión definido ahí, la tañedera a los vacíos del informativo tributario, en frente de las reglas del artículo 43 de la Ley 52 de 1977, entre otras de este mismo estatuto, y del Decreto 1495 de 1978, que afirma "suspendido provisionalmente y declarado nulo posteriormente mediante sentencia de 18 de octubre de 1979, del honorable Consejo de Estado..."

Pide, en consecuencia, la revocación de la sentencia apelada y la confirmación de los factores de liquidación privada.

Las alegaciones de la parte demandada:

El señor Director General de Impuestos Nacionales se opuso a las pretensiones de la recurrente y por conducto de su delegada, afirma que la Administración procedió siempre con arreglo a las normas fiscales y otorgó oportunidades suficientes a la administrada, para que demostrara sus costos, deducciones y pasivos objeto de la desestimación impugnada, sin que se hubiera hecho acopio de prueba idónea y completa por parte de aquella, toda vez que las constancias de contador público, referentes al costo en compras, no reunían los requisitos del artículo 51 del Código de Comercio y normas concordantes, conclusión en la que dice estar de acuerdo con el fallo atacado.

Por lo demás, no cree que la sentencia transcrita e invocada por la recurrente se puede aplicar al caso en consideración, "por ser la jurisdicción contenciosa en el proceso de impuestos *intuite* (sic) *persone* (sic) y no *erga hommes* (sic), como pretende hacerlo ver el señor apoderado (de la actora)..."

Solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

El concepto del Ministerio Público:

Acerca de la primera cuestión debatida, la inadmisión de los costos por compras de mercancías, se pronuncia la señora Fiscal 6ª de esta Corporación, por el reconocimiento de tales erogaciones, pues halla que la relación de que trata el artículo 4º del Decreto 1495 de 1978, se agregó a la contestación del requerimiento especial, oportunamente, a su parecer, dado que el artículo 43 de la Ley 52 de 1977 permite el cumplimiento de requisitos omitidos dentro del término de que se disponga para responder el requerimiento, excusándose al contribuyente, así, de una prueba que sería exigible sólo en el evento de que la Administración tributaria hubiera desvirtuado la presunción de veracidad que protege el denuncio de bienes y rentas.

No así en lo concerniente a los arrendamientos, ni a las "otras deducciones", cuyos presuntos beneficiarios no fueron relacionados discriminadamente en la declaración tributaria, o la respuesta al requerimiento, ni la efectividad de los correspondientes pagos acreditada en la fase del recurso administrativo, donde la contribuyente se atuvo a una constancia de contador público, que no contenía referencia

específica alguna a los registros en libros de cada operación, ni a los soportes internos y externos de estos, prueba no mejorada por la inspección de libros, en su concepto, ya que los peritos, como lo dijo el *a quo*, ejecutaron una labor de simple cotejo, sin mención a los documentos fuente de las transacciones asentadas.

Con respecto al pasivo, se identifica con los motivos que ocasionaron el rechazo de éste, pues, dice, el mismo se ha debido probar con los documentos correspondientes a los créditos, que la contribuyente debía conservar por el término de la revisión oficiosa, no siendo, de otro lado, admisibles sobre este aspecto, ni las certificaciones del contador, ni las conclusiones del experticio contable, debido a la ya expuesta deficiencia de estas pruebas en lo que hace a la precisión sobre los asientos de las operaciones de crédito y los comprobantes internos y externos, que soportaban dichos registros contables.

Las consideraciones de la Sala:

1. *Sobre la presunción de autenticidad del informativo tributario, sus efectos y contradicción.*

La inferencia que, en los artículos 33 de la Ley 52 de 1977 y 22 del Decreto 825 de 1978, se predica de hechos de la declaración tributaria o su corrección, o de los consignados en la respuesta a los requerimientos administrativos, está subordinada a que, con respecto a los mismos, se proporcione la información mínima requerida por las disposiciones tributarias vigentes a tiempo de su realización o, en su caso, se allegue la prueba específica que exijan éstas, pues, evidentemente, no cabría tener por ciertos, hechos cuya relación no exista o sea incompleta, o aquellos no acreditados debiendo serlo.

Como regla, a términos de los artículos 34 y 43 de la precitada Ley 52 de 1977, de las relaciones y comprobaciones de que se trata, se ha de hacer acopio en la declaración o corrección, o con la oposición a los requerimientos, salvo que la ley hubiera limitado expresamente a aquellas la oportunidad para el indicado efecto.

Concretamente, en lo que atañe a las relaciones de costos, deducciones y créditos, se prevé, en los artículos 55 y 124 del Decreto 2053 de 1974, la identificación, "en la declaración de renta", de beneficiarios de pagos constitutivos de ingreso tributario para estos y de costo o deducción para quien hubiere efectuado el pago y así también de acreedores, dentro de la que suele denominarse "relación discriminada".

Aún más, añade el inciso 2º del mencionado artículo 55 que, excepto por lo que prescriba el reglamento, "la omisión de cualquiera de estos requisitos sólo puede suplirse comprobando que el beneficiario de la renta la había declarado con anterioridad al requerimiento hecho al contribuyente para que explicara la omisión y, en todo caso, antes de que a éste se le hubiere practicado la liquidación oficial de impuestos del año por el cual se solicitó la deducción..."

Sin embargo, de una parte, no es concebible que de la sola locución, "en la declaración de renta", de entrambos artículos, se

debe colegir un término exacto, preclusivo, para presentar las relaciones ni, de otra, que con todo y ser circunstancialmente restrictivo el texto del inciso 2º transcrito, pueda éste coexistir con normas posteriores, de la misma especialidad, que se le oponen ostensiblemente, que lo son los artículos 34 y 43 de la Ley 52 de 1977.

Por lo que hace a las reglas de los artículos 4º, 9º y 11 del Decreto 1495 de 1978, es de ver que disposiciones reglamentarias como lo eran éstas, carecían de aptitud para inhibir la fuerza y efecto propios de preceptos de superior jerarquía, como así lo corroboran la suspensión provisional y posterior anulación de que fueron objeto, en lo atinente a las secuelas de la ausencia de las cuestionadas relaciones, los dos últimos de tales artículos (cf. en su orden, auto de septiembre 20 de 1982 y sentencia de junio 29 de 1984, Consejo de Estado, Sección Cuarta).

De acá que una interpretación armónica y de conjunto de la preceptiva que gobierna la cuestión relativa a las relaciones de costos, deducciones y créditos, fuerce la conclusión de que ésta, como asunto meramente formal, no probatorio, es susceptible de cumplirse o enmendarse en el ciclo del requerimiento y respuesta, sin detrimento de la presunción de autenticidad que avala los factores relacionados.

Es palmario, pues, en el caso en examen, que incumbía a la Administración desvirtuar con prueba contraria dicha presunción, en punto a la demostración de cifras diferentes de las relacionadas por la sociedad contribuyente.

2. *Sobre la materia controvertida, en concreto.*

Está fuera de toda discusión, el que ni la partida de compras de mercancías, ni las de arrendamientos y "otras deducciones", ni las de créditos pasivos exigibles, fueron objeto de la debida relación en la declaración de renta o sus anexos.

Aquélla, en efecto, aparece simplemente consignada en cifra global, en el renglón 66 del formulario de declaración, como factor de determinación del costo por juego de inventarios (fl. 38, cuaderno principal).

Las restantes, en relaciones dispersas e incompletas, sin el NIT. de los presuntos beneficiarios y acreedores (fls. 42, 46, 47, 50, 52, 53, 55, 43, 44 y 48 *ibídem*).

Ahora bien, con ocasión de la respuesta al requerimiento especial, se satisfizo íntegramente el presupuesto de la debida discriminación, en lo concerniente a las compras de mercancías, pues aunque en la relación de éstas obren partidas sin el NIT. del beneficiario, por ser las mismas de cuantía inferior a $ 30.000.00, tope vigente a la sazón, y aparecer, de todas maneras, los nombres y apellidos de aquellos, con expresión del monto del respectivo pago, no se estima pertinente la formulación de ningún reparo sobre el particular (ver fls. 58 a 60, inclusive, cuaderno principal).

Hay que anotar, de paso, que el monto real de las compras no admitidas por la Administración fue de $ 7.093.220.00, como se puntualizó en la liquidación oficial y la resolución administrativa del recurso.

En cambio, referente a los arrendamientos, las "otras deducciones" y el pasivo, las relaciones anexas a la contestación del requerimiento son notoriamente incompletas, porque si bien figuran ahí los apellidos, nombres y NIT. de los presuntos beneficiarios y acreedores, no se expresa la suma pagada o adeudada a cada uno, pretermitiéndose el requisito de la debida relación (ver fls. 61 a 63, inclusive, *ibídem*).

En cuanto a la certificación de contador público acompañada, igualmente, al escrito con el que se respondió el requerimiento, redúcese en ella el exponente a expresar que, "...A solicitud de Almacén Parra Ltda., me permito certificar que he visto los libros de contabilidad, los comprobantes de soporte y los demás documentos relacionados a las cuentas de proveedores, encontrando que los saldos allí registrados son exactamente iguales a los que aparecen en la Declaración de Renta y Patrimonio por el año gravable de 1978..." (fl. 65, *ibídem*).

Nótese que las únicas cuentas que dice haber visto el certificante, son las de proveedores.

Si bien, de conformidad con el artículo 9º de la Ley 145 de 1960, la atestación de contador público, en tratándose de "balances", hace presumir que "los saldos se han tomado fielmente de los libros, que éstos se ajustan a las normas legales y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance", no es menos cierto que la certificación de que aquí se habla, no refiere, concretamente, la índole de los libros supuestamente examinados, o su registro público, ni especie alguna de estados financieros, comprobantes internos o externos o, en particular, cifras o cantidades dinerarias asentadas, o formas y fechas de la contabilización de éstas.

El certificado de 5 de agosto de 1981, visible a folio 24 del primer cuaderno de antecedentes, presentado con el recurso administrativo, aunque ya aparezcan en él los conceptos y cuantías de las compras, las deducciones y las deudas, insiste en presentar cifras totales sin discriminación y exhibe exactamente las mismas deficiencias del anterior, así venga acompañado de copias de hojas de asientos, puesto que de éstas se ignora a qué libro pertenecen y no contienen rúbrica alguna de funcionarios de la Cámara de Comercio del lugar.

Y, pues, toda presunción legal se afirma en el postulado de la veracidad de lo probable o desconocido, empero a partir de hechos conocidos y probados, no cabe duda de que, por faltar en los certificados analizados este último extremo, no opera la presunción del invocado artículo 9º de la Ley 145 de 1960, ni de otra parte, podría entenderse que la contabilidad de la contribuyente se ciñera a la preceptiva del artículo 40 del Decreto 2821 de 1974.

Con relación al experticio contable rendido en la primera instancia contenciosa administrativa, afirma, con razón, la sentencia recurrida, que es defectuoso, en cuanto al detalle de comprobantes internos y externos de las transacciones registradas en los libros y sobre la misma individualización o localización, en libros, de los asientos y la fecha y número de éstos, entre otras irregularidades, y que sólo después de exigirse a los peritos la complementación del dictamen, procedieron éstos, a duras penas, a remitir para el proceso algunas facturas de compras de mercancías y otros comprobantes externos, consistentes en letras de cambio.

El *a quo* admite la eficacia probatoria de aquella y se la deniega a las segundas, por carecer las mismas, a su ver, de fecha cierta o auténtica, como se tiene ya dicho.

Con todo, aunque en principio se acierta en lo dicho, es de observar que el monto de las compras que tiene respaldo real, simultáneo, en soportes externos (las facturas) e internos (los comprobantes de egreso), es sólo de $ 1.165.743.00, cantidad inferior a la que se reconoce en la sentencia por tal concepto (cf. cuadernos de facturas).

Por otra parte, las letras de cambio a que se alude en el fallo, no son representativos, como se da a entender en éste, de erogaciones o desembolsos adicionales por compras, sino que, ya canceladas, fueron agregadas como "segundo" comprobante externo de algunas de dichas transacciones, de suerte que el valor de las mismas se halla incluido tanto en la suma que admite probada el *a quo*, como en la corregida, y resulta inoficiosa la discusión sobre su admisibilidad como prueba.

Sobra decir que, con el experticio, no obra comprobante alguno que de cuenta y razón de las deducciones por arrendamientos y "otras", ni de los créditos solicitados a cargo.

En conclusión, concertando con las mesuradas razones de la fiscalía, los cargos de infracción, tocantes al rechazo de los costos incurridos en compras de mercancías para la venta, por la cifra efectivamente inadmitida, están llamados a prosperar, sólo por haberse ignorado la relación acompañada a la contestación del requerimiento, sin embargo de que en la pericia analizada, por lo mismo deficiente, se hubiera concretado una cifra menor de la que se debe aceptar ahora.

En lo demás, los actos demandados y la sentencia se habrán de confirmar.

Procede, por tanto, la práctica de una liquidación nueva, con inclusión de la parte de los costos en compras que aún restan por reconocer, que estará a estos términos:

ALMACEN PARRA LTDA.
NIT. 60.021.307
Año gravable: 1978

Renta	*Base imponible*	*Impuesto*
Gravable, según fallo apelado:	$ 6.418.251	

Menos: Diferencia por costos a reconocer:	$ 5.854.920	$ 563.331	$ 112.666
Total a cargo por impuestos...			$ 112.666

Reparto de renta

Renta gravable:		$ 563.331
	Base imponible	*Impuesto*
Menos: Impuesto:	$ 122.666	
Reserva legal reportada:	$ 46.907	$ 159.573
Renta para distribuir:		$ 403.758

Socios	*Proporción*	*Participación*
Parra Martínez Teresa	50%	$ 201.879
Parra Martínez María Emilia	50%	$ 201.879
	(100%)	($ 403.758)

Los demás factores de distribución quedan firmes.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Revócase la sentencia apelada.

En su lugar, modifícase la liquidación del impuesto sobre la renta a cargo de la sociedad Almacén Parra Ltda., NIT. 60.021.307 A, por el año gravable de 1978.

Como consecuencia, fíjase en la suma de ciento doce mil seiscientos sesenta y seis pesos ($ 112.666.00), el valor total de los impuestos a cargo de la citada sociedad por el mismo ejercicio fiscal de 1978.

La diferencia entre la indicada cantidad y los pagos que hubiere efectuado la sociedad por los mismos conceptos y año, deberá pagarse por ésta, junto con los intereses que hubiere lugar a liquidar.

Los restantes factores oficialmente determinados y confirmados en la sentencia, se sostienen.

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, Carmelo Martínez Conn, Ausente; *José Ignacio Narváez García.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

REGISTRO MERCANTIL.— LIBROS DE CONTABILIDAD. Inscripción.

De la inoponibilidad —frente a terceros— de los asientos consignados en libros antes del perfeccionamiento del registro mercantil, no es lícito derivar otro efecto que el de la ineficacia probatoria de tales asientos, y ello, en tanto la formalidad del registro permanezca inobservada.

JURISDICCION COACTIVA. COSTOS Y DEDUCCIONES. Prueba de la discriminación.

La discriminación de costos y deducciones, consistentes en la identificación de los beneficiarios de los pagos y la expresión sobre el concepto y la cuantía de las respectivas operaciones, que es simple formalidad, no está sujeta a la oportunidad que se percibe en los artículos 55 del Decreto 2053 de 1974, 4º, 9º y 11 del Decreto 1495 de 1978.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., cuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Magistrado auxiliar: *Doctor Humberto Beltrán Achury.*

Referencia: Radicación 0457. Apelación sentencia de julio 8 de 1985, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda en juicio de revisión de impuestos por el año gravable de 1980. Actor: Tecnelectro Limitada. Fallo.

Se decide la apelación intentada por la parte opositora.

Es objeto del recurso, la sentencia de primer grado, de 8 de julio de 1985, del Tribunal Administrativo de Risaralda, favorable íntegramente a las súplicas de la demanda, recaída en el juicio de restablecimiento promovido por la sociedad Tecnelectro Limitada, en materia del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1980.

Se demandó la operación administrativa conformada por la liquidación de revisión número 322 de 19 de diciembre de 1983 y la Resolución número 96 de 30 de julio de 1984, expedidas por las competentes unidades de la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira.

Mediante el primero de estos actos, previo el requerimiento especial número 71 de 25 de mayo de 1983, a su turno, provocado por las glosas y conclusiones consignadas en el acta de la inspección contable practicada por funcionarios de la Administración regional, a la sociedad contribuyente, se desestimaron costos en compras de materia prima y otros costos y deducciones o gastos generales, en suma de $ 11.395.791.00, por carecer, la contabilización de éstos, de soportes en comprobantes externos y, adicionalmente, por haberse efectuado la inscripción de libros de la sociedad, en el registro público de comercio, solamente el 25 de junio del año controvertido, considerándose irregular, el asiento de las operaciones mercantiles de enero a junio, aunque, dicho sea de paso, no se discrimina, ni en la liquidación ni en la resolución administrativa, qué fracción de las transacciones se rechaza por aquel motivo, o cuál por éste.

Se determinan, igualmente, sanciones por libros e inexactitud, en cuantías de $ 262.981.00 y $ 4.558.236.00, respectivamente.

Por medio de la Resolución número 96 de 30 de julio de 1984, se confirma la liquidación anterior y se expresa que, "las argumentaciones y planteamientos de la firma interesada, así como el legajo de documentos presentados en esta etapa, como pruebas para desvirtuar la aplicación (sic) tributaria surgida de inspección contable eimpuesta (sic) la liquidación de revisión, por lo esbozado en antecedentes no son de recibo, ni atendibles..."

El "legajo" que menciona la resolución, contenía, en seis "tomos", variada especie de documentos, incluidas certificaciones de contador público, de acuerdo al índice de folios 64 a 70, inclusive, del expediente, presentado, junto con tales cuadernos o tomos, en el período de pruebas del juicio.

Ante la jurisdicción, en su oportunidad, la accionante alegó que no se analizó la prueba documental aportada al proceso gubernativo, se consideraron "inexistentes" los comprobantes que la comisión visitadora había tenido a la vista y se ignoró el valor asignado en la ley a los mismos.

Sostuvo la nulidad de la liquidación oficial por haberse notificado ésta, dentro del lapso de suspensión suscitado por el requerimiento especial y la visita administrativa de inspección de libros. Y censuró que la inexactitud hubiera sido establecida con base en rechazos fundados en la supuesta ausencia de contabilidad registrada, toda vez que los pagos, según lo probado, eran ciertos.

A este respecto apuntó, igualmente, que sus libros, como lo había certificado la Cámara de Comercio del lugar, en realidad estaban registrados desde cuando inició operaciones, en 1971, aunque bien era cierto que por haberse agotado sus hojas útiles, inscribió unos nuevos en junio de 1980.

Señaló, pues, infringido, el artículo 26 de la Constitución Nacional, por desconocimiento de las reglas del debido proceso. Y también, estos preceptos:

Los artículos 47, 48, 50, 55, 56 y 59 del Decreto 2053 de 1974, en su orden, debido a la no aceptación de los intereses pagados a enti-

dades bancarias, impuestos, cesantías consolidadas, salarios y otros pagos laborales, y la depreciación, pese a estar respaldada la solicitud de deducción por tales conceptos, con los certificados de los correspondientes organismos, la prueba de contador público y la debida discriminación de cada *ítem*.

El artículo 3º de la Ley 21 de 1982 y el Decreto 187 de 1975, relativos a los aportes patronales efectuados, por idéntica razón.

Los artículos 1º del Decreto 1495 de 1978, 40 del Decreto 2821 de 1974 y la Ley 145 de 1960, por haberse ignorado el mérito de los comprobantes de pago, de los propios libros de contabilidad y de las atestaciones de contador público.

Los artículos 49 y 57 del Decreto 3803 de 1982 y 28 y 39 del Código de Comercio en razón de la errada interpretación del concepto de inexactitud y del procedimiento contable.

Los artículos 32 de la Ley 52 de 1977, 62 del Decreto 1651 de 1961 y 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, al no estar apoyada la determinación de los gravámenes en las pruebas acompañadas, haberse desechado el beneficio de la duda probatoria y no aparecer expuesto, razonadamente, el valor de cada prueba.

Los artículos 57, numeral 4º de la Ley 52 de 1977 y 47 del Decreto 825 de 1978, "sobre nulidad del acto administrativo".

Y el artículo 31 de la misma Ley 52, "sobre espíritu del liquidador".

La demandante obtuvo, en esta parte del proceso contencioso, la práctica de una inspección judicial con intervención de peritos contables.

Síntesis del fallo recurrido:

Considera el *a quo* como motivos para el desconocimiento de factores de costo y deducción, el hecho del registro "tardío" de la contabilidad y la aportación de los comprobantes externos del semestre enero-junio del ejercicio discutido, sólo con ocasión del recurso administrativo, reputándose éstos, al decir de la Administración, de "pruebas posconstituidas", desprovistas de eficacia, no obstante haber alegado la contribuyente, como causa de la falta temporal de los mismos, su envío a la División de Auditoría de Ventas de la misma Administración, para atender otro requerimiento.

Analiza, seguidamente, los considerandos y conclusiones del dictamen pericial rendido en la instancia, extractándose de éste, en lo que hace a libros, que el denominado caja-diario tiene fecha de registro de 10 noviembre de 1971, con movimiento consecutivo de operaciones asentadas hasta el 31 de marzo de 1980 y que como el nuevo se inscribió el 25 de junio de 1980, hay "un vacío entre el 1º de abril y el 24 de junio, inclusive".

Así mismo, que el de inventarios y balances, inscrito en la misma fecha inicial del precedente, contiene asientos de operaciones de 3 de septiembre de 1971 al 31 de diciembre de 1983.

También, que hay tres ejemplares del mayor y balances, uno registrado originalmente en la fecha común de los anteriores y movimiento contable entre el 3 de septiembre de 1971 y el 31 de diciembre de 1971 y el 31 de diciembre de 1983; el siguiente, inscrito el 13 de julio de 1976 y asientos desde 1º de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1979; y el último, con registro el 25 de junio de 1980 y asientos de 1º de enero de 1980 a 30 de septiembre de 1984.

Deduce de esto, el *a quo*, que "el movimiento contable de 1980 está registrado en su integridad en los libros 1º y 3º. El vacío entre abril y junio no puede, entonces, predicarse sino del libro Caja Diario".

A continuación, copia los términos en que se expresaron los expertos al finalizar su trabajo:

"...Nuestra revisión contable se extendió a la totalidad de las transacciones realizadas durante el año gravable de 1980 y pudimos constatar que todos los registros contables están debidamente soportados por los comprobantes internos y externos que exigen las normas legales vigentes y la sana práctica contable..."

Concede, pues, con cimiento en el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, carácter de plena prueba a la inspección judicial con la intervención de peritos, en conjunción, ésta, con el hecho acreditado de haber presentado, la contribuyente, con la contestación del requerimiento especial y el recurso administrativo, prueba documental válida de las transacciones del período discutido, y no encuentra las irregularidades a que se refiere el artículo 34 del Decreto 2821 de 1974.

Referente a los documentos aducidos en la vía gubernativa, afirma el fallo que, "ellos registran las operaciones realizadas con terceros, con indicación de la fecha, el número de serie, detalle, valor y forma de pago, como lo exige el artículo 1º del Decreto 1495 de 1978, sustitutivo del artículo 10 del Decreto 2265 de 1976. Y no fue extemporánea esta prueba documental, porque el artículo 21 del Decreto 825 de 1978, que exige la presentación de las pruebas en forma regular y oportuna para que el funcionario pueda apreciarlas, autoriza al contribuyente para ello con las respuestas a los requerimientos..."

Finalmente, considera infundadas las sanciones por libros e inexactitud, toda vez que de conformidad con la pericia no hay dudas acerca de la corrección del sistema y procedimientos contables utilizados por la compañía y por no darse ninguna de las hipótesis de inexactitud sancionable, contempladas en el artículo 49 del Decreto 3803 de 1982.

Fundamentos del recurso contencioso:

El recurso de apelación se fundamenta principalmente en los artículos 19 del Decreto 3803 de 1982 y 8º de la Ley 145 de 1960.

Con relación al artículo 19 del Decreto 3803 de 1982 hace énfasis en la parte que regula la renuencia a exhibir libros de contabilidad y demás efectos de comercio, mediante la imposición al remiso de la carga de acreditar la existencia de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, que justifiquen su conducta.

Y no observa, en el caso de los comprobantes externos que echó de menos la comisión visitadora, ni en el del registro mercantil, que la contribuyente hubiera hecho siquiera mención a un suceso de tal naturaleza, ni menos demostrado éste, por manera que la versión de que los comprobantes reposaran, a la sazón, en la oficina de Auditoría Externa de Ventas no ofrece, a su parecer, ninguna credibilidad, pues jamás se le hizo saber tal circunstancia a los visitadores, a más de quedar sin explicación razonable el problema de la defectuosa inscripción oficial de libros.

Por otra parte, disiente de la valoración positiva de la peritación, primero, porque en ésta, "no se prueba, o siquiera se hace mención de que la causa que determinó la no presentación de los comprobantes de contabilidad al funcionario visitador se debió a hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito"; y, segundo, porque careciendo uno de los peritos de la calidad de contador público, la prueba es nula, por incumplimiento de los presupuestos del artículo 8º de la Ley 145 de 1960.

Resumen de las alegaciones finales:

A alegar de conclusión, dentro del plazo especialmente señalado para este efecto, concurrió únicamente la delegada del Director General de Impuestos Nacionales, y manifestó oponerse a los postulados del fallo de primera grado, del que discrepa, principalmente, en cuanto a la interpretación del artículo 34 del Decreto 2821 de 1974.

Recapitula, al efecto, las irregularidades del sistema contable, reveladas por la comisión visitadora, a saber, la inexistencia del libro de inventarios y balances y de los comprobantes externos, así como el tardío registro de libros, configurativos, según afirma, de indicios contra la contribuyente.

Respecto del informe pericial, no lo considera debidamente fundamentado, ni que sus conclusiones sean "claras, firmes y, obviamente, consecuencia lógica y directa de sus fundamentos".

Concepto del Ministerio Público:

Nuestra distinguida colaboradora fiscal considera que los actos acusados, no se ajustan a lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, por haberse omitido en ellos el indispensable examen de la prueba documental presentada por la contribuyente con ocasión de la respuesta al requerimiento especial, y por haberse ignorado las razones que dio ésta, acerca de la falta transitoria de los comprobantes externos, sin intentar la verificación de las mismas.

En desarrollo de la vista, habida la circunstancia de que se trata de un expediente reconstruido que no contiene todos los documentos que, en éste, obraron originalmente, la señora Fiscal 6ª de esta Corporación, parte del supuesto de hecho de que las piezas que se mencionan tanto en la demanda, como en la sentencia y los actos administrativos, existieron realmente y que, por consiguiente, el dicho de los peritos, con relación a que la totalidad de los asientos de

contabilidad estaban soportados por comprobantes internos y externos, es verdadero, en cuyo caso, "el desconocimiento administrativo es contrario a derecho".

Considera, que la Administración carecía de base jurídica para inadmitir las erogaciones del semestre enero-junio, toda vez que el hecho del registro tardío de libros, como el de cualquiera otra irregularidad de la contabilidad, apenas da lugar a la imposición de multas, dejando a salvo el derecho del contribuyente de probar sus costos y deducciones por otros medios, según se prevé en el artículo 78 del Decreto 1651 de 1961, donde los documentos de soporte priman sobre los propios asientos en libros.

Por lo mismo expuesto, estima que no se estructura ninguna de las modalidades de infracción sancionable, descritas en los artículos 27 de la Ley 52 de 1977 y 34 del Decreto 2821 de 1974, en lo atinente a inexactitud y libros, y que, a pesar de que la conducta de la contribuyente bien podría encajar en los presupuestos del artículo 56, inciso final, del Decreto 3803 de 1982, por no ser ésta una norma posterior al hecho presuntamente sancionable, no cabría su aplicación, por prohibirlo la Constitución.

Pide confirmar la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Sala:

Atinadamente hace ver la fiscalía que, en tratándose de documentos de procesos reconstruidos, la fe y palabra de Juez y las partes, sobre la primitiva existencia de aquellos, son decisivas para la calificación del mérito procesal de los mismos, mayormente si, como acontece en el presente asunto, en el curso de las diligencias de reconstrucción se dispuso tener por auténticos, aún los allegados en copias informales.

Aparentemente, la cuestión por dirimir habría quedado reducida a unos pocos elementos de orden contable, que harían asequible una decisión sólo con referencia a los mismos, lo que en el fondo es rigurosamente cierto. Con todo, algunos temas conexos deben ser tratados a espacio, con miras a una perspectiva de mayor ángulo sobre los extremos esenciales de la *litis*.

1. *El experticio contable.*

La parte demandada tacha éste de incompleto, infundado, oscuro, impreciso e incongruente, y de nulo, además, por la supuesta inhabilidad de uno de los peritos. Más, no se tiene noticia en el juicio, de recusación contra alguno de éstos, ni de objeción, o petición de aclaración o complementación de su dicho, presentadas en la forma y términos prevenidos por los artículos 235 y 238 del Código de Procedimiento Civil, por lo que el cuestionamiento ahora intentado resulta notoriamente inoportuno.

2. *La inscripción de libros en el registro mercantil.*

El motivo de la divergencia en este punto no es, exactamente, la ausencia de registro mercantil, que lo hubo, sino la alegada inopo-

nibilidad, frente a terceros, de los asientos consignados en libros antes del perfeccionamiento de aquel, tesis que los actos acusados esbozan.

Pero, de dicha inoponibilidad no es lícito derivar otro efecto que el de la ineficacia probatoria de tales asientos, y ello, en tanto la formalidad del registro permanezca inobservada, pues siendo de derecho estricto el régimen de las irregularidades sancionables, el fenómeno de la falta absoluta de registro, sancionable a términos del artículo 34, numeral 2º, del Decreto 2821 de 1974, no es equiparable, *"a fortiori"*, al de un registro *cumplido* que ni siquiera se diría "extemporáneo", ya que, para efectuarlo, no existe en la ley un término especial.

De otro lado, no obra en el acta de la visita administrativa y fiscal, iniciada el 27 de enero de 1983, constancia alguna de que a la sociedad contribuyente se le hubiera exigido explicar la pretendida "extemporaneidad" del registro, o requerido la presentación de otros libros o efectos de comercio, ni menos sobre que la misma se hubiera negado a exhibir éstos. De donde, indiscutiblemente, los libros que relaciona el fallo atacado, sometidos al examen de los expertos y que, según éstos, muestran una secuencia ininterumpida de asientos, desde la fecha de su registro original, en el año de 1971, prueban adicionalmente que no se estructuró irregularidad del registro que origine sanciones, o en la que halle sustento el rechazo de costos o deducciones.

En lo que atañe a este particular, el recurso está, pues, destinado a fracasar.

3. *Los comprobantes externos.*

En la precitada acta de visita, a la vez que se denuncia la ausencia de soportes de contabilidad, respecto de las transacciones allí analizadas, se discriminan, sin embargo, por números y fechas y nombres y apellidos o razón social de los intervinientes, no ya únicamente los llamados comprobantes de diario, sino "comprobantes de pago", recibos, facturas y cartas de crédito, por lo que no es ni mucho menos inteligible, a primera vista, que fue lo que la comisión visitadora tuvo por "comprobantes externos", ni cuáles las razones para denegar este carácter a las facturas, por ejemplo.

Dice el artículo 1º del Decreto 1495 de 1978 en su inciso 3º, que son tales, "los documentos que se producen para registrar operaciones realizadas con terceros, como las facturas de ventas, los recibos de caja, los comprobantes de pago, los comprobantes de devoluciones, etc." y aunque en algunas circunstancias el acta menciona la inexistencia de "firma y NIT. del beneficiario", es lo cierto que no siendo exigible el primero de estos requisitos y pudiendo omitirse el segundo, en los casos de los incisos 4º y 5º del susodicho artículo, los motivos para desestimar tal cantidad de comprobantes, no son claros en absoluto.

Fuera de que, como se dejó asentado con referencia al registro de libros, no consta haberse conminado la exhibición de los cuestionados comprobantes, ni que la contribuyente hubiera sido renuente a ésta.

4. *Relaciones discriminadas, documentaciones y comprobaciones.*

A términos de los artículos 34 y 43 de la Ley 52 de 1977, es regla que requisitos meramente formales y la aportación de ciertos documentos y pruebas, son susceptibles de satisfacerse con la declaración tributaria, la corrección de ésta, o la contestación de requerimientos administrativos, a menos que la ley hubiere restringido, expresamente, la oportunidad para el indicado efecto, a la declaración o su corrección.

Como norma de juicio, para lo que concierne al asunto en consideración, la Corporación ha propugnado la tesis de que la discriminación de costos y deducciones, consistente en la identificación de los beneficiarios de los pagos y la expresión sobre el concepto y la cuantía de las respectivas operaciones, que es simple formalidad, no está sujeta a la oportunidad que se prescribe en los artículos 55 del Decreto 2053 de 1974 y 4º, 9º y 11 del Decreto 1495 de 1978.

Remítese ahí, en efecto, el cumplimiento de dicha formalidad, a la declaración de renta, so pena del rechazo *"in límine"* de costos y deducciones y de que la omisión no pueda ser suplida sino con la declaración del beneficiario.

Con todo, es evidente que de la sola expresión, "con su declaración de renta", del primero de aquellos, no se colige la fijación de un término preclusivo, ni es previsible que tan imprecisa alusión, o la tarifa de prueba única, prefieren a disposiciones posteriores de la misma especialidad, que lo son, entre otras, las de los artículos 34 y 43 de la Ley 52 de 1977 y 15 del Decreto 3803 de 1982.

Como no es concebible que las disposiciones del Decreto 1495 de 1978, por su índole reglamentaria, tengan aptitud para oponerse a preceptos de mayor jerarquía, según lo definió la suspensión y ulterior anulación de los dos últimos.

Del presupuesto de que la individualización de beneficiarios, conceptos y cuantías procede, incluso, con la respuesta a los requerimientos administrativos, se sigue, necesariamente, que la presunción de que tratan los artículos 33 de la Ley 52 de 1977 y 22 del Decreto 825 de 1978, se extiende a tal momento, como así se predica en el propio texto de éstos.

En similares términos, se debe definir el problema de la aportación de documentos o pruebas, cuyo plazo de presentación ha de ser aquel precisamente señalado en norma específica, no el que, en apariencia, se deduzca de la mera referencia a una declaración.

Pues bien, está objetivamente comprobado que, con la contestación del requerimiento especial, la contribuyente acompañó una extensa relación discriminada de beneficiarios de pagos constitutivos de costo o deducción, debidamente documentada, así como certificaciones de contador público que testimoniaban la cuenta y razón de las diversas transacciones, a su vez, con discriminación de comprobantes.

En consecuencia, no siendo relevante, por lo visto, el argumento de la falta de registro mercantil o de comprobantes externos, como demostración contraria que desvirtúa la presunción de autenticidad

de las discriminaciones y comprobaciones aludidas, se configura, ciertamente, la transgresión de los preceptos invocados en la demanda, aún prescindiendo de las conclusiones del dictamen pericial.

Debe, pues, recibir el fallo apelado, tal como fue proferido, un pronunciamiento confirmatorio.

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, Carmelo Martínez Conn, Ausente; *José Ignacio Narváez García.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ADMINISTRACION DE IMPUESTOS NACIONALES.— REPRESENTACION PROCESAL.

Las Administraciones de Impuestos Nacionales, no solamente no tienen capacidad para ser parte en el proceso, por carecer del atributo de la personalidad, sino que, adicionalmente, tampoco están legitimadas en causa pasiva. Es la Nación, representada por el Director General de Impuestos Nacionales la llamada a responder en los juicios sobre impuestos, tasas y contribuciones del orden nacional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., cuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Magistrado auxiliar: *Doctor Humberto Beltrán Achury.*

Referencia: Radicación 2187. Apelación auto mayo 9 de 1988, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal por el año de 1983. Actor Colombiana de Servicios y Comedores Limitada.

Se resuelve, la apelación interpuesta por el señor apoderado de la sociedad actora, contra el auto de 9 de mayo de 1988, inadmisorio de la demanda, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander.

En la providencia recurrida se rechazó la demanda presentada el 8 de abril de 1988 contra actos de determinación y discusión del impuesto sobre la renta del ejercicio fiscal de 1983 por dos razones:

1. Haberse omitido la designación de las partes y sus representantes, prevista en el numeral 1º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

2. Haberse prestado la caución de que trata el artículo 84 del Decreto 2503 de 1987, por suma inferior a la que correspondía, pues que habiendo fijado la accionante el interés discutido en cantidad "superior a once millones de pesos", sin embargo, la cobertura del riesgo avalado, que se acreditó con póliza de compañía de seguros, fue sólo de $ 1.072.564.00.

Cuestiona, el recurrente, el primero de los indicados defectos, con apoyo en la manifestación que hiciera, en el libelo introductorio, de obrar "como apoderado de la sociedad 'Colombiana de Servicios y Comedores Limitada', con NIT. 91.200.358" con expresión del domi-

cilio e identificación del representante legal de ésta, y, así mismo, de ser demandada "la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga", creyendo "innecesario decir que la Administración de Impuestos Nacionales hace parte de la Dirección General de Impuestos y que a su vez la Dirección corresponde a la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público..."

Y el segundo, a partir del hecho de que el monto porcentual de la garantía se hubiera determinado sobre "el total a cargo" de $ 11.643.196.00, menos las retenciones y anticipo pagados y reconocidos oficialmente por $ 917.553.00, para una base neta de liquidación de aquella de $ 10.725.643.00.

Agrega que, si conforme al artículo 143 del Código Contencioso Administrativo la negativa de curso de la demanda, sólo procede cuando ésta "carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores", no es aplicable a la materia el artículo 84 del Decreto 2503 de 1987, por no ser éste "anterior" a aquel, ni estar contemplado expresamente, lo prevenido en el mismo, como presupuesto de admisión de la demanda.

Se considera:

Las Administraciones de Impuestos Nacionales no solamente no tienen capacidad para ser parte en el proceso, por carecer del atributo de la personalidad, sino que, adicionalmente, tampoco están legitimadas en causa pasiva, ya que, a términos del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, *es la Nación,* representada por el Director General de Impuestos Nacionales, la llamada a responder en los juicios sobre impuestos, tasas y contribuciones del orden nacional.

Por tanto, un yerro de esta naturaleza, no es saneable por mera "deducción lógica", como lo sugiere el apelante, pues los poderes que el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil atribuye al juzgador para interpretar las normas procesales y la demanda misma, no pueden ir en contravía de la ineludible aplicación de dichas normas, ni de las manifestaciones inequívocas del accionante.

Por lo demás, si se observa la referencia a la línea de dependencia técnica que hace el recurrente, de Administración de Impuestos a Dirección General y de ésta al Ministerio de Hacienda, se verá que por ninguna parte aparecen todavía la verdadera parte demandada y su representante, ya citados.

Con relación a este aspecto es del caso recordar cómo, con la expedición del Decreto 01 de 1984 se determinó el concepto de *partes* en el proceso contencioso administrativo, se reguló todo lo relacionado con los representantes de las partes y específicamente de las entidades públicas y por ello es necesaria su debida identificación con el fin de que se entrabe debidamente la relación procesal, tal como lo dijo ya esta Sala en sentencia de 25 de mayo de 1988 con ponencia del Consejero Jaime Abella Zárate.

Con relación al segundo motivo de la inadmisión de la demanda, el relativo a la caución insuficiente, cuando el Tribunal *a quo* profirió

su decisión recurrida, el 9 de mayo de 1988, se encontraba vigente el artículo 84 del Decreto 2503 de 1987, según el cual el valor de la caución debía ser equivalente al 10% de la suma discutida y en el caso de autos no se cumplió debidamente dicho requisito, como consecuencia de la imprecisión al fijar la cuantía en la demanda.

El argumento del recurrente respecto de la inaplicabilidad del artículo 84 del Decreto 2503 de 1987 por no ser anterior en orden al artículo 143 del Decreto 01 de 1984, es inaceptable, toda vez que se trata de una regulación especial para un caso concreto, el del impuesto a la renta y complementarios, pero que constituye el desarrollo de lo dispuesto por el artículo 140 del Decreto 01 de 1984, el cual sí se encuentra antes del artículo 143 del mismo Decreto, en el cual se fundamentó el rechazo de la demanda.

Sin embargo, la Sala precisa que el citado artículo 84 del Decreto 2503 de 1984, fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 28 de junio del presente año de 1988, razón por la cual, el citado requisito ya desapareció.

Ahora bien, como la primera objeción de falta de determinación de las partes, no se ha subsanado, por este motivo, es del caso mantener la decisión del *a quo*.

No está pues, llamado a prosperar el recurso.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

Resuelve:

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Ausente; *José Ignacio Narváez García.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

PROCEDIMIENTO GUBERNATIVO TRIBUTARIO.— AGENCIA OFICIOSA.

La institución de la agencia oficiosa, tiene un tratamiento especial y diferente al de representación legal o contractual de los contribuyentes. El incumplimiento de la ratificación en el lapso de tres meses, implica que se presume que el recurso no se presentó en debida forma.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., cuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1845. Actor: Joyas de América "Joyansa Limitada". Impuestos. Ventas.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de la sociedad Joyas de América —Joyansa— Limitada contra la sentencia de 6 de junio de 1987 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las peticiones de la actora con relación a los actos liquidatorios del Impuesto a las Ventas por el segundo bimestre de 1982.

La sentencia:

El fallo apelado negó la primera petición consistente en que se reconociera derecho a recurso de reposición contra el auto A-0197 de 23 de mayo de 1985, mediante el cual la Administración revocó la admisión del recurso interpuesto por Agente oficioso por no ser ratificado en tiempo por la sociedad contribuyente a que se aceptara como válida la ratificación presentada en octubre 18 de 1985.

El Tribunal no aceptó como norma violada el artículo 30 del Decreto 3803 de 1982 que invocó el demandante por no avenirse a los hechos y consideró que el auto de la Administración se ajustó a lo prescrito por el artículo 11 del Decreto 398 de 1983 que carece de reposición.

Las demás peticiones son las de fondo consistente en el desconocimiento de un impuesto descontable (en su condición de comerciante

exportador) correspondiente al gravamen de factura de compra no admitida como comprobante externo por vicios intrínsecos y la liquidación de la sanción por inexactitud.

Esta última inclusive intentó plantear extemporáneamente como simple error aritmética, lo cual fue negado por la Administración (Auto 135000, septiembre 12 de 1985).

La apelación:

Insiste el señor apoderado en sus pretensiones ya resumidas y en contra de los argumentos de la sentencia, examina con mayor detenimiento el artículo 30 del Decreto 3803 de 1982 para demostrar que según esta norma el requisito de la personería es subsanable y al no concederse recurso de reposición se está negando la posibilidad de saneamiento.

Además, en alegato posterior insiste en que la vía gubernativa sí quedó debidamente agotada con motivo del auto que revocó el anterior que admitió el recurso de reconsideración. Esto es con el auto A-197P de mayo 23 de 1985 que revocó el A-086P de enero 10 de 1985.

El apoderado del Ministerio de Hacienda no alegó.

El señor Fiscal Tercero, plantea en la vista número 22-88, la modificación de la sentencia apelada, pero en el sentido de que la jurisdicción no pudo pronunciarse sobre ninguna de las pretensiones de la demanda, esto es, inclusive sobre la primera.

Para ello, considera que el artículo 28 del Decreto 3803 de 1982 consagra una verdadera presunción en que si el contribuyente no ratifica la actuación del agente oficioso, se presume que el recurso no se presentó en debida forma o, lo que es lo mismo, que no se agotó debidamente la vía gubernativa. Pero es posible desvirtuar esta presunción mediante la prueba de que dentro de los tres meses siguientes a la notificación del auto admisorio ratificó la actuación del agente oficioso. Pero, "el interesado no aportó la prueba del caso".

Concluye el Agente Fiscal, que si no hubo agotamiento de la vía gubernativa, "esta jurisdicción no puede pronunciarse sobre ninguna de las pretensiones de la demanda".

La Sala considera:

Como acertadamente lo anotó el *a quo* en la sentencia apelada, los acontecimientos relativos al trámite administrativo de este negocio no podían juzgarse a la luz de lo previsto en la norma invocada por el demandante que fue el artículo 30 del Decreto 3803 de 1982.

Este artículo regula, mediante trámite similar al de los incidentes, la inadmisión del recurso de reconsideración cuando se incumple alguno de los requisitos exigidos por el artículo 28 (sustentación, pago previo, oportunidad y personería) con el objeto de que sea en su iniciación y en términos breves que se decida si formalmente es o no admisible.

Por ello, dentro del mes siguiente a la interposición del recurso debe dictarse el auto que indique el defecto y dentro de los cinco días que concede para interponer reposición, puede simultáneamente subsanar la omisión, si ello es posible. El mismo artículo prescribe que si surtido este trámite se confirma el auto admisorio "la vía gubernativa se agotará en el momento de su notificación".

Cierto es que dentro de los requisitos de que trata el artículo 28 y con el carácter de subsanable, figura el relativo a la personería en los términos del artículo 77 de la Ley 9ª de 1983 que sustituyó al literal d) que repitió la exigencia originalmente hecha por el Decreto 3803 de "que se interponga directamente por el contribuyente o se acredite la personería si quien lo interpone actúa como apoderado o representante".

En este punto conviene recordar que originalmente el Decreto 3803 de 1982 en el literal d) del artículo 28 comentado, admitió la actuación de abogados y contadores como agentes oficiosos mediante caución del 10% del impuesto discutido para garantizar que "la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de 3 meses", con la advertencia final de que "si no hubiere ratificación se entenderá que el recurso no se presentó en debida forma y se hará efectiva la caución".

Esta última consecuencia se completó en el siguiente mes de enero de 1983, mediante el Decreto legislativo 398 en cuyo artículo 11 se dispuso que de no haber ratificación del contribuyente, el jefe de la oficina "procederá a revocar el auto admisorio".

Posteriormente, el 15 de junio del mismo año, se expidió la Ley 9ª cuyo artículo 77 sustituyó y modificó el literal d) (del artículo 28 Decreto 3803) en el sentido de suprimir la caución del 10% y restringirla sólo a favor de los abogados, quedando condicionada la aceptación de la agencia oficiosa a la ratificación del contribuyente representado en los tres meses siguientes a la notificación del auto de admisión, bajo la pena de entender "que el recurso no se presentó en debida forma".

Del análisis histórico de estas disposiciones la Sala concluye que la institución de la agencia oficiosa tiene un tratamiento especial y diferente al de representación legal o contractual de los contribuyentes. La ley permite subsanar los defectos o deficiencias en esta última materia mediante el incidente regulado en el artículo 30, cuando ello fuere posible; en tanto que el defecto o incumplimiento de la ratificación en el caso de agencia oficiosa, en el lapso de tres meses, implica que se presume que el recurso no se presentó en debida forma.

Y el auto que así lo declare, carece de recurso puesto que con él cierra el incidente y agota la vía gubernativa. En el caso que se estudia, se expidió el auto A-197-P de mayo 23 de 1985 que revocó al admisorio en el cual expresamente se advirtió al agente recurrente esta circunstancia.

Lo discutible en la vía jurisdiccional es, en primer lugar, si la admisión del recurso por falta de ratificación al agente oficioso fue o

no legalmente hecha por la Administración. O como lo dice el Fiscal, si mediante prueba desvirtúa la presunción de no haberse presentado en debida forma el recurso.

Pero establecido como está en el expediente que dentro del plazo de tres meses que la Administración otorgó al agente oficioso en el auto 06 de enero 10 de 1985, plazo que venció el 6 de mayo siguiente, no presentó la ratificación del contribuyente, es preciso concluir que la determinación oficial de revocar tal admisión fue legal, no siendo aceptable la que varios meses después presentó el representante legal de la sociedad.

Este punto era el que admitía debate y pruebas tal como lo entendió el Tribunal y lo ratifica esta Sala y por ello respalda la decisión del *a quo* de denegar "la primera pretensión formulada por la demanda" pues de ello dependía si se podía o no entrar al fondo del debate.

No habiendo prosperado, o sea, habiéndose confirmado que el recurso no se presentó en debida forma, surge inevitablemente la consecuencia de no poder ser oído sobre las demás peticiones relativas al fondo o mérito de la controversia, tal como lo manifestó el Tribunal al declararse inhibido para conocer de ellas, con base en lo dispuesto en el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la Repúbica 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, José Ignacio Narváez García, Carmelo Martínez Conn*, Ausente.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA.— LIQUIDACION DE IMPUESTO. Nulidades.

En los términos del artículo 57 de la Ley 52 de 1977, la nulidad afecta los actos en su totalidad, cuando se incurre en alguna de las causales previstas, y no parcialmente, puesto que se refiere a "los actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos" (EJERCICIO FISCAL 1979).

IMPUESTO SOBRE LA RENTA. Valor patrimonial. CREDITO DUDOSO.

En derecho tributario la "posesión" tiene el sentido especial del aprovechamiento real o potencial del bien en beneficio del contribuyente. Si la deudora entró en concordato preventivo y luego en quiebra es razonable suponer que sus acreedores estaban en imposibilidad de utilizar los créditos a su favor.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dieciocho de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Magistrada auxiliar: *Doctora Ruth Younes de Salcedo.*

Referencia: Expediente número 1886. Actor: Paulina Mendoza Llana. Impuestos. Fallo.

Procede la Sección a resolver el recurso interpuesto contra el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha julio 14 de 1987 que resolvió desfavorablemente las pretensiones de la demanda formulada por la señora Paulina Mendoza de Llana, sobre la determinación del impuesto sobre la renta y complementarios practicada a su cargo por el ejercicio de 1979.

Considera el apoderado de la demandante que en la sentencia no se analizaron ni decidieron los planteamientos y pruebas que invocó en la demanda, tanto en relación con el punto principal consistente en la improcedencia de establecer la renta gravable por el sistema de comparación patrimonial, como sobre los referentes a la desestimación de deducciones.

La demanda:

Se solicitó en ella declarar nula y subsidiariamente modificar la determinación acusada, con base en los siguientes argumentos:

En la liquidación de revisión se adicionó al patrimonio un crédito que la contribuyente había descargado de su patrimonio a través de sus declaraciones tributarias correspondientes a los ejercicios anteriores al gravable, siguiendo el procedimiento previsto por el artículo 61 del Decreto 2053 de 1974 y reglamentado en los artículos 79 a 82 del Decreto 187 de 1975, que autorizan a deducir y restar del patrimonio los créditos manifiestamente perdidos o sin valor, originados en operaciones productoras de renta, situación que fue aceptada por las oficinas de impuestos al dejar en firme las respectivas liquidaciones privadas.

Sostiene el apoderado de la actora que con tal actuación se incurrió en las siguientes irregularidades:

1º Se revivió un procedimiento legalmente concluido, lo cual constituye causal de nulidad de la liquidación, prevista por el numeral 5º del artículo 57 de la Ley 52 de 1977.

2º Habida cuenta de que la contribuyente se acogió a la amnistía del artículo 140 del Decreto-ley 2053 de 1974 en la declaración del mismo año, la adición del crédito al patrimonio declarado en 1979 desconoce el beneficio y resulta por ello violatoria de la citada norma.

3º Se infringió el artículo 61 del Decreto-ley 2053 de 1974 y las disposiciones que lo reglamentan, ya que se negó a la contribuyente el reconocimiento de la situación en que se colocó al aplicar dicha norma, exigiéndole un requisito no previsto en ella, como es el de que el deudor declare inexistente la deuda que el acreedor considera perdida, para acogerse al tratamiento tributario allí previsto. Además sostiene el litigante que al limitarlo a los contribuyentes que llevan contabilidad, pudo incurrir el funcionario en deslealtad procesal y aún en prevaricato, al ignorar que también pueden acogerse a él los demás contribuyentes, por disponerlo así expresamente la disposición en cita.

4º Se violó igualmente el artículo 32 de la Ley 52 de 1977 al adicionar la totalidad del crédito, sin tener en cuenta que según certificaciones judiciales allegadas a la actuación, le correspondía conjuntamente con otra persona.

5º Indebidamente incluyó la Administración dentro del patrimonio de la actora un derecho no susceptible de ser utilizado en la obtención de renta, con lo cual violó el artículo 109 del Decreto 2053 de 1974.

6º Al plantearse, tanto en el requerimiento especial como en la liquidación de revisión, que en el evento de desvirtuarse el incremento patrimonial como generado en rentas del ejercicio, se desestimarían algunas deducciones solicitadas en la declaración, se violó en criterio del litigante el artículo 42 de la Ley 52 de 1977 y el derecho de defensa que con dicha norma se ampara, porque ello equivale a practicar dos requerimientos y dos liquidaciones por el mismo ejercicio, una por

el sistema de comparación patrimonial y otra por el ordinario, no obstante que la ley exige que se practique un solo requerimiento y una liquidación.

La sentencia:

Se pronunció así en relación con los argumentos, pruebas y pretensiones de la demanda:

1º Sobre la declaratoria de nulidad de los actos acusados, consideró el Tribunal que no pudo configurarse la causal invocada por las circunstancias que alegó el litigante, toda vez que la obligación de cada ejercicio se determina independientemente y la liquidación impugnada se practicó con base en los hechos establecidos para el ejercicio de 1979, por el cual no se había practicado liquidación oficial.

2º Violación del artículo 140 del Decreto-ley 2053 de 1974. Tampoco aceptó el *a quo* el planteamiento del libelista, habida cuenta de que los hechos involucrados en la amnistía a la cual dijo haberse acogido la contribuyente en el año de 1974, son diferentes de los que inciden en la liquidación del impuesto a su cargo por el de 1979.

3º Violación del artículo 61 del Decreto-ley 2053 de 1974 y artículos 79 a 82 del Decreto reglamentario 187 de 1975. Concluyó la sentencia que los argumentos expuestos en la demanda para fundamentar esta violación "caen por su base" por las siguientes razones:

a) La norma invocada distingue la situación respecto de los contribuyentes que llevan contabilidad y quienes no la llevan, como es el caso de la demandante; para tener derecho a la reducción del crédito que consideraba incobrable, debió someterse a las exigencias pertinentes: Acompañar a la declaración de renta el documento donde constaba la obligación —para el caso las tres letras de cambio que le giró la deudora— con las constancias de anulación;

b) En el evento de que no existiera dicho documento, debió suplirse con un acto notarial donde constara la existencia de la deuda, emanado del acreedor y del deudor (Decreto 187 de 1975, art. 81, parágrafo 2º);

c) Frente a estas previsiones legales, carece de mérito probatorio el documento suscrito por la demandante y el representante legal de la sociedad deudora "por cuanto este procedimiento sólo está previsto en el Decreto reglamentario para cuando el documento que respalde *el crédito no exista,* y ya quedó probado que, las tres letras que respaldaban el crédito, *si existían y se encontraban haciendo parte del concordato preventivo,* adelantado en el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá" (subrayas del Tribunal).

3º Violación del artículo 42 de la Ley 52 de 1977. No prosperó el cargo por cuanto el artículo 32 de la misma ley, preceptúa que la determinación de tributos e imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el expediente y en el presente caso se basó en un hecho cierto, no desvirtuado en la respuesta del requerimiento, en la cual nada se advirtió respecto de que el crédito fuera poseído conjuntamente con otra persona. La constan-

cia notarial allegada sólo se refirió a la contribuyente y los documentos que envió con posterioridad no fueron apreciados por no ser documentos auténticos, según las previsiones de los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

4º Violación del artículo 109 del Decreto-ley 2053 de 1974. Consideró el Tribunal que no se infringió esta norma, porque conforme al artículo 110 *ibídem*, se presume que quien aparezca como propietario de un bien lo aprovecha económicamente en su beneficio y en este caso la actora no probó que el derecho no fuera susceptible de ser utilizado en cualquier forma para la obtención de una renta o que fuera irrecuperable.

Concepto Fiscal:

La señora Fiscal Sexta de esta Corporación no comparte la actuación administrativa puesto que, probada como estaba la preexistencia del crédito, no se podía presumir que el incremento del patrimonio obedeciera a rentas capitalizadas en el ejercicio de 1979, que constituye el fundamento legal del sistema especial de determinación de la renta por comparación de patrimonios. Sin embargo, habida cuenta de este aspecto no fue censurado en la demanda, concluye la fiscalía que, siendo rogada la jurisdicción contencioso administrativa, el juzgador no puede anular los actos por conceptos diferentes a los señalados por el actor.

Por lo demás, la colaboradora fiscal está de acuerdo con las apreciaciones de la sentencia relativas a la adición del crédito, por tratarse de un bien susceptible de ser utilizado potencialmente para obtener renta, que forma parte del activo hasta tanto no se dé por cancelado judicialmente —dentro del concordato que tramita la deudora— o contractualmente, hecho que no cambia porque la acreedora lo hubiera considerado incobrable y descargado de su patrimonio en los ejercicios anteriores, dado que no llevaba contabilidad y por lo tanto no podía acogerse a tal tratamiento.

> "El que las declaraciones de renta de 1978 y anteriores no hubieren sido objeto de revisión por parte de la Administración no implica, como pretende la demanda, considerar que cualquier inexactitud en ellas cometida hubiese sido objeto de confirmación 'tácita' por parte de la Administración y que detectada la existencia de un activo en un ejercicio posterior, no pudiera ser objeto de adición por tratarse de un procedimiento 'legalmente concluido' ".

Oposición a la demanda:

La Dirección de Impuestos Nacionales se opuso a las pretensiones de la demanda, básicamente con los siguientes argumentos:

a) No existe un proceso que comprenda las anualidades fiscales de 1974 a 1979, que permita afirmar que las diligencias investigativas efectuadas en el último lo fueron sobre el mismo punto antes decidido; la independencia de cada ejercicio implica que las controversias son también independientes;

b) El crédito controvertido no reúne las exigencias del artículo 61 del Decreto-ley 2053 de 1974, por lo cual el beneficio previsto en esta norma no resulta aplicable a la contribuyente.

Consideraciones de la Sección:

Para su resolución, se analizan los cargos de la demanda, así:

1º El concerniente a la nulidad de la liquidación.

2º Los dirigidos a que se modifique la determinación, estableciendo la renta por el sistema ordinario y no por el de comparación patrimonial.

1º *Nulidad:*

Preceptúa el artículo 57, numeral 5º de la Ley 52 de 1977:

> "Los actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos, proferidos por la administración tributaria, son nulos:... 5º Cuando correspondan a procedimientos concluidos"...

El procedimiento de determinación del monto de la obligación a cargo de un contribuyente, por un determinado ejercicio, concluye legalmente de acuerdo con el régimen procedimental del impuesto sobre la renta y complementarios:

a) Cuando se notifica y queda en firme la liquidación de revisión o la de aforo;

b) Cuando se notifica y queda en firme la providencia que falla el recurso interpuesto contra la liquidación oficial y adquiere firmeza por no proceder más recursos contra ella en la vía gubernativa;

c) Cuando queda en firme la liquidación privada, al vencimiento del término que señala la ley sin haberse modificado.

Dada la independencia de la obligación correspondiente a cada ejercicio, de acuerdo con lo anterior serán nulos los actos que se profieran con posterioridad a cualquiera de estos eventos, para fijar obligaciones por el mismo período.

No comparte la Sala el criterio del litigante, que trata de encuadrar la situación dentro de la referida causal, respecto del crédito que le fue adicionado al patrimonio que declaró la contribuyente por 1979 ya que, en los términos de la norma en cita, la nulidad afecta los actos en su totalidad, cuando se incurre en alguna de las causales previstas, y no parcialmente, puesto que se refiere a "los actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos". En este aspecto, los errores en que incurra la Administración al incluir puntos ya definidos en liquidaciones oficiales anteriores, o en liquidaciones privadas que quedaron en firme, darán lugar a modificar el acto para corregirlo, pero no a invalidarlo totalmente.

El hecho de que la obligación de los períodos de 1978 y anteriores hubiera sido la que fijó la contribuyente en sus respectivas liquida-

ciones privadas, impide volver sobre los aspectos contenidos en ellas, pero no puede éste por sí solo motivo para invalidar la liquidación que se practique por 1979.

Precisamente en prevención de las situaciones que se presentan con motivo de las explicaciones de aumento patrimonial, la ley tiene prevista la posibilidad de aceptar como tal la omisión de bienes en años anteriores que al no ser modificables las respectivas liquidaciones causan una sanción del 3% por cada año de omisión, artículo 76 del Decreto 2053 de 1974.

2º Determinación de la renta por comparación patrimonial.

Violación de los artículos 61 y 109 del Decreto 2053 de 1974 y 79 a 82 del Decreto reglamentario 187 de 1975.

El artículo 63 del Decreto-ley 2053 de 1974 estatuye que son deducibles las deudas manifiestamente perdidas o sin valor que se hayan descargado del patrimonio durante el período gravable, para los contribuyentes que lleven contabilidad por el sistema de causación, siempre que se demuestre la existencia de aquéllas y se justifique el descargo. Y extiende el tratamiento a los contribuyentes que no lleven contabilidad "si acompañan a su declaración de renta y patrimonio el documento concerniente a la deuda con constancia de su anulación".

El Decreto reglamentario 187 de 1975 en sus artículos 79 a 82, reglamenta la norma anterior. Tratándose de contribuyentes que no lleven contabilidad, el parágrafo 2º del artículo 81 prevé que cuando no exista documento en que conste la deuda, se suplirá con acto notarial en donde se declare su existencia, suscrito por el acreedor y el deudor.

No dice expresamente la norma que el beneficio tributario implique la condonación de la deuda, pero como se vé, sí exige que se aporte el documento donde consta, cancelado. El apoderado de la demandante sostiene que la actuación es ilegal, porque tácitamente impone tal condonación, sin que la exija la ley.

La tesis central del memorialista radica en que el crédito que se adicionó al patrimonio de su representada en el año de 1979 está descargado de su patrimonio, en razón de que la deudora Hermega Ltda., entró en concordato preventivo potestativo en el mes de noviembre de 1974 y en el acta respectiva consta que los acredores votaron afirmativamente la "moratoria indefinida de sus créditos", los cuales se convirtieron en derechos litigiosos. Careciendo la acreedora de garantías reales y dada la insolvencia de la deudora, se acogió al procedimiento previsto en la norma en cita y redujo su valor gradualmente en las declaraciones patrimoniales de los años siguientes; para 1976 denunció un saldo de $ 150.000.00 y acompañó constancia de la deudora y certificado del Juzgado, según el cual por auto de 23 de septiembre de 1976 se ordenó "abrir incidente que declare resuelto el concordato y declare desierto el concurso de quiebra". Habida cuenta de que sus liquidaciones privadas quedaron en firme, la Administración no podía revivir el crédito en mención.

Los argumentos de la Administración acogidos en la sentencia, se resumen en que la contribuyente no cumplió los requisitos previstos en las disposiciones legal y reglamentarias citadas, para acogerse a ellas, ya que no llevaba contabilidad ni aportó el documento en el cual constaba la deuda, debidamente cancelado. La Sala no los comparte, por cuanto, de ser cierto que la Administración no modificó las liquidaciones privadas —hecho que no discute la entidad— no puede posteriormente desconocer las consecuencias de tal fenómeno, invocando hechos y razones que debió analizar y exponer a la contribuyente y plasmar en la respectiva liquidación de revisión.

Por otra parte considera el Tribunal que la contribuyente poseía el crédito en 1979, puesto que perseguía hacerlo efectivo dentro del proceso de quiebra y en éste figuraban sin cancelar las letras que lo respaldaron.

Conforme a las previsiones del Decreto-ley 2053 de 1974, artículos 109 y 110, forman parte del patrimonio para efectos tributarios los derechos poseídos por el contribuyente el último día del ejercicio, pero tal posesión tiene un sentido especial: Consiste en el aprovechamiento económico real o potencial de cualquier bien en beneficio del contribuyente, el cual depende, concretamente, de la posibilidad que tenga de utlizarlo en cualquier forma para la obtención de una renta.

Si la deudora entró en concordato preventivo y luego en proceso de quiebra, es perfectamente razonable suponer que sus acreedores estaban en imposibilidad de utilizar los derechos del crédito involucrados en el patrimonio de aquella en la obtención de intereses, que normalmente constituyen la renta generada por tales derechos, particularmente para el año de 1979 cuando ya existía el proceso de quiebra. El hecho de que la acreedora tratara de hacer efectivo su derecho dentro del mismo, no modifica esa realidad. Lo cierto es que, por insolvencia de la deudora y dados los procesos judiciales en mención, se dio la imposibilidad real de utilizar económicamente tales bienes para obtener renta, y por lo tanto, mientras subsistiera la situación, no podían darse las condiciones que el estatuto orgánico del impuesto requiere para considerarlos parte del patrimonio tributario.

Interpretado íntegramente el Decreto 2053 de 1974, se hallan las soluciones previstas para el caso de los créditos que se consideraron perdidos y logran recuperarse, produzcan las consecuencias tributarias pertinentes: Cuando se hubieran deducido, ya sea en las liquidaciones oficiales o en las privadas que quedaron en firme, se realizará una renta por recuperación de deducciones. Si no se hubieran deducido de la renta pero sí descargado del patrimonio, el hecho mismo del pago y las circunstancias en que se produzca, explicará el incremento derivado de ellos (arts. 68 y 74).

Por estas consideraciones la Sala llega a la conclusión de que el crédito controvertido no podía considerarse poseído económicamente en el año de 1979 por la contribuyente y siendo así no procedía tenerlo como parte de su patrimonio para efectos tributarios. Menos procedente aún resulta establecer la renta gravable por comparación de

patrimonios como resultado de la adición del mismo, ignorando la realidad plenamente establecida sobre su preexistencia que se remontaba hasta el año de 1974 y que explicaba por sí sola el incremento.

Por todas las razones consignadas es preciso admitir que la Administración obró ilegalmente al adicionar un crédito que la actora había descargado de su patrimonio, sin que se hubiera modificado las liquidaciones privadas a través de las cuales aplicó, bien o mal, una norma que consideraba pertinente á su situación, desconociendo con ello las consecuencias de la firmeza de aquéllas. Además, porque ciertamente las condiciones acreditadas en el año de 1979 permitían establecer que no reunían las previsiones legales que regulan la posesión económica para efectos tributarios. Y, principalmente, porque estaba plenamente acreditada la preexistencia del derecho y en modo alguno podía establecerse la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios, que parte de la presunción implícita de que el incremento obedece a rentas obtenidas en el ejercicio y ocultadas al fisco, estando plenamente desvirtuada.

Estas consideraciones resultan suficientes para decidir sobre la demanda. Obrando en consecuencia, se modifica la determinación acusada en los siguientes términos:

Concepto		*Base*	*Impuesto*
Renta:			
La bruta declarada		$ 232.686	
Deducciones:			
Reparaciones locativas casa habitación 1%	$ 3.560		
Impuesto predial	$ 4.451	$ 8.011	
Renta líquida		$ 224.675	$ 56.167
Descuentos tributarios reconocidos			$ 23.300
Impuesto básico de renta			$ 32.867
Patrimonio:			
El líquido declarado		$ 1.734.241	$ 17.417
Total impuesto renta y patrimonio			$ 50.284

Por lo expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

Falla:

1º Revócase la sentencia apelada.

2º Modifícase la obligación que por concepto del impuesto sobre la renta y complementarios debe pagar la contribuyente Paulina Mendoza de Llana cédula de ciudadanía 20.122.038, por el año de 1979, según la liquidación que contiene la parte motiva de esta providencia. Fíjase en la suma de cincuenta mil doscientos ochenta y cuatro pesos ($ 50.284.00), el impuesto que le corresponde pagar por el citado ejercicio.

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, José Ignacio Narváez García, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA.— DEMANDA. Consignación del impuesto.

Existe la ley especial —Ley 8ª de 1970, artículo 9º parágrafo—, que exime del depósito del impuesto en acciones en que se controviertan impuestos de renta y complementarios ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dieciocho de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2021. Apelación auto de septiembre 19 de 1987, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal por el año gravable de 1981. Actor: Luis A. Duque Peña e Hijos Limitada.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la actora, contra el auto de 19 de septiembre de 1987 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual se inadmite la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la sociedad Luis A. Duque Peña e Hijos Ltda., contra la operación administrativa que determinó su impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1981.

Antecedentes:

Presentada la demanda, mediante apoderado, repartido el negocio y habiendo entrado al despacho, la Magistrada a quien le correspondió, profirió un auto el 24 de abril de 1987, mediante el cual ordenó prestar caución equivalente al 10% de la suma discutida, de conformidad con el artículo 140 del Decreto 01 de 1984.

Contra dicho auto, el señor apoderado de la parte actora interpuso recurso de reposición, el cual le fue resuelto desfavorablemente mediante providencia de 8 de junio de 1987.

El señor apoderado, posteriormente solicitó prorrogar el término que se fijó para prestar la caución, petición que fue acogida y se amplió el término en 10 días.

Vencido el término anterior, sin que se hubiere otorgado la caución, con base en el artículo 143 del Decreto 01 de 1984, la Sección Segunda del Tribunal, mediante el auto aquí recurrido, inadmitió la demanda, con dos salvamentos y dos aclaraciones de voto.

El recurso interpuesto:

El señor apoderado de la parte actora interpuso el recurso de reposición que ahora se resuelve y lo fundamenta en dos argumentos a saber:

1. La jurisprudencia reiterada "en el sentido que cuando exista una norma especial como el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, las facultades del artículo 140 del Decreto 01 de 1984, no tienen operancia por ser generales..."

2. "En el juicio correspondiente, la mayoría de los honorables Magistrados, bien con salvamentos de voto, bien con aclaraciones al mismo, coinciden en que este requisito, por la materia tratada, no cuenta la facultad del artículo 140 del nuevo Código Contencioso Administrativo, por haber norma especial al respecto, lo que indica de los votos aclarados por la materia misma es que ellos constituyen un salvamento de voto que sumado a los demás, la ponencia debía recibir su rechazo y como consecuencia la admisión de la misma por ser mayoría".

Consideraciones de la Sala:

La decisión aquí recurrida fue aprobada por la Sala de Decisión de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca con el voto de cuatro (4) de sus Magistrados, dos de los cuales consideraron del caso aclararlo. Los otros dos Magistrados no estuvieron de acuerdo con la decisión y por eso salvaron su voto.

De conformidad con las normas que regulan la toma de decisiones en las corporaciones judiciales, la citada providencia obtuvo el número de votos necesario para ser decisión de la Sala, ya que de seis que es el número de Magistrados que la conforman, cuatro de ellos estuvieron de acuerdo y solamente dos de ellos no, tal como lo expresan en sus respectivos salvamento de voto.

De acuerdo con lo anterior, la providencia así expedida contiene una decisión.

Con relación a las aclaraciones de voto es del caso precisar, que se trata de una figura surgida a través del tiempo, en la toma de decisiones por los Jueces colegiados, la cual no se encuentra expresamente regulada y simplemente corresponde a la realidad, cuando un Magistrado *comparte la decisión* contenida en la providencia de que se trata, pero considera necesario hacer alguna precisión con relación a su parte motiva.

Por ello, el hecho de que la providencia recurrida, además de los dos salvamentos de voto, haya originado dos aclaraciones, no implica que la decisión no exista, o que por ese hecho conlleve alguna causal de anulación.

En el caso de autos, es claro para la Sala que los dos Magistrados que "aclaran el voto", están de acuerdo con la decisión contenida en la providencia recurrida.

En efecto, el Magistrado Julio E. Correra R., dice en su aclaración: "En mi opinión la decisión de la Sala estuvo ajustada a derecho por cuanto el actor no cumplió lo ordenado por la honorable Magistrada conductora del proceso en auto de 24 de abril de 1987 (fl. 34)".

Y por su parte el Magistrado Jorge E. Márquez Puentes afirma:

"...Comparto la decisión de la Sala consistente en inadmitir la demanda en razón de que, proferido el auto de 24 de abril del año en curso (fl. 34) en el cual se dispuso por la honorable Magistrada sustanciadora prestar caución del 10% de la suma discutida, y mediante auto de 7 de junio se le concedió un plazo de diez días para el cumplimiento de la caución. Tal proveído no fue cumplido por la sociedad demandante de manera que quedó en firme como bien lo anota el auto materia de aclaración".

Así las cosas, es claro que las manifestaciones anteriores, no permiten considerar como lo afirma el recurrente que se trata de salvamentos de voto y que por ello la ponencia "...debía recibir su rechazo y como consecuencia la admisión de la misma por ser mayoría".

Determinado lo anterior, es necesario precisar que el auto recurrido inadmitió la demanda por cuanto "...transcurrió el plazo sin que se hubiese acreditado la satisfacción de la caución, es del caso dar observancia a lo dispuesto por el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo".

Respecto del vencimiento del plazo, nada se cuestiona por el recurrente, quien se limita, luego de discutir la mayoría en la votación, a referirse a la jurisprudencia reiterada, con relación al artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, en el sentido de considerar que dicha norma por ser ley especial, prima enfrente a la disposición general del artículo 140 del Decreto 01 de 1984.

El auto de 19 de septiembre de 1987 aquí recurrido y que ordena la inadmisión de la demanda, hace referencia en su parte motiva al artículo 143 del Decreto 01 de 1984 y se fundamenta en el vencimiento del plazo dado por el Despacho para el otorgamiento de la caución, pero es claro que la inadmisión de la demanda se ordena porque no se ha otorgado la caución y por ello es del caso establecer si dicha exigencia procedía en el caso de autos.

Según el artículo 140 del Decreto 01 de 1984, si se trata de demanda de impuestos, tasas, contribuciones, multas o créditos a favor del Tesoro Público, debe adjuntarse el comprobante de depósito de la suma correspondiente, cuando ley especial así lo exija y en los demás casos basta prestar caución a satisfacción del ponente.

Con la anterior disposición se asegura que las sumas que a juicio de la Administración deben los contribuyentes, queden a buen recaudo mientras se controvierte su legalidad ante la jurisdicción contencioso administrativa, ya sea porque una ley expresamente ordena su depósito y en los demás casos a través del mecanismo de la caución.

Por su parte, la Ley 8ª de 1970, en el parágrafo de su artículo 9º prescribe que cuando se controvierten impuestos de renta y comple-

mentarios ante la jurisdicción contencioso administrativa, "...no será necesario hacer la consignación del impuesto que hubiere liquidado la Administración..."

Y a juicio de la Sala, dicha ley no puede entenderse modificada o derogada por el artículo 140 del Decreto 01 de 1984. En efecto, se trata de una norma especial que hace que a las situaciones por ella reguladas no les sea aplicable el artículo 140 ya citado, ya que no se trata de que *"no exista ley especial que exija el depósito"* sino que por el contrario es que *"existe ley especial que exime del depósito"*. Y si esto es así, no le es aplicable la segunda parte del artículo 140 citado, que ordena prestar caución, pues este requisito tiene el carácter supletorio cuando exista ley que ordene el depósito, pero no cuando por el contrario, existe ley que expresamente exime de dicha obligación, ley que por lo demás es de aplicación prevalente de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 153 de 1887.

Tan cierto es que dicha norma, prevista en el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, no fue derogada por el Decreto 01 de 1984, que en el Decreto 2503 de 1987, en su artículo 154 se derogó expresamente, derogatoria que por lo demás, fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 28 de junio de 1988.

Lo anterior, no significa que los intereses de la Administración queden desprotegidos, pues es la misma Ley 8ª de 1970, la que en su artículo 9º ordena que si las acciones ejercidas no prosperan, el contribuyente deberá pagar el valor discutido con intereses del dos y medio por ciento mensual.

Según lo anterior, considera la Sala que en el caso de autos no es exigible el requisito de la caución y como la providencia recurrida lo exige dentro de un plazo determinado, la Sala procede a revocarla.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

Resuelve:

1º Revócase el auto apelado.

2º Admítese la demanda.

3º Ordénase al Tribunal Administrativo de Cundinamarca proveer sobre las notificaciones a que haya lugar.

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, Carmelo Martínez Conn, Ausente; *José Ignacio Narváez García.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

VIA GUBERNATIVA.— Agotamiento.

El agotamiento de la vía gubernativa que se exige por la ley como condición del proceso, comprende los hechos o motivos de inconformidad mas no rigurosamente los fundamentos jurídicos o los argumentos.

SANCION POR INEXACTITUD. PRUEBA CONTABLE.

No basta establecer que la contabilidad cumple los requisitos legales para desconocer los hechos denunciados en la declaración tributaria e imponer sanción por inexactitud. Tal diferencia sólo la priva de efectos probatorios en favor de quien la lleva.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., cinco de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Magistrada auxiliar: *Doctora Ruth Younes de Salcedo.*

Referencia: Expediente número 1754. Actor: Distribuidora Parra y Forero Ltda. Impuestos.

Se resuelve la apelación de la sociedad de hecho Parra y Forero, con NIT. 91.801.140, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Boyacá que denegó las pretensiones de la demanda en relación con los actos que determinaron el impuesto sobre la renta y sanciones a cargo de la actora por el ejercicio gravable de 1982.

La impugnación de la sentencia:

Controvierte el apoderado de la actora las razones que adujo el Tribunal para denegar la demanda, así:

1º Consideró el *a quo* que en la vía gubernativa la inconformidad de la actora se basó en hechos distintos a los expuestos en la demanda, de donde deduce un indebido agotamiento de aquella, sin tener en cuenta que en el recurso de reconsideración la sociedad impugnó la liquidación por razones concernientes al equivocado procedimiento

probatorio aplicado en la determinación y aportó pruebas tendientes a desvirtuar las conclusiones administrativas, que se basaron en la inspección contable practicada a la actora.

2º No comparte el litigante el criterio del Tribunal, según el cual la falta de respuesta al requerimiento especial implica aceptación tácita de los cargos allí formulados.

3º Disiente el apoderado de la actora del fallo recurrido, cuando afirma que no se calificó el concepto de la violación, por cuanto en la demanda insistió en la falta de fundamento de la actuación, derivada de que no se comprobaron los hechos en que la Administración se apartó del denuncio de la contribuyente, toda vez que en el requerimiento se limitó a cumplir una simple formalidad, con la invocación del acta de visita contable, sin explicar ni sustentar los hechos. En criterio del memorialista esta actuación implica falta de motivación del acto y constituye causal de nulidad.

4º Da por sentado el Tribunal que el acta de visita contable constituye una diligencia preliminar suficiente para apartarse de la presunción de veracidad de la declaración tributaria, y afirma que la contribuyente conocía, desde el momento mismo del levantamiento de dicha acta, "...no sumaria, sino exacta y precisamente los cargos surgidos en tal inspección". La simple transcripción parcial de las conclusiones de la visita, sostiene el libelista, no puede constituir la explicación sumaria que exige el artículo 57 numeral 4º de la Ley 52 de 1977, en armonía con el artículo 49 literal g) de la misma ley, como condición de validez de los actos de liquidación.

Concluye el apoderado de la recurrente que la determinación debe anularse y por lo tanto, declararse que sólo está obligada a pagar el impuesto que fijó en su respectiva liquidación privada, en razón de haberse violado, en la liquidación oficial las siguientes normas, por los conceptos expresados en la demanda y en el memorial de apelación.

a) Los artículos 20 y 26 de la Constitución Nacional;

b) Los artículos 31, 33 y 57 de la Ley 52 de 1977;

c) El artículo 15 del Decreto-ley 2053 de 1974;

d) El artículo 17 del Decreto reglamentario 187 de 1975;

e) El artículo 10 de la Ley 8ª de 1970;

f) El artículo 47 del Decreto reglamentario 825 de 1978.

Oposición:

La delegada de la D.I.N. se opone a las pretensiones de la actora. Argumenta que no se incurrió en la falta de motivación que alega la demanda como fundamento de la nulidad, ya que en la liquidación oficial se explicó pormenorizadamente la motivación de las modificaciones efectuadas, con base en el acta de inspección contable en la cual el visitador dejó constancia de que "la contabilidad llevada por la contribuyente "...no se ajusta a las normas legales para la clase de negocio o actividad comercial que se adelanta. Por ello no se pudo

establecer concretamente la relación de las cuentas afectadas, por cuanto no se elaboraron los comprobantes de contabilidad, previos al registro en libros. Así mismo no hubo coordinación entre las cuentas ventas y la cuenta caja, existiendo saldos mayores en esta última, que reflejan mayores ingresos a los denunciados; además existen ventas y créditos no contabilizados" (fl. 119).

Concepto Fiscal:

El Ministerio Público solicita que se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a practicar una nueva liquidación para descontar de la base gravable la partida que la Administración adicionó como ventas omitidas, basándose en métodos indirectos, cruce de cuentas, sin mérito probatorio suficiente. En relación con las compras desestimadas, considera la señora Fiscal Sexta, que los motivos expuestos por la Administración no fueron desvirtuados con los elementos necesarios para demostrar la veracidad de la declaración.

La prueba contable que presentó la actora con su alegato de conclusión, integrada por algunas facturas y pedidos y certificación del revisor fiscal, no se invocó en la demanda y en consecuencia no puede tenerse en cuenta por no haber sido decretada en la oportunidad procesal.

Consideraciones de la Sección:

La pretensión principal de la actora persigue que se declare la nulidad de la determinación tributaria, por falta de motivación, basada en que la Administración no probó los hechos que adujo para adicionar a la renta declarada la partida de $ 4.371.898.00, como ventas omitidas, y desconocer costos por compras en cuantía de $ 535.848.00.

Encuadra dicha irregularidad el apoderado de la demandante, en la causal prevista por el artículo 57 numeral 4º de la Ley 52 de 1977, según el cual, los actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos son nulos,

> "4º Cuando se omitan las bases gravables, el monto de los tributos o la explicación sumaria de las modificaciones efectuadas respecto de la declaración, o de los fundamentos del aforo".

La explicación sumaria que prevé la norma, es la que debe tener el acto, en relación con los motivos que lo informan; no puede confundirse con la falta de ellos. Y es evidente que en la liquidación oficial se explicó a la actora sumariamente el fundamento que tuvo la Administración para modificar la respectiva liquidación privada.

El punto central de la controversia gira en torno del aspecto probatorio de la determinación, que se considera ilegal por infringir las normas que regulan el procedimiento tributario, con las cuales se garantiza el derecho de defensa que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Deriva el libelista la invalidez de la decisión, de que infringe la citada norma constitucional, en concordancia con los artículos 32 y 33

de la Ley 52 de 1977, por cuanto se basó en una presunción no contemplada en la ley, extraída por el visitador contable de la falta de coordinación que encontró entre las cuentas de caja y ventas, que según concepto expresado en el acta "...presupone omisión por ventas o ingresos por otros conceptos...", lo cual constituye para el litigante un simple indicio, insuficiente para desvirtuar la presunción de veracidad de los hechos declarados que consagra el artículo 33 de la misma ley.

El informativo da cuenta de los siguientes hechos:

1º A la contribuyente se le practicó inspección contable. En el acta de la diligencia el funcionario concluyó que la renta declarada por la sociedad debía modificarse en los siguientes aspectos:

a) Adicionar a los ingresos la partida de $ 4.371.898.03

b) Desestimar compras por valor de $ 535.848.20

Se fundamentó la adición en haber encontrado el visitador que no existía coordinación entre las cuentas ventas y caja, ya que esta última reflejó ingresos por mayor cuantía "...situación que presupone omisión por ventas o ingresos por otros conceptos..."

Respecto de las compras, observó que la cuenta "se maneja independientemente de la cuenta de 'mercancías', no se hace el cruce respectivo lo que impide determinar con precisión el inventario final de mercancías, al fin del ejercicio".

En resumen, la contabilidad llevada en tales condiciones, concluyó, no se ajusta a lo previsto en los artículos 50, 51, 53 y 55 del Código de Comercio.

Todo indica que la inspección se practicó sin participación de los socios de hecho, o de empleado alguno de la empresa. Tampoco se puso en su conocimiento el acta que aparece firmada sólo por el visitador.

2º En el requerimiento especial se advirtió a la contribuyente:

"De acuerdo con las conclusiones del acta de visita realizada del 24 al 27 de abril de 1984, se constató: 1. Que dicho contribuyente omitió ingresos en cuantía de $ 4.371.898.00 infringiendo así el artículo 49 del Decreto 3803 de 1983 y haciéndose acreedor a la sanción prevista en el artículo 50 del mismo Decreto. 2. El rechazo por valor de $ 147.095.00 en compras de mercancías por falta de requisitos en las facturas, como fecha, número, nit y firma responsable, de conformidad con los artículos 621 y 774 del Código de Comercio. La cuantía de $ 388.753.00 por la no presentación de facturas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 3803 de 1983".

3º La sociedad no respondió al requerimiento.

4º En la liquidación oficial se adicionó la partida correspondiente a ingresos omitidos, se desconocieron las compras en el monto citado

y se impuso sanción por inexactitud de $ 1.963.098.00. La explicación se refiere a la inspección contable realizada y reproduce los motivos expuestos en el requerimiento especial.

5º La sociedad interpuso recurso de reconsideración y aportó copias de los asientos contables, en folios de los libros de diario, mayor y balances e inventarios y pidió "...que se anule el análisis de la cuenta caja que el señor Revisor pasó..."

Los hechos consignados demuestran que, en esencia, los motivos de inconformidad expuestos en la vía gubernativa son los mismos que suscitan la controversia judicial, si bien los argumentos jurídicos que se precisan en la demanda no fueron esgrimidos en aquélla. Considera la Sala que el agotamiento de la vía gubernativa que se exige por la ley como condición del proceso, comprende los hechos o motivos de inconformidad mas no rigurosamente los fundamentos jurídicos, o los argumentos, ya que en aquélla no se requiere la actuación de abogado y siempre que la reclamación cumpla sus requisitos de procedibilidad, la Administración debe examinar la inconformidad del recurrente y analizar las pruebas que invoque, para establecer la legalidad de su decisión.

No comparte la Sala, por lo tanto, los criterios de la sentencia relativos a la falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Tampoco comparte la Sala el criterio de que la falta de respuesta al requerimiento especial implique aceptación tácita de los planteamientos consignados en éste, pues en nuestro ordenamiento jurídico el silencio no está instituido como confesión, ni produce efectos similares a tal medio probatorio.

Según los antecedentes, es cierto que la adición de ingresos se basó en una simple presunción del visitador oficial. Pero la diligencia de inspección en los libros de contabilidad no puede surtir efectos como medio de prueba, en este caso, porque es evidente que el contribuyente no tuvo participación alguna en ella, ni se puso en su conocimiento el acta dentro de la misma ni con ocasión del requerimiento especial, que se limitó a dar por ciertas las conclusiones del auditor, sin indicar siquiera a la requerida cuáles de las compras se desestimaban. En tales condiciones se revela que faltó darle oportunidad de presentar las facturas correspondientes o de probar en alguna forma la veracidad de los respectivos datos de su denuncia, de manera que la inspección, como medio probatorio, no cumple con los requisitos elementales de validez de la prueba, concernientes a su publicidad y contradicción, que forman parte de la garantía constitucional del debido proceso.

Y si bien tal defecto no está contemplado como causal de nulidad de las liquidaciones de impuestos en la enumeración del artículo 57 de la Ley 52 de 1977, ello no obsta para que la actuación se califique de ilegal y en consencuencia se entre a modificar la obligación tributaria contenida en él, por vía de la modalidad de la acción de restablecimiento prevista en el segundo inciso del artículo 85 del Decreto 01 de 1984.

Es ilegal la decisión, porque de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 52 de 1977, la determinación de tributos e imposición de sanciones deben basarse en los hechos establecidos por los medios de prueba que señala la ley. Presumiendo ella que son ciertos los hechos denunciados con la plenitud de los requisitos, la Administración no puede desconocerlos sin demostrar en alguna forma su inexactitud, para lo cual no basta establecer que la contabilidad no cumple los requisitos legales; tal deficiencia la priva de efectos probatorios en favor de quien la lleva, pero no implica por sí sola la inexactitud de la declaración. Esta última debe establecerse dando al contribuyente la oportunidad de aclarar toda duda u omisión, como lo preceptúa el artículo 30 letra e) de la misma ley.

En tales condiciones, deberá suprimirse la adición de ingresos y la sanción de inexactitud que se impuso por la misma causa.

En relación con las compras desestimadas, la Sala comparte los razonamientos de su colaborador Fiscal, toda vez que en el requerimiento se informaron a la contribuyente las sumas a desestimar y las razones administrativas. No dio respuesta al requerimiento y en el recurso gubernativo no probó realmente que la totalidad de las compras solicitadas estuvieran debidamente contabilizadas y respaldadas por comprobantes y documentos.

Estas razones llevan a la Sección a modificar la obligación determinada en los actos acusados, en los siguientes términos:

Concepto	*Base*	*Impuesto*
Renta:		
La bruta establecida por la Administración	$ 5.340.346	
Menos: Ingresos adicionados	$ 4.371.898	
	$ 968.448	
Menos deducciones aceptadas	$ 312.600	
Renta líquida gravable	$ 655.848	$ 131.170

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:

1º Revócase la sentencia recurrida.

2º Fíjese el valor del impuesto sobre la renta que le corresponde pagar a la demandante Parra y Forero sociedad de hecho NIT 91.801.140, por el ejercicio de mil novecientos ochenta y dos (1982), en la suma de ciento treinta y un mil ciento setenta pesos ($ 131.170), de acuerdo con la liquidación contenida en la parte motiva de esta providencia.

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, José Ignacio Narváez García, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SILENCIO ADMINISTRATIVO.—

El silencio administrativo en favor del contribuyente y consagrado en el artículo 36 de la Ley 63 de 1967 y 9º de la Ley 8ª de 1970, se configura por la sola preclusión del término de dos años allí previsto, sin sujeción alguna a consideraciones de legalidad por cuestiones de forma o de fondo de las pretensiones del recurrente.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., quince de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Magistrado auxiliar: *Doctor Humberto Beltrán Achury.*

Referencia: Radicación 1261. Apelación de la sentencia de julio 15 de 1980 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, en juicio de revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos por el año gravable de 1974. Actor: Adolfo Giraldo Gómez & Compañía Limitada.

Debiendo tenerse por reconstruido el proceso, a términos de lo dispuesto en Sala Unitaria, según auto de 28 de octubre de 1986, visible a folios 79 a 82, inclusive, del expediente, y cumplido el trámite propio de la segunda instancia, procede resolver el recurso de apelación intentado, mediante apoderado, por la sociedad Adolfo Giraldo Gómez & Cía., Ltda., la actora, contra la sentencia de primer grado, de 15 de julio de 1980, parcialmente favorable a las súplicas de la demanda, dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas, en el juicio de revisión del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1974.

Los actos a que se contrajo la operación administrativa revisable, a saber, la liquidación de revisión número 122 de 7 de febrero de 1977 y las Resoluciones números 1041 de 29 de septiembre de 1978 y 900 de 19 de abril de 1979, fueron expedidos, los dos primeros, por las unidades de auditoría interna y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales y, el tercero, por la Subdirección Jurídica, División de Recursos Tributarios, de la Dirección General de Impuestos Nacionales, en virtud de apelación.

Según los antecedentes, el primero de los reseñados actos tuvo origen en las glosas y conclusiones de las actas de visita de la inspec-

ción contable practicada por la antecitada unidad de auditoría, que se materializaron en las siguientes modificaciones de la liquidación privada de la sociedad contribuyente.

a) La adición del ingreso, en suma de $ 747.763.00, mayor valor establecido oficialmente en ventas;

b) La determinación presuntiva de los costos en compras, por el equivalente al 75% de las ventas informadas;

c) El rechazo de deducciones por $ 174.718.00, sobre el total de las solicitadas, que era de $ 238.179.00;

d) La imposición de las sanciones por inexactitud, en cuantía de $ 747.760.00, y libros de contabilidad, en cifra de $ 210.604.00.

Aunque, inicialmente, en el primero de los recursos administrativos, se reconoció la parte inadmitida de las deducciones, en la providencia que desató la apelación administrativa y puso término a la vía gubernativa, se revocó esta decisión y confirmó la liquidación oficial.

Fundamentos de la demanda contenciosa:

En la primera parte del libelo introductorio, como cuestión principal, adujo la accionante la configuración del fenómeno del silencio administrativo positivo, con fundamento en el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, a partir del supuesto de hecho de que, habiéndose presentado la reclamación administrativa el 3 de junio de 1977 y tomado resolución definitiva sobre esta en providencia notificada por edicto desfijado el 6 de junio de 1979, habrían transcurrido a la sazón más de dos años.

En la segunda parte, subsidiariamente, señaláronse transgredidos estos preceptos:

En cuanto a la adición del ingreso, los artículos 15 del Decreto 2053 de 1974, 72 del Decreto 1651 de 1961 y 177 del Código de Procedimiento Civil, por haberse pretermitido el sistema ordinario de determinación de la base imponible, ignorado la presunción de autenticidad de los hechos relacionados en la declaración tributaria y subvertido el principio de la carga de la prueba, infracciones que se explican por las incongruencias de las actas de la comisión visitadora en frente de la prueba documental puesta a disposición de ésta.

Respecto de la presunción de costos, adicionalmente, los artículos 21, 30 y 55 del Decreto 2053 de 1974 y 31 del Decreto 187 de 1975, por haberse desatendido los determinados en la declaración por juego de inventarios y exigidos requisitos no contemplados en la ley.

Referente al rechazo de deducciones, los artículos 44, 45, 47, 48 y 55 del Decreto 2053 de 1974, por tratarse de erogaciones que satisfacían las exigencias de causalidad, necesidad y proporcionalidad y de las que se había expresado en el denuncio rentístico, concepto, cuantía e identificación de los beneficiarios.

Se impugnó, del mismo modo, la sanción de libros, por haber desechado la Administración la prueba relativa a la pérdida o extravío de los libros de contabilidad de la sociedad, con violación del artículo 34 del Decreto 2821 de 1974. A más de haberse quebrantado el artículo 35 ibídem, en lo concerniente a la limitación de la multa, que no habría de sobrepasar de la quinta parte del patrimonio líquido de la sancionada que era, en su caso, de $ 20.000.00.

Igualmente, la inexactitud, con cimiento en el artículo 126 del Decreto 1651 de 1961, por no haberse estructurado hipótesis alguna sancionable.

El fallo recurrido:

El *a quo* denegó la aplicación del invocado silencio administrativo, por considerar que, excepto por la sanción contable, las pretensiones de la demandante "no tienen fundamento en la ley, son contrarias a las normas tributarias", esto es, que no reúnen uno de los presupuestos indispensables para que se pueda invocar el silencio administrativo, los cuales han sido aceptados jurisprudencialmente.

Con relación a las peticiones subsidiarias, afirma la ilegalidad de éstas y concluye que el fenómeno del silencio habrá de operar únicamente en lo que atañe a la sanción por libros, la cual revoca.

El recurso contencioso:

Sostiene la apelante, a su turno, que la tesis defendida por el *a quo* desvirtúa el sano criterio jurisprudencial, cuyo verdadero objetivo es el de evitar que se planteen pretensiones carentes de respaldo legal, como cuando se piden, por caso, deducciones o descuentos tributarios no instituidos en la normatividad vigente, viniendo al extremo de confundir la legalidad de tales pretensiones con la eficacia de la prueba de éstas.

Expone, así, cómo en lo que refiere la adición de la renta, el costo presuntivo, el desconocimiento de las deducciones y la imposición de las sanciones, la controversia gira, esencialmente, en torno de elementos de prueba que los funcionarios administrativos quieren ignorar por supuestamente deficientes, sin que, se pueda decir contrario a la ley el intento de hacerlos valer pues no puede ser ilegal el ejercicio legítimo del derecho de defensa, reconocido constitucionalmente.

Concepto del Ministerio Público:

Dice el señor Fiscal Tercero de la Corporación, en síntesis, que las disposiciones de los artículos 36 de la Ley 63 de 1967 y 9º de la Ley 8ª de 1970, crearon una presunción simplemente atenida al hecho de que el recurso administrativo no sea resuelto en el lapso de dos años, en cuyo caso, el mismo se ha de entender fallado a favor del respectivo contribuyente, sin que sea necesario "entrar a analizar la legalidad de los planteamientos expuestos en el recurso o si en circuns-

tancias normales éste debía prosperar, puesto que, se repite, la ley presume que esos planteamientos son legales y que el contribuyente tiene derecho a que se le reconozcan sus pretensiones..."

Encuentra, por ello, que lo dicho por el *a quo* no sólo contraría la jurisprudencia del Consejo de Estado, acerca de este punto, sino las precitadas disposiciones legales, y debe revocarse la sentencia, para acceder a lo solicitado por la sociedad en su recurso contra la liquidación oficial.

Consideraciones de la Sala:

Comparte la Sala los planteamientos hechos por el recurrente y por el señor Representante del Ministerio Público, en el sentido de que el silencio administrativo en favor del contribuyente y consagrado en el artículo 36 de la Ley 63 de 1967 y 9º de la Ley 8ª de 1970, se configura por la sola preclusión del término de 2 años allí previsto, sin sujeción alguna a consideraciones de legalidad por cuestiones de forma o de fondo de las pretensiones del recurrente.

Lo anterior, porque el citado artículo 9º de la Ley 8ª de 1970 y el cual entró en vigencia el 14 de diciembre de 1970, prescindió de la inicial distinción entre recursos con "formalidades legales", o sin éstas, que se preveía en la Ley 63 de 1967 y en el artículo 140 Decreto 154 de 1968 y además, porque el examen previo de la forma y el fondo del recurso desnaturalizaría el principio de la celeridad de la definición del proceso gubernativo que buscó la citada Ley 8ª de 1970.

Por otra parte, cualesquiera que sean los recursos administrativos interpuestos, la resolución de estos no debe exceder el lapso de dos años que, en el caso en examen, corría desde la presentación de los mismos (3 de junio de 1977) hasta la notificación de la correspondiente decisión definitiva (6 de junio de 1979).

Se considera, pues, probado el cargo de violación del artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, estando llamado a prosperar el recurso, sin que se requiera examinar el fondo de las pretensiones subsidiarias de la actora.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Revócase la sentencia apelada.

En su lugar, anúlanse los actos de la operación administrativa acusada y declárase firme la liquidación privada presentada por la sociedad Adolfo Giraldo Gómez & Cía. Ltda., NIT. 90.802.509 A, por el año gravable de 1974.

Como consecuencia, fíjase en la suma de once mil cuatrocientos setenta y ocho pesos ($ 11.478.00), el valor total del impuesto de renta a cargo de la citada sociedad por el mismo período fiscal.

Esté la Administración a los factores de distribución a socios, presentados originalmente con la declaración tributaria, pues no cambian.

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, Carmelo Martínez Conn, Ausente; *José Ignacio Narváez García.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

TITULO X

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA.— Procedencia. Vigencia.

Los cambios deben manejarse por la Sala Plena, por ser ésta, por voluntad de la ley, la que cumple el fin unificador de la jurisprudencia.

Ratificación jurisprudencial de la providencia de 25 de marzo de 1981, Sala Plena, Expediente 10392.

Al declararse inconstitucional la revocatoria de la Ley 11 de 1975, volvió a la vida jurídica dicho medio de impugnación.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., treinta y uno de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número S-032. Actor: Servicios Aéreos Ejecutivos Ltda. "SAE LTDA.".

Procede la Sala a decidir el recurso de súplica interpuesto contra la sentencia de 8 de febrero de 1988 dictada por la Sección Primera de esta Corporación, mediante la cual esta Sala se declaró inhibida para fallar el fondo del asunto por ineptitud sustantiva de la demanda.

Para el recurrente la sentencia en cuestión contraría la jurisprudencia contenida en los siguientes proveídos, dictados todos por la misma Sección:

Sentencia de 4 de agosto de 1987, expediente número 96, Magistrado ponente Guillermo Benavides Melo; sentencia de 30 de septiembre de 1987, expediente número 250, ponente Samuel Buitrago Hurtado; y sentencia de 22 de enero de 1988, expediente número 90, con ponencia de Antonio Alvarado Pantoja.

Según el recurrente "en estas decisiones, el Consejo de Estado determinó que los procedimientos adelantados por el Consejo Nacional de Estupefacientes violaban principios fundamentales como el derecho de defensa y ponían en peligro los principios básicos del régimen probatorio estatuido en nuestro país".

Agrega, además, que los argumentos que se expusieron en la demanda del proceso de la referencia fueron los mismos que se presen-

taron en los que se decidieron en los fallos antecitados "y que llevaron a la Sección Primera de lo contencioso administrativo a determinar la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, por parte del Consejo Nacional de Estupefacientes".

Para resolver, se considera:

Estima la Sala que antes de entrar al estudio del recurso propuesto se deben hacer algunas precisiones en torno a la vigencia de la Ley 11 de 1975, creadora de la súplica extraordinaria, puesto que el punto fue materia de un serio debate durante la discusión de esta providencia. Debate en el cual, en su orden se discutieron los siguientes tópicos: a) La vigencia de la Ley 11 de 1975; b) La declaratoria de inexequibilidad del artículo 268 del Código Contencioso Administrativo; c) Los efectos de la sentencia de la Corte de 29 de noviembre de 1984 y el artículo 14 de la Ley 153 de 1887; d) La derogatoria tácita de la Ley 11 de 1975; y e) La constitucionalidad de la súplica.

En este orden de ideas, se anota:

Gracias a una propuesta de la comisión asesora del Gobierno para la expedición del nuevo Código Administrativo se derogó expresamente la Ley 11 de 1985 por el artículo 268 del Decreto 01 de 1984. Se hizo tal propuesta, como se puede leer en los antecedentes del citado estatuto, para reemplazar ese recurso por el de anulación, que se estimaba más técnico y comprensivo para los fines de unificación jurisprudencial y porque además propugnaba por el mantenimiento de la legalidad.

El Gobierno acogió la idea y reguló en ese ordenamiento sólo dos recursos extraordinarios, el de anulación y el de revisión. Por eso mismo dispuso el artículo 174 que "las sentencias *ejecutoriadas* serán obligatorias para los particulares y la administración" y *"no estarán sujetas a recursos distintos de los establecidos en este Código"*.

Esta disposición armonizaba así perfectamente con el artículo 268 que hizo la derogatoria expresa del recurso de súplica, que no se había contemplado dentro del código.

En este orden de ideas, tan pronto entró en vigencia el Código Administrativo (1º de marzo de 1984), desapareció del ordenamiento dicho recurso de súplica.

Demandado el código en acción de constitucionalidad, concretamente su artículo 268 en cuanto a la derogatoria expresa de la Ley 11, la Corte Suprema en sentencia de agosto 30 de 1984 lo declaró inexequible.

En dicho proveído, sostuvo ese alto Tribunal:

> "Halla la Corte que el Gobierno tampoco estaba facultado para abolir la regulación de dicho recurso sino apenas para modificarla. El recurso de súplica hace referencia a un fenómeno procesal administrativo de origen meramente legal y de naturaleza eminentemente técnica, pero que sin duda encuentra asidero en la propia Constitución.

"Consiste en que cuando quiere que se cambie por parte de cualquiera de las cuatro Secciones que integran la Sala Plena de lo Contencioso del Consejo de Estado (C. N., art. 137, inciso 1º) alguna jurisprudencia adoptada anteriormente por ésta, el legislador ha previsto mecanismos, que operan previa interposición del recurso, tendientes a precaver en alzada plena la uniformidad, estabilidad, credibilidad y armonía del precedente jurisprudencial obligatorio (arts. 24 del Decreto 528 de 1964 y 2º de la Ley 11 de 1975), no porque la doctrina jurisprudencial adoptada no se pueda variar, sino apenas porque para entenderla como válidamente modificada se requiere de un proceso integrado y más complejo que el ordinario derivado del simple reparto de trabajo, y que supone una decisión que debe tomarse por... los Consejeros de Estado que componen las cuatro Secciones reunidas en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y no por los que aisladamente formen parte de una sola de aquéllas.

"De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 137 y 141-3 de la Constitución, nada impide que sea del parecer del legislador ordinario que el Consejo de Estado ejerce en forma más acorde su función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo en Sala Plena, que cuando se pronuncia por intermedio de una sola de las Secciones de dicha Sala, cuando de cambiar jurisprudencia se trata. Nada impide tampoco que el mismo legislador no lo disponga.

"Pero aquí la Corte no entra a discutir la facultad derogatoria de las 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. No. Simplemente el Juez de constitucionalidad verifica que para el caso que tiene a examen el legislador extraordinario estaba facultado por la Ley 58 de 1982, según lo ordenado en el parágrafo de su artículo 11 y el numeral 3 del mismo precepto, exclusivamente para 'modificar' y armonizar o unificar la materia regulada como recurso de súplica en la legislación anterior para tales efectos, pero no para suprimirla; y la Corte reconoce aún que el Gobierno estaba también facultado para 'reemplazar tal recurso impropio con uno extraordinario o de revisión o de casación' según se lo autorizaba de manera expresa el legislador ordinario en la sustentación del 'Pliego de Modificaciones' presentado en primer debate al Senado (Ver Supra, Consideración Sexta número 4, letra c de esta providencia).

"Pero en ningún caso el legislador extraordinario había quedado investido por el ordinario, ni explícita ni implícitamente, como indebidamente lo entendió extralimitándose, para suprimir o abolir aquel recurso o la regulación de su materia, soslayándose o suprimiéndolo en su razón y finalidad específica, y creando dos recursos distintos que se refieren claramente a materias y causales totalmente diferentes, de validez, de nulidad, de juricidad, de prueba, pero no de precedente jurisprudencial armónico, como lo son los recursos de revisión (Código nuevo arts. 185 y ss.) y anulación (Código nuevo arts. 194 y ss.); ni identificándolo por

razón de nomenclatura para un propósito distinto (Código art. 183). El Gobierno desconoció así la finalidad simplemente modificatoria y no derogatoria de la materia atinente al recurso de súplica. Pues por más esfuerzo que se haga no podrá llegarse válidamente a la afirmación de que los actuales recursos contenciosos de revisión o anulación son apenas sustitutivos o supletivos del recurso de súplica, o que lo absorben o incluyen, ni tampoco argüirse que lo 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, en los que dicho recurso se hallaba regulado, y por no haberse normado de nuevo su razón, así hubiérelo sido en forma diferente o bajo la nomenclatura de otro recurso, es inexequible dicha derogatoria y por lo tanto el artículo 268 del Código en lo correspondiente.

"7. Dado además que el artículo 29 del Decreto 528 de 1964 establece la forma de dirimir competencias entre las dos salas que componen el Consejo de Estado, que en el nuevo Código nada se prevé al respecto, y no habiendo sido tampoco facultado el Presidente de la República para abolir o derogar la regulación de dicha materia, es también inexequible la derogatoria de aquel artículo.

"8. Como consecuencia de lo anterior, además de lo ya resuelto en el proceso número 1140, se declararán inexequibles del artículo 268 del Código nuevo las derogatorias de 'las normas que la adicionan o reformaron...' (la Ley 167 de 1941), de los artículos 24 y 29 del Decreto 528 de 1964 y del artículo 2º de la Ley 11 de 1975, en cuanto que con tales derogaciones se extralimitaron las facultades conferidas en la Ley 58 de 1982 y se quebrantaron por consiguiente los mandatos de los artículos 76-12 y 118-8 de la Constitución".

La declaratoria de inexequibilidad:

La decisión así tomada produjo serias consecuencias, siendo la principal la de haber revivido ese recurso extraordinario. En otras palabras, al declararse inconstitucional la revocatoria de la Ley 11 de 1975, volvió a la vida jurídica dicho medio de impugnación.

Se hace la afirmación precedente con fundamento en los efectos que produce la declaratoria de inexequibilidad, los que, como lo sostiene la doctrina, son diferentes a los de la derogatoria. Mientras la inexequibilidad de una norma que deroga una ley anterior la revive, no sucede igual con la derogatoria de una ley que deroga otra anterior.

Esa diferencia se infiere del hecho de que la declaratoria de inexequibilidad de una ley, es como si ésta no hubiera existido jamás. Por eso sus efectos son, en principio, tanto *ex tunc* como *ex nunc*.

En otros términos, y para el caso concreto, es como si ese artículo 268 del Código Contencioso Administrativo no se hubiera expedido. Esta ficción legal, implícita, evita el absurdo de aceptar que el Decreto 01 de 1984 no podía constitucionalmente derogar la Ley 11 de 1975, pero que, sin embargo, la había derogado.

La interpretación racional muestra entonces que la derogatoria de la Ley 11 no existió, porque ese artículo 268 no pudo producir el efecto deseado por el legislador.

Las ideas precedentes no son nuevas en la corporación. Esta, en proveído de 17 de noviembre de 1958, hizo un importante estudio de los efectos de la derogatoria y de los de la inexequibilidad, para concluir:

"Cuando el Congreso deroga una ley, desaparece para la normación futura, pero las situaciones jurídicas cumplidas bajo su imperio han de tenerse por firmes, porque la norma derogada goza de una presunción de arreglo a la Constitución; en cambio, cuando el precepto desaparece con base en un fallo del contralor de la integridad constitucional, siendo éste declarativo en cuanto reconoce la existencia de un vicio nacido con la vigencia del acto demandado, sus efectos en el tiempo se cumplen desde tal vigencia, excepción hecha de los casos que hayan quedado cubiertos por el principio de la cosa juzgada. La derogatoria hecha por el Congreso no revive las normas anteriores, a menos de una reproducción completa de ellas, en tanto que cuando tal derogatoria ha sido hecha por una ley o por un Decreto-ley declarados inconstitucionales, los preceptos que derogó no requieren de un nuevo acto del Congreso ni de expresa manifestación de la Corte para que revivan, pues la sola ejecutoria del fallo rescata para ellos la fuerza constitucional que les garantiza su imperio" (Sala de Negocios Generales. Consejero ponente Guillermo González Charry).

La tesis expuesta por el Consejo en aquel entonces encaja en el presente con impresionante precisión. Pero en el *sub júdice* ni siquiera habrá que discutir el efecto de la sentencia de la Corte en las posibles situaciones concretas que haya creado durante su vigencia ese artículo 268, sino simplemente la supervivencia de la ley que dijo derogar. Entre otras razones, porque dada la índole de ese artículo 268 (simplemente derogatorio de la Ley 11 de 1975), ni siquiera cabe hablar de situaciones concretas creadas con posterioridad ni de casos decididos y cubiertos con la cosa juzgada.

Cuando se estudian los efectos de la sentencia de inexequibilidad de una ley, no siempre cabe hablar de la misma complejidad frente a lo acaecido con anterioridad a dicha sentencia, porque una es la situación creada cuando la ley declarada inexequible regulaba una serie de situaciones jurídicas de manera diferente a como lo hacía la ley que dijo, derogar, vb. gr. un estatuto creador de derechos derogado por otro que los regula en forma diferente o con otros alcances; y otra situación, cuando la nueva ley (la declarada inexequible) se limita a derogar el estatuto anterior sin crear nuevas posibilidades.

En el primer caso, sus efectos se cumplen desde su vigencia, pero las situaciones jurídicas consolidadas o cumplidas bajo su imperio

han de mantenerse en su integridad. Esto en razón del principio de la seguridad jurídica o de la estabilidad de las situaciones jurídicas creadas.

Puede afirmarse que en esta hipótesis encajan perfectamente el asunto París Osuna (Proceso 10668, sentencia de marzo 8 de 1982) y el decidido por la Sección Primera el 9 de mayo de 1983, con ponencia del señor Consejero Suárez Franco (proceso número 3920).

En cambio, en el segundo evento (ley que se limita a derogar la anterior), como ninguna situación jurídica se conformó o nació después de su vigencia, los efectos de la inexequibilidad se reducen a revivir la vigencia del estatuto que dijo derogar.

De la antecitada sentencia de 9 de mayo de 1983, que coincide en su esencia con la de 22 de mayo de 1974, de la que fue ponente el señor Consejero Galindo Pinilla, se destaca:

> "Dentro del contexto de una sana lógica jurídica los fallos de inexequibilidad, proferidos por la Corte Suprema de Justicia, hacen desaparecer la norma jurídica, objeto del fallo, con un efecto absoluto hacia el futuro".
>
> "Pero la extinción, que se deriva de la inexequibilidad, dada su naturaleza específica distinta de la derogatoria, conduce a que recobre vigencia la norma que regía con anterioridad a la expedición del acto declarado inexequible y que ocasionó su aparente desaparición de la vida jurídica".
>
> "De ello se sigue también, dentro de un mismo orden de ideas que actos expedidos por el Gobierno dictados dentro del ámbito de su competencia y conforme a una legislación vigente que luego es declarada inexequible son legalmente válidos".

Lo transcrito en último término merece una precisión, ya que lo que se quiere significar no es otra cosa que esos actos administrativos de contenido particular así expedidos no desaparecen de pleno derecho con la declaratoria de inexequibilidad de la ley que permitió su expedición.

La inexequibilidad y el artículo 14 de la Ley 153 de 1887:

Durante los debates llevados a cabo en sesiones anteriores se cuestionó la tesis de la revivicencia de la norma derogada por la declaración de inexequibilidad con apoyo en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, que a la letra dice:

"Una ley derogada no revivirá por solo las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva".

Para la Sala el artículo antecitado no es aplicable al caso. El argumento hoy es más aparente que real y, como su texto lo da a entender, se refiere sólo a la derogatoria de la ley (con su sinónimo o equivalencia de insubsistencia legal) y en ninguna forma a la inexe-

quibilidad, por la potísima razón de que en aquel entonces no existía el control constitucional en nuestro sistema, como que éste sólo fue creado por el acto legislativo número 1 de 1910.

Por ese motivo, una ley insubsistente en los términos del artículo 3º de la Ley 153 (vale decir, derogada) no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan en ley posterior, ni por haber sido abolida la ley que la derogó; entendiendo el vocablo "abolida" en su alcance restrictivo de insubsistencia y con referencia a la única posibilidad existente a la sazón para hacer desaparecer una ley del ordenamiento, o sea mediante su derogatoria expresa o tácita.

Entender el término "abolida" como comprensivo tanto de la derogatoria como de la inexequibilidad no es otra cosa que darle a la norma constitucional de 1910 un efecto retroactivo que no tiene; equivale a confundir esos mismos dos fenómenos, cuando por sus causas y sus fines son esencialmente distintos y significa desconocer los alcances del artículo 3º de la misma ley.

La presencia de la locución "abolida" dentro del texto del artículo 14 no amplía el alcance de ésta, sino que, simplemente hay que aceptar que se utilizó como recurso gramatical para evitar una tautología. En otros términos, no se quiso escribir por los excelsos gramáticos de la época: "Ni por haber sido derogada la ley que la derogó".

La derogatoria tácita del recurso de súplica:

Se debatió también la derogatoria tácita del recurso. Para la Sala la vigencia del recurso de súplica es indiscutible. Si no podía derogarse expresamente la ley que lo creaba, no cabe hablar, en principio, de su derogatoria tácita, máxime cuando es claro que su contenido no pugna con norma alguna del Decreto 01 de 1984 y menos con las que desarrollaban en éste el recurso de anulación.

Si bien la intención de la comisión asesora fue la de reemplazarlo por este último recurso, su reglamentación no quedó en contradicción con la ley que creó el de súplica, ya que uno y otros presentan enfoques y motivos diferentes para el cuestionamiento de los fallos susceptibles de los mismos, que los hacen perfectamente compatibles.

Esa compatibilidad se infiere comparando las dos normatividades (la Ley 11 de 1975 y el Decreto 01 de 1984, en sus artículos 194 y siguientes); comparación que pone de presente que los dos recursos son diferentes en cuanto a su finalidad, oportunidad, objeto, causales y trámite.

Se remite en esto la Sala a los proveídos de septiembre 15 de 1986 (proceso 029) y septiembre 25 de 1986 (proceso 002), en los cuales se explican esas diferencias y se recalca la compatibilidad existente entre los dos recursos en cuestión.

La constitucionalidad del recurso de súplica:

También se cuestionó durante el debate la constitucionalidad de la Ley 11 de 1975, con el argumento de que ese recurso de súplica, en

el fondo, revivía el principio de la doctrina legal más probable que contemplaba el artículo 10 de la citada Ley 153 y que fue derogado por la Ley 169 de 1896 (art. 4º).

Se arguyó que no otro debía ser el alcance de ese recurso, ya que mediante él se podía infirmar una providencia judicial por violación de la jurisprudencia; dándole así a ésta un alcance o valor de ley que no puede tener.

La Sala para desestimar dicha argumentación, anota:

Si la jurisprudencia para efectos del aludido recurso tuviera ese carácter de obligatoriedad que se le imputa, no sólo sería inmodificable por la misma Sala Plena, sino que no habría dudas sobre la inconstitucionalidad de éste. Pero ese carácter en parte alguna figura.

Para entender el real alcance del recurso, hay que armonizar el texto de la Ley 11 con el artículo 24 del Decreto 528 de 1968 (revivido también por la sentencia de inexequibilidad de la Corte de 30 de agosto de 1984), puesto que esta norma no contempla, como quieren darlo a entender algunos, un culto fetichista a la jurisprudencia, sino simplemente una norma de competencia.

El mencionado artículo 24 se expidió con una clara finalidad:

Evitar que las Salas o Secciones de la Corporación actuaran como cuerpos separados, como otros tantos Consejos de Estado, por fuera de un pensamiento rector. No se ignoraba entonces y no se ignora hoy, el efecto perturbador que tienen para los administrados las jurisprudencias encontradas de las distintas Salas sobre un mismo punto de derecho.

Por ese motivo se dispuso que aunque dichas Secciones funcionarían separadamente en el conocimiento de los respectivos negocios, cuando trataran de variar una jurisprudencia no podrían hacerlo *motu proprio*, sino en conjunto, o sea con la colaboración de todos los miembros de la corporación, en la Sala Plena. En otros términos, esa norma no quería significar o reiterar otra cosa que los cambios jurisprudenciales eran de competencia de la Sala Plena y no de las Secciones individualmente consideradas.

Ese mecanismo, de operación oficiosa, por convocatoria de la Sala que estuviere conociendo del asunto, fracasó por el incumplimiento de las distintas Secciones, las que haciendo caso omiso de esa previsión legal siguieron actuando como organismos autónomos, con olvido de que cuando así actuaban lo hacían sin competencia para ello.

Por ese motivo se dio el nuevo paso y se impuso la solución coercitiva en la Ley 11. Ante el desacato que se venía presentando, se les dio a los afectados con el manejo jurisprudencial de las Salas una vía expedita que permite el pronunciamiento de la Sala Plena aún contra el querer de la Sala inicialmente falladora.

No estuvo en el pensamiento del legislador de 1975 ni hacer obligatorio el precedente jurisprudencial ni darle el valor o el rango de

ley. Sólo quiso que los cambios se manejaran por todos los miembros de la corporación y no por los que conformaran una Sala o Sección determinada.

La obligatoriedad del precedente no está, se repite, ni en la Ley 11 ni en el artículo 24 del Decreto 528 de 1964. Tampoco en la doctrina.

Para confirmar este aserto basta pensar en estas dos posibilidades abiertas, así:

Primera. Decide una de las Secciones y se estima por el suplicante que la sentencia adoptada desconoce jurisprudencia de la Sala Plena.

Segunda. Decide la Sección y el suplicante alega que la providencia viola jurisprudencia de la misma Sección o de otra de las Secciones.

En la primera posibilidad se pueden dar estas variantes:

a) La Sala Plena constata esa violación y ratifica su jurisprudencia por estimar que no existe razón alguna para variarla. Prospera entonces el recurso de súplica y entra esa Sala a dictar el fallo de instancia, con la participación de todos sus miembros, aún con los de la Sección que hizo el primer pronunciamiento. Recuérdese que ni siquiera en este evento se ha reconocido impedimento para éstos.

La aludida prosperidad no está en el hecho de ser obligatorio el precedente, sino en la consideración que hace la Sala Plena de que dicho precedente merece ser mantenido.

b) La Sala Plena constata la violación de su jurisprudencia, pero estima que ésta merece rectificación, bien en el sentido propuesto por la Sección o por otras razones o considera que no es la vigente.

Si fuera obligatoria la jurisprudencia, estas posibilidades no podrían darse y habría que aceptar la prosperidad del recurso de súplica, aún contra el querer de la Sala Plena, la que mantendría así algo que no considera ajustado a derecho; o en otras palabras, prevaricaría.

Es tan absurda la solución que no merece mayores reflexiones.

En la segunda posibilidad no existe la jurisprudencia de la Sala Plena, sino la de las Secciones. Aquí, como es obvio, no cabe hablar de la obligatoriedad del precedente expedido por aquélla, por sustracción de materia.

En estricto derecho la súplica, de entrada, sería improcedente por ese solo motivo.

Todo lo expuesto muestra cómo el recurso de súplica no coarta la libertad del juzgador, la que permanece incólume. Lo único que sí exige es que esos cambios deben manejarse por la Sala Plena, por ser ésta, por voluntad de la ley, la que cumple el fin unificador de la jurisprudencia. En otros términos, no es obligatoria la jurisprudencia de la Sala Plena, ya que no existe ley que tal cosa disponga; lo que obliga es la norma de competencia que precisa que los cambios y la unificación jurisprudencial son propios de la Sala Plena y no de las Secciones.

Clarificado lo anterior y ya frente al caso *sub júdice,* se observa:

El recurso no está llamado a prosperar. Para arribar a esta conclusión se ratifica la jurisprudencia de la Sala Plena iniciada en la sentencia de 25 de marzo de 1981 y de la cual fue ponente el señor Consejero Martínez Conn (proceso 10392 Dionisio Ariza), en el sentido de que la jurisprudencia para efectos del recurso de súplica "no es otra que la interpretación adoptada por la antigua Sala de negocios generales o la acogida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado sobre un determinado aspecto jurídico.

Esta reiteración impone que en esta oportunidad se considere como improcedente el recurso interpuesto contra la sentencia de 8 de febrero de 1988, ya que la jurisprudencia que se dice contrariada aparece contenida en fallos de la Sección Primera, la que si bien también hace jurisprudencia, como Juez que es, no conforma "la jurisprudencia" que para este recurso extraordinario se exige en el ordenamiento jurídico colombiano.

El suscrito ponente rectifica así su pensamiento inicial contenido en el salvamento de voto que presentó al fallo de 25 de marzo de 1981 antecitado. En esa salvedad se afirmó que las Salas o Secciones sí hacían jurisprudencia y que éstas no podían ser meros organismos preparatorios de las decisiones finales de la Sala Plena.

Lo así expuesto partía de una premisa equivocada o sea que en el recurso de súplica jugaba el concepto genérico de jurisprudencia y no el específico que se desprendía de la interpretación armónica del artículo 2º de la Ley 11 de 1975 con el 24 del Decreto 528 de 1964; y que según el pensamiento del legislador tenía un efecto de importancia, cual era la unificación de la jurisprudencia de las distintas Salas en el seno de la plena, con la participación de todos los Magistrados que la conforman. Efecto no despreciable porque por ese medio se buscaba que al dividirse la Sala Contenciosa en Secciones especializadas no terminara en la práctica el Consejo de Estado parcelado en tantos pequeños Consejos como Secciones existieron dentro de la Contenciosa.

Los aludidos efectos se mantienen hoy y justifican la supervivencia del recurso.

La jurisprudencia exigida en el recurso de súplica debe ser la de la plena. Si no fuera así, se presentaría el absurdo de que una sentencia, por ejemplo de la Sección Primera, podría quedar sin efecto en súplica por ser contraria a una jurisprudencia de otra Sección de igual categoría, con lo que se le estaría dando a los fallos de la última un valor superior que la ley no le ha otorgado.

Además, tampoco tiene sentido que se alegue en súplica que una sentencia de una Sección viole la jurisprudencia elaborada por la misma, porque esto implicaría la aceptación de un doble absurdo: Que las Secciones no pueden variar su jurisprudencia y que ésta tiene rango de la ley.

Por 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:

Declárase improcedente el recurso de súplica interpuesto contra la sentencia de febrero 8 de 1988, dictada por la Sección Primera de esta Corporación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 23 de agosto de 1988.

Carmelo Martínez Conn, Presidente; *Carlos Betancur Jaramillo, Aydée Anzola Linares, Jaime Abella Zárate, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Samuel Buitrago Hurtado,* Con aclaración de voto; *Guillermo Benavides Melo, Antonio José de Irisarri Restrepo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penen Deltieure,* Ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona,* Ausente; *José Ignacio Narváez García, Carlos Ramírez Arcila, Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta,* Ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA.— Vigencia.

Aclaración de voto del *doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

En relación con las precisiones que hace el señor Consejero ponente en el fallo anterior en torno a la vigencia de la Ley 11 de 1975, creadora del recurso de súplica extraordinario, y como sostenedor que he sido de la tesis de la derogatoria tácita de dicha ley, debo hacer la siguiente aclaración de voto más con un criterio intelectual que de otro orden, por cuanto el tópico ya había sido ventilado en la Sala con igual amplitud que ahora y, además, comparto la parte resolutiva de la sentencia.

El recurso extraordinario de súplica se estableció en la Ley 11 de 1975 como un medio extraordinario de impugnación cuyo fundamento no era otro que la prohibición establecida para cualquiera de las Secciones en que se dividía la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de variar la jurisprudencia de la misma, sin cumplir previamente los requisitos determinados en el artículo 24 del Decreto 528 de 1964. Y para que el recurso prosperara era menester que en el fallo objeto del mismo se sentara una doctrina contraria a la jurisprudencia de la Sala.

Del recurso extraordinario de súplica se estaba abusando mucho, hasta el punto de que se había convertido en una especie de tercera instancia, congestionando considerablemente el trabajo de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Y a pesar de que la que hemos llamado con cierto humor doctrina "carmelitana" produjo efectos muy positivos, se siguió abusando del recurso. Esa doctrina no obstante que por algunos se ha considerado no muy ortodoxa, realmente que tiene serios fundamentos jurídicos, puesto que en verdad no se concibe que la jurisprudencia de una Sección especializada del Consejo pueda ser violada por la de otra Sección igualmente especializada.

Lo cierto es que se presentó un clamor casi unánime en el Consejo de Estado en el sentido de solicitar del Congreso Nacional la abolición o mejor reglamentación del recurso de súplica, o su cambio por otro más práctico, más ágil y que no se prestara a los abusos y desgaste de jurisdicción con el trámite de súplicas sin claros fundamentos jurídicos.

Y fue así como en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno Nacional por la Ley 58 de 1982, éste expidió el Decreto-ley 001 de 1984, nuevo Código de lo Contencioso Administrativo, en cuyo artículo 268 derogó de modo expreso la Ley 11 de 1975 consagratoria del recurso extraordinario de súplica.

La Corte Suprema de Justicia por sentencia de 30 de agosto de 1984 declaró inexequible el artículo 268 del Decreto 001 de 1984 en cuanto a la derogatoria de la Ley 11 de 1975, pues consideró que entre las facultades dadas al Gobierno por la Ley 58 de 1982 en el parágrafo del artículo 11, estaban las de modificar dicha ley, pero no las de derogarla.

Pero no obstante lo anterior y tal como lo expresó el doctor Jorge Valencia Arango en providencia de 11 de abril de 1985 que yo he compartido en su integridad, fuera de la derogación expresa de una disposición existe la tácita que ocurre, tal como lo prescribe el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, así: "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*" (Subrayo).

Pues bien, el Gobierno nacional en el nuevo Código Contencioso Administrativo reguló íntegramente todo lo relacionado con los recursos procedentes contra los autos y sentencias proferidos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para lo cual estaba expresamente facultado por el ordinal 5º del artículo 11 de la Ley 11 de 1982, que dice:

"Artículo 11. Revístase al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de un año, contado a partir de la promulgación de la presente ley, para lo siguiente:

"1º .....

"5º Establecer el sistema de excepciones e incidentes y de pruebas, así como el de los recursos ordinarios y extraordinarios y del grado de consulta que procedan contra autos y sentencias".

Y así procedió el Gobierno como legislador extraordinario en el Decreto 001 de 1984, Codigo Contencioso Administrativo, Título XXIII, regulando en el Capítulo I los recursos ordinarios de reposición, apelación, queja y súplica y el grado de jurisdicción por consulta, y mediante los Capítulos II y III, los recursos extraordinarios de revisión y de anulación.

Por manera que habiendo sido regulados por ley posterior todos los recursos jurisdiccionales en su integridad, obviamente que quedaba insubsistente la Ley 11 de 1975, a términos del artículo 3º de la Ley 153 de 1887, que los regulaba parcialmente, puesto que sólo hacía referencia al recurso extraordinario de súplica.

Además, como bien lo recuerda el doctor Valencia Arango en su proveído, debe tenerse de presente que el artículo 174 del Código Contencioso Administrativo actualmente vigente, pues no fue declarada inexequible por la honorable Corte Suprema de Justicia, en forma expresa y terminante arroja claridad sobre el problema.

"Las sentencias ejecutoriadas 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 lo exige para las dictadas por los Jueces comunes".

Por último, aplicando un criterio histórico de interpretación de las normas y echando mano a sus antecedentes, tenemos en relación con la Ley 58 de 1982, que en la exposición de motivos al proyecto de ley que presentó el Gobierno nacional al Congreso, "por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el Código Contencioso Administrativo", expresó el señor Ministro de Justicia lo siguiente: "En materia del recurso de súplica contra las sentencias del Consejo de Estado, para ante la Sala Plena, dada su inoperancia y el hecho de haberse convertido en un factor de congestión judicial prácticamente insoluble, se debe pensar en eliminarlo o reemplazarlo por un recurso extraordinario de revisión con causales legales taxativas y concretas, solamente para sentencias, cuya única finalidad sería la de precaver errores judiciales que en otra forma resultarían insuperables". Y en la ponencia rendida por el honorable Senador Jaime Vidal Perdomo para primer debate en el honorable Senado, expresó el citado Senador: "Y, como lo propone el Ministro de Justicia, debe resolverse sobre lo ordenado en la Ley 11 de 1975, bajo el curioso nombre de 'recurso de súplica', que se ha erigido en una tercera instancia que demora la expedición de los negocios; bien puede reemplazarse tal recurso impropio con uno extraordinario de revisión o de casación".

En la ponencia para primer debate en la honorable Cámara de Representantes Tiberio Zúñiga Díaz expresó: "El proyecto sometido a consideración del Congreso, busca...agilizar los procedimientos contencioso-administrativos; facilitar a las entidades de derecho público mejores medios de defensa, para proteger en debida forma los intereses sociales; reglamentar el 'recurso de súplica', de que trata el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, a fin de evitar los abusos de que ha sido objeto, con grave perjuicio para la justicia; y establecer, en desarrollo del numeral 3º del artículo 119 de la Constitución..." Igual criterio se expresó en la ponencia para segundo debate.

Todo lo anterior quiere significar que la intención del legislador nítidamente expresada a lo largo del trámite parlamentario surtido para la expedición de la Ley 58 de 1982, no fue otra, en relación con la Ley 11 de 1975, que su eliminación y sustitución por otro remedio procesal, a fin de evitar los abusos de que había sido objeto el recurso extraordinario de súplica con grave perjuicio para la justicia contencioso administrativa.

Samuel Buitrago Hurtado.

Bogotá, D. E., cinco (5) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA.— Procedencia.

La jurisprudencia cuya contradicción puede dar origen al recurso de súplica es la consagrada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., treinta de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número S-009. Actora: Editorial Mercurio S. A.

Se decide el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la sociedad Publicar S. A., contra la sentencia de 30 de enero de 1987 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Antecedentes:

1. La sociedad Editorial Mercurio S. A. en acción de plena jurisdicción demandó la nulidad absoluta del contrato celebrado entre la Empresa de Telecomunicaciones de Cartagena "TELECARTAGENA" y la sociedad Publicar S. A. para la preparación, actualización, elaboración, impresión, publicación y distribución a domicilio de los Directorios Telefónicos de la ciudad de Cartagena y el Acta de la Junta Directiva de TELECARTAGENA número 38 de la sesión de 10 de diciembre de 1981.

2. La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 30 de enero de 1987 resolvió declarar la nulidad absoluta del contrato y denegar las demás súplicas de la demanda.

El recurso extraordinario de súplica:

La sociedad Publicar S. A. dentro del término de ley interpuso contra la sentencia antes mencionada el recurso de súplica consagrado en el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, aduciendo haberse contrariado la jurisprudencia sentada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en lo que concierne a "las calidades del interés para demandar la nulidad de un contrato" (fl. 12) y para ello invoca el fallo de 12 de abril de 1978, proferido por la misma Sección con ponencia

del doctor Carlos Betancur Jaramillo: Proceso número 1492. Actor: Sociedad Colombiana de Construcciones Urbanas Ltda., publicada en los *Anales del Consejo de Estado,* Tomo XCIV.

Consideraciones:

I. El artículo 2º de la Ley 11 de 1975 que consagró el recurso extraordinario de súplica reza textualmente:

"Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las Secciones en lo 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 reputa contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o del fallo".

II. Esta Corporación en sentencia de 25 de marzo de 1981, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn; Expediente número 10392. Actor: Dionisio Ariza, sentó jurisprudencia, posteriormente reiterada en numerosas providencias y en la actualidad vigente, en lo que respecta al origen de la jurisprudencia que debe invocarse como contrariada por la providencia recurrida para efectos del recurso de súplica de la Ley 11 de 1975.

Dijo la Sala Plena en aquella oportunidad:

"La jurisprudencia cuya contradicción puede dar origen al recurso de súplica es la consagrada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Así fluye naturalmente y sin esfuerzo alguno de los artículos 24 del Decreto-ley 528 de nueve (9) de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) y 2º de la Ley 11 de 1975, aclaratoria de los artículos 22 y 24 del Decreto anteriormente citado.

"En efecto: Dijo el legislador extraordinario en el artículo 24 del Decreto-ley 528 de 1964: 'Las cuatro Salas o Secciones de lo Contencioso Administrativo funcionarán separadamente en el conocimiento de los respectivos negocios, salvo cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia, caso en el cual lo harán conjuntamente, previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que esté conociendo del asunto'. Y el artículo 2º de la Ley 11 de 1975 que aclara la norma anterior expresa: 'Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las Secciones en los que, sin la previa autorización de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia' ".

De los textos transcritos se desprende que la jurisprudencia cuya contradicción genera el recurso de súplica, no es otra que la interpretación adoptada por la antigua Sala de Negocios Generales o la

acogida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado sobre un determinado aspecto jurídico, a petición de una de las Secciones, o por decisión propia, procedimiento lógico y acorde con la ley, que así ofrece seguridad a la ciudadanía en general y a los litigantes en particular en cuanto a la estabilidad de sus decisiones sin obstaculizar el avance de la jurisprudencia en forma ordenada, para ponerla a tono con los necesarios e inevitables cambios sociales. Así se logra que sea la Sección especializada objetivo primordial del legislador, la que en primer lugar fije el criterio sobre los distintos problemas jurídicos sometidos a su decisión y con la única salvedad de que sobre ellos haya decidido la antigua Sala de Negocios Generales o las nuevas Secciones "conjuntamente" o lo que hoy se llama Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Dicho de otra manera: Previó el legislador que una Sección de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado interpretara una norma legal en sentido distinto a como lo ha hecho la Corporación, introduciendo un factor de incertidumbre e inestabilidad en las decisiones del máximo Juez de lo contencioso en el país, y por ello dio a la Corporación la posibilidad de corregir el factor de incertidumbre a través del recurso de súplica; pero igualmente y en previsión de que la doctrina no se estancara, ofrece a la Sección la posibilidad de modificar la doctrina de la Corporación, a través de la previa adopción por ésta de la nueva interpretación acerca de un punto de derecho.

Es obvio que una Sección puede tomar una decisión novedosa sobre un punto de derecho antes no estudiado y después revisar y modificar su propia interpretación, pero esto no autoriza el recurso de súplica, puesto que éste sólo procede contra las sentencias de las Secciones que sean contrarias a doctrinas adoptadas por la antigua Sala de Negocios Generales o por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Obsérvese que el artículo 24 del Decreto 528 de 1964 habla indistintamente de Salas o Secciones y en cambio, el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, distingue entre las decisiones de la Sala Plena y las de las Secciones al decir: "Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las Secciones en lo que sin la previa aprobación de la Sala Plena (de lo Contencioso del Consejo de Estado se aclara) se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia". ¿Cuál jurisprudencia? Obviamente la de la Sala Plena de lo Contencioso del Consejo de Estado, que garantiza la unidad jurisprudencial de la Corporación sin perjuicio del avance especializado de las Secciones.

II. La jurisprudencia que el recurrente aduce como contrariada por la sentencia de 30 de enero de 1987 no proviene de la Sala Plena sino de la Sección Tercera, razón para que no satisfaciéndose uno de los requisitos, que a la luz de la jurisprudencia mencionada, exige el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, no pueda prosperar el recurso.

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:

Deséchase el recurso interpuesto por improcedente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Sección de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Julio César Uribe Acosta, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Aydée Anzola Linares, Ausente con excusa, *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, José Ignacio Narváez García, Jorge Penen Deltiure, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Ramírez Arcila, Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Carlos Betancur Jaramillo, Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

TITULO XI

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION.— Técnica.

En el desarrollo del cargo no pueden demostrarse dos conceptos de violación distintos, respecto de una misma disposición, porque ello es lógicamente imposible.

NORMA SUSTANTIVA. Determinación.

El inciso 2º del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo no es de carácter adjetivo sino sustantivo.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., doce de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente R-095. Actor: José Guillermo Rodríguez Navarrete.

El apoderado del demandante José Guillermo Rodríguez Navarrete pidió la reconstrucción del recurso de anulación que interpuso contra la sentencia proferida, en segunda instancia, por la Sección Segunda de esta Corporación, fechada el 8 de mayo de 1985. Tramitada la petición, se procede a proveer sobre el mencionado recurso extraordinario, supuesto necesario para decidir sobre la viabilidad de la reconstrucción del proceso.

I. La sentencia acusada:

El fallo que es objeto del recurso extraordinario de anulación, revocó el del *a quo* y en su lugar decidió inhibirse para pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

El fundamento de la decisión tomada por el *ad quem* consistió en que falta el presupuesto procesal denominado capacidad para ser parte, atendida la circunstancia de que el demandante indicó como parte demandada al Departamento Nacional de Planeación "el cual carece de personalidad jurídica que le permita ser parte en un proceso judicial" (fl. 15, cuaderno 1).

II. La impugnación:

El recurrente formuló un único cargo, consistente en que el fallo recurrido violó directamente la Constitución política y la ley sustan-

cial "por aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 149 del actual Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley número 01 de 2 de enero de 1984 expedido por —sic— facultades extraordinarias conferidas por la Ley 58 de 1982) y por falta de aplicación de las siguientes disposiciones:

"Artículo segundo del Decreto-ley que adopta al actual Código Contencioso Administrativo ubicado al final del texto donde aparece el código en mención que dice: 'Este decreto regirá a partir del primero (1º) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984)' (Decreto-ley 01 de 1984).

'Artículo 266 del actual Código Contencioso Administrativo.

"Ley 167 de 1941 (anterior C. C. A.) y las disposiciones pertinentes que le adicionan y reforman; especialmente el artículo 66 *ibídem.*

"Artículos 18, 27 y 28 del Código Civil y los artículos 52, 53 y 57 del Código de Régimen Político y Municipal.

"Artículos 1º, 16, 17, 20, 62 inciso 2º y 141-3 de la Constitución Política.

"Artículos 13, 14, 26, 40, 42, 45, 46 y 47 del Decreto-ley 2400 de 1968, y en cuanto lo modifica y adiciona, el Decreto-ley 3074 de 1968; los artículos 30, 31, 32, 38, 131, 105 y 239 del Decreto 1950 de 1973; en lo pertinente el Decreto-ley 2733 de 1959 y el Decreto 1045 de 1978" (fl. 20, cuaderno 1).

En la demostración del cargo afirmó el impugnante que en lo contencioso administrativo ha sido tradicional entender que "propiamente, *no había partes,* y cuando el tópico era indispensable tocar (sic) se hacía en un sentido figurado" (fl. 20, cuaderno 1), porque el objeto de estos procesos es "la legalidad de los actos de la Administración cualesquiera que sean las órdenes estructurales y políticas de ésta" (fl. 20, cuaderno 1), pero que "sin saberse el porqué, de un momento a otro se introdujo el concepto estrictamente civilista de *'parte'* sin que medie causa aparente, real o legal que lo justifique" (fl. 21, cuaderno 1), no obstante lo cual, tal novedad legislativa (la del art. 149 del C. C. A.) no le es aplicable a la demanda del actor, porque ésta se presentó el 20 de octubre de 1980, bajo el imperio de la Ley 167 de 1941, cuya ultractividad reconoce el Decreto 01 de 1984 en su artículo 266.

Por otra parte, agregó el apoderado que "lo que en verdad quiso el texto del artículo 149, sustento del proveído impugnado, fue el de atribuir una personería *sui géneris* a los entes de la Administración que hasta entonces no tenían, como acaecía con los Ministerios, el Congreso Nacional, la Procuraduría, la Contraloría, los Departamentos Administrativos, la Registraduría, entre otros, entendiéndose que si a ellos se 'demandaba', por ser parte integral de la estructura estatal, la Nación estaba representada 'por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho'. Pero *nunca* ha de entenderse que *necesariamente* es menester demandar *la Nación,* porque todos los pleitos, absolutamente todos los que se instaurasen (sic) contra la Rama Ejecutiva, Legislativa y Judicial, necesariamente

habría que encaminarlos contra *la Nación*, amén de los organismos cuyo desempeño es de control o que no encuadra (sic) dentro de la tridivisión de poderes" (fl. 21, cuaderno 1). Indicó que el artículo 149 citado deja la posibilidad de demandar el acto de cualquier entidad, cuando emplea la expresión "en general" y que el concepto o término "Nación" se refiere a la concepción unitaria de Estado, de que trata el artículo 1º de la Constitución Nacional.

Abonó sus planteamientos con un párrafo de una decisión del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Alvaro Orejuela Gómez dentro del proceso número 6057, promovido por Roberto Hernán Yepes Valencia, según la cual "tratándose de (demandas contra) actos emanados de los Ministerios y Departamentos Administrativos, los Ministros y Jefes tienen la representación jurídica de la Nación, ya que éstos, al tenor del artículo 135 de la Constitución Nacional, son 'Jefes Superiores de la Administración' y como Agentes del Gobierno pueden ejercer, bajo su propia responsabilidad, determinadas funciones que corresponden al Organo Ejecutivo".

Afirmó, además, el recurrente que como consecuencia "de todo el anterior planteamiento" se violó la Constitución Nacional en sus artículos 1º, 16, 17, 20 y 141 y que "en igual tónica quedan los preceptos que estatuyen la carrera administrativa, partiendo de la base constitucional hasta la legal que la desarrolla y pone en ejecución" (fl. 23, cuaderno 1), de lo cual concluye que esta Sala "repondrá la sentencia" y en su lugar despachará en favor del actor todas las pretensiones incoadas en la demanda inicial "en forma muy parecida o igual a como lo hiciera el Tribunal de Cundinamarca en su decisión de 3 de diciembre de 1982, esto es *anulara* el acto del Departamento Nacional de Planeación que declaró insubsistente al actor y *ordena* la reparación cuantitativa del derecho a que haya lugar" (fl. 23, cuaderno 1).

III. La réplica:

Se opuso a la prosperidad del recurso la parte contraria, vale decir el abogado de la Oficina Jurídica del Departamento Nacional de Planeación, "obrando en virtud del poder que me fuera otorgado para actuar en el proceso de la referencia, según Resolución número 000744 de abril 11 de 1985, emanada de la Jefatura de dicho Departamento" (fl. 87, cuaderno 1).

Apoyó su oposición expresando que la capacidad para ser parte es un presupuesto procesal doctrinario y que como los Ministerios y los Departamentos Administrativos carecen de personería jurídica, no pueden ser parte en el proceso, luego en el asunto *sub júdice* en que fue demandado un Departamento Administrativo, considera acertado el fallo inhibitorio.

Argumentó que el concepto de *parte demandada* en el proceso contencioso administrativo está admitido por el Consejo de Estado y por diversos tratadistas nacionales y extranjeros, desde mucho tiempo antes de la expedición del Decreto 01 de 1984, y citó como antecedente jurisprudencial las sentencias de 22 de julio de 1971 y 16 de diciembre de 1982, con ponencias de los Consejeros de Estado doctores Gabriel

Rojas Arbeláez e Ignacio Reyes Posada, respectivamente, y el auto de 21 de marzo de 1977 con ponencia del doctor Carlos Galindo Pinilla, en cuyas providencias se reconoce que la Administración tiene capacidad para ser parte procesal. Agregó el opositor que el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo le sirvió al fallo como "refuerzo de las tesis expuesta en la sentencia, mas no su fundamento" (fl. 92, cuaderno 1).

IV. Consideraciones de la Sala:

1. Ha dicho esta Sala que si la sentencia impugnada mediante el recurso extraordinario de anulación no es de mérito, vale decir, estimatoria o desestimatoria de las pretensiones, sino inhibitoria, la violación de norma sustantiva no podrá ser, en principio, sino indirecta. En efecto, en fallo de 11 de noviembre de 1987 (Expediente número R-063; Actor: Adela de Jesús Rivera viuda de Arias), con ponencia del señor Consejero Betancur Jaramillo se expresó así la Corporación:

> "Sólo cuando el juzgador considera que se dan los presupuestos para la sentencia de mérito podrá violar con su decisión directamente la ley sustantiva que consagra el derecho pretendido, si no la aplica, la interpreta erróneamente o la aplica indebidamente. Porque, en el caso contrario, el obstáculo procesal que reconoce el juzgador como impedimento de ese fallo de mérito no le permite hacer la subsunción de los supuestos de hecho alegados en los supuestos de la norma que consagra el derecho reclamado. Y al no hacerlo no podrá hablarse de que violó directamente unas normas que no pudo en forma alguna considerar.
>
> "Lo expuesto da a entender que el recurso no podrá prosperar porque la violación directa de la norma sustantiva no pudo darse en la hipótesis propuesta".

2. No obstante que lo anterior bastaría para desatar el recurso extraordinario interpuesto, declarando su improsperidad, la Sala para mayor abundamiento, agrega las siguientes reflexiones en respaldo de la decisión que habrá de adoptar en el *sub júdice.*

A) Si bien es cierto que las normas que en el Código Contencioso Administrativo regulaban el recurso extraordinario de anulación no exigían al recurrente que expresara, sacramentalmente, que en un determinado evento hubo falta de aplicación, indebida aplicación o interpretación errónea de la norma sustantiva o constitucional que se invoca como violada, únicos tres modos como puede darse la violación directa, no lo es menos que en el desarrollo del cargo no pueden demostrarse dos conceptos de violación distintos respecto de una misma disposición, porque ello es lógicamente imposible. En un evento tal, el cargo se destruiría a sí mismo;

B) En el *sub júdice* el recurrente pretende el quebrantamiento del fallo impugnado con apoyo en que el juzgador aplicó indebidamente e interpretó erróneamente el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo.

Sea lo primero dejar establecido que, para la Sala, *la aplicación indebida* de la ley se presenta cuando el juzgador, si bien *entiende correctamente* el precepto que aplica, lo hace en relación con una situación o un hecho que el precepto no prevé o regula, o cuando el Juez, *también entendiendo correctamente la norma,* le hace producir efectos distintos de los que ella misma contempla. O dicho de otro modo, hay aplicación indebida de una norma legal cuando el juzgador decide un caso con una norma legal que no lo contempla, que le es totalmente ajena, esto es, que no es la pertinente. Como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en numerosas ocasiones, la aplicación indebida de la ley es el error *in iudicando* que recae, no sobre la premisa mayor del silogismo, sino en su premisa menor "porque es al subsumir los hechos establecidos en la norma cuando el error puede cometerse. Calamandrei señala a este respecto la posibilidad de que en él se incida por dos distintos modos que son perfectamente aplicables en nuestra técnica; porque, o puede errarse al precisar las circunstancias del hecho que son relevantes para que la norma entre un juego (yerro de diagnosis jurídica, según la frase ingeniosa que emplea), o puede padecerse equivocación al establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto. Los dos supuestos, sin embargo, y el ilustre escritor italiano lo hace ver con su agudeza habitual, conducen a una aplicación indebida de la norma; y por eso, añade, aunque conceptualmente se perciba la diferencia entre la errónea calificación jurídica o la equivocada aplicación, se trata, en verdad, de dos momentos de un mismo proceso lógico-jurídico, si bien aquél tiene carácter preparatorio puesto que es necesario supuesto de la subsunción del hecho en el ámbito de la norma jurídica, que equivocadamente se estima aplicable" (G. J. LXXIV, pág. 28).

El caso de *interpretación errónea* de la ley es bien diferente: En efecto, el yerro del juzgador recae no sobre la premisa menor del silogismo sino sobre la premisa mayor del mismo, no porque la equivocación recaiga sobre la subsistencia, existencia o determinación de la norma, lo que induciría a *falta de aplicación* de la ley, sino sobre el *contenido* de la ley en la forma en que el juzgador la entienda, pues supone que la ley no es clara, que debe ser interpretada, y que el juzgador ha de decidir cuál es el pensamiento recóndito de la norma que intenta aplicar y esto, como único medio para poder aplicarla rectamente.

De lo brevemente explicado, fluye lógica y naturalmente la conclusión de que la formulación, en un mismo cargo, de esas dos maneras de violación directa de la ley sustantiva adolece de evidente falta de técnica, porque si la disposición aplicada no era la pertinente, soporte fáctico de la aplicación indebida, resulta inocuo predicar yerro alguno sobre su interpretación, pues bien o mal entendida la norma, de ninguna manera podía actuar en el caso; por otra parte, si la disposición está mal interpretada, ¿para qué sirve examinar si ella regula o no el asunto *sub lite?* Ante la mala comprensión de un precepto sobra el examen de si debe o no aplicarse, pues su equivocado alcance, por sí solo, es suficiente para contrariar la voluntad abstracta del legislador. De lo dicho se colige que en una misma acusación es incongruente invocar la aplicación indebida y la interpretación errónea. Una

de las dos sobra. ¿Cuál? El Juez está inhibido para elegir que tipo de acusación es la que más conviene a una parte, lo cual conduce, al fracaso de la pretensión, por falta de técnica en la formulación del cargo;

C) Por otra parte, conforme al artículo 197 del Código Contencioso Administrativo, sólo podrá anularse una sentencia por violación directa de la Constitución Política o de la ley *sustantiva* y el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo que se dice violado no tiene carácter sustancial, sino adjetivo, pues su contenido versa sobre la representación procesal de las persona de derecho público y las privadas que cumplan funciones públicas, luego el ataque formulado exclusivamente contra esa norma resulta inocuo dentro del recurso extraordinario de anulación.

Es probable que la violación de un mandato procesal haya sido el camino para llegar a la violación de preceptos substanciales, pero en tal supuesto es el recurrente el encargado de estructurar la *causa petendi,* señalando el camino pertinente;

D) El recurrente afirmó que se habían violado además otras disposiciones, tales como "artículo segundo" del Decreto-ley que adopta el actual Código Contencioso Administrativo ubicado al final del texto donde aparece el código en mención que dice: "Este decreto regirá a partir del primero (1º) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984)" (Decreto-ley número 01 de 1984).

"Artículo 266 del actual Código Contencioso Administrativo:

"Ley 167 de 1941 (anterior C. C. A.) y las disposiciones pertinentes que le adicionan y reforman; especialmente el artículo 66 *ibidem.*

"Artículos 18, 27 y 28 del Código Civil y los artículos 52, 53 y 57 del Código de Régimen Político y Municipal.

"Artículos 1º, 16, 17, 20, 62 inciso 2º y 141-3 de la Constitución Política.

"Artículos 13, 14, 26, 40, 42, 45, 46 y 47 del Decreto-ley 2400 de 1968, y en cuanto lo modifica y adiciona, el Decreto-ley 3074 de 1968; los artículos 30, 31, 32, 38, 131, 136, 105 y 239 del Decreto 1950 de 1973; en lo pertinente el Decreto-ley 2733 de 1959 y el Decreto 1045 de 1978" (fl. 42, cuaderno 1).

Algunas de estas disposiciones si son de contenido sustantivo, pero respecto de ellas no desarrolló el concepto de la violación, lo cual implica que el cargo se formuló de modo incompleto, y por lo tanto tampoco prospera por este otro aspecto.

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

Falla:

No prospera el recurso extraordinario de anulación formulado contra la sentencia proferida el 8 de mayo de 1985 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 6 de julio de 1988.

Carmelo Martínez Conn, Presidente de la Sala, Ausente; *Antonio José de Irisarri Restrepo, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Luis A. Alvarado Pantoja, Carlos Betancur Jaramillo,* Con aclaración de voto; *Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez,* Con aclaración de voto; *Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penen Deltieure, Alvaro Lecompte Luna,* Con aclaración de voto; *Euclides Londoño Cardona, José Ignacio Narváez García, Carlos Ramírez Arcila, Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos,* Con aclaración de voto; *Julio César Uribe Acosta,* Con aclaración de voto.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

DEMANDA.— Omisión de requisito.

No se puede sostener que existe en el proceso falta de presupuesto procesal de capacidad para ser parte demandada y que por ello debe proferirse decisión inhibitoria, cuando no se dice expresamente en el libelo que se formula la demanda contra la Nación, sino que se formulan las pretensiones, identificando el acto acusado, la autoridad que lo profirió y las condenas que se deben imponer a la Nación o entidad pública de la cual forma parte el órgano que dictó la decisión administrativa.

Aclaración del voto del Consejero *doctor Miguel González Rodríguez.*

No obstante que compartí la decisión tomada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sobre no prosperidad del recurso extraordinario de anulación formulado contra la sentencia proferida el 8 de mayo de 1985 por la Sección Segunda, que revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, se declaró inhibida para pronunciarse sobre el fondo de la controversia, por cuanto, en principio, es evidente que si la sentencia impugnada mediante el recurso extraordinario de anulación no es de mérito, vale decir, estimatoria o desestimatoria de las pretensiones de la demanda, sino inhibitoria, la violación de la ley no podrá ser directa sino indirecta, lo que bastaría para desatar el recurso ejercitado, y es igualmente incontrovertible que el cargo de violación directa de la Constitución Política y de la ley sustantiva, no se puede formular, en relación con una misma disposición, en la forma como lo hizo el recurrente, o sea, por aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, ya que si la disposición aplicada al caso controvertido no era la pertinente, resulta inocuo —como lo expresa la providencia— predicar dicho yerro de mala interpretación, pues bien o mal entendida la norma, de ninguna manera podía hacerse operar en el caso *sub lite,* y si se da la mala comprensión del precepto legal sobra el examen de si debía o no aplicarse, consideré conveniente hacer las siguientes aclaraciones:

I. No comparto la apreciación que se hace en la providencia, según la cual el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo invocado como fundamento del cargo no tiene carácter sustancial, sino adjetivo, pues su contenido versa sobre la representación procesal de las personas de derecho público y de las privadas que cumplan funciones administrativas, razón por la cual el ataque formulado resulta inocuo, según las previsiones del artículo 197 del Código Contencioso Administrativo, vigente en el momento en que se ejercitó el recurso.

Y no comparto dicha apreciación que se recoge en la ponencia y que fue acogida por la mayoría, por cuanto considero —con el debido respeto— que el inciso segundo del precitado artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, que es la primera que se ha dictado en el país para entregarle la representación judicial de la Nación a los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo, Superintendentes, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador de la Nación o Contralor de la República, según el caso, es decir, según la entidad que expidió el acto o produjo hecho que originó la acción contencioso-administrativa pertinente, no es de carácter adjetivo, sino sustantivo. Una disposición de esa naturaleza que le adiciona a los Ministros y Jefes de Departamento Administrativo, fuera de las que les señala el artículo 135 de la Constitución Política en su condición de Jefes superiores de la Administración, la función de representar en juicio los intereses de la Nación, y que, por otra parte, igualmente se la da a otros funcionarios públicos que no son los Ministros y Jefes de Departamento Administrativo, como es el caso de los Superintendentes, el Registrador Nacional del Estado Civil y el Contralor de la República a los cuales la Constitución no les da el carácter de Jefes superiores de la Administración a los que el Presidente de la República pueda delegar determinadas funciones que le correspondan a él como suprema autoridad administrativa, no puede ser adjetiva sino sustantiva.

Adjetiva es, por el contrario, la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 151 del Código Contencioso Administrativo, según la cual "los abogados vinculados a las entidades públicas pueden representarlas en los procesos contencioso-administrativos mediante poder otorgado en la forma ordinaria o acto administrativo escrito o manifestación expresa en el momento de la notificación personal", por ejemplo.

II. Finalmente, y aun cuando ello no hace relación con la providencia de la Sala Plena que nos ocupa, sino con el planteamiento jurisprudencial que se hace en la sentencia recurrida proferida por la Sección Segunda, debo observar —como lo hice en la sesión en donde se leyó, consideró y aprobó la ponencia— que no son de recibo decisiones inhibitorias por defectos de forma que se presenten en las demandas, ni contenciosas, ni civiles. Y no lo son, por cuanto siendo defectos subsanables por el apoderado del accionante y teniendo el Juez el poder o facultad de inadmitir los libelos que carezcan de los requisitos y formalidades previstos en la ley, exponiendo los defectos que encuentre para que el demandante los corrija dentro del término señalado para ello (art. 143 del C. C. A.), debe utilizarlo a menos que no fuere posible la corrección en razón de la caducidad, para así cumplir con el deber legal de evitar decisiones inhibitorias, y cumplir con el principio consagrado en el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil.

Por lo demás, no entiendo —ni lo he podido entender desde que se abrió paso la concepción jurisprudencial en la Sección Segunda del Consejo de Estado— como se puede sostener que existe en el proceso falta del presupuesto procesal de capacidad para ser parte demandada y que por ello debe proferirse decisión inhibitoria, cuando no se dice

expresamente en el libelo que se formula la demanda contra la Nación o un Departamento, sino que simplemente se formulan las pretensiones de nulidad y de restablecimiento del derecho, precisando o identificando el acto acusado, la autoridad que lo profirió y las obligaciones o condenas que se deben imponer a la Nación o al Departamento, entidad pública de la cual forma o formaba parte el órgano o funcionario que dictó la decisión administrativa, o cuando se formula antitécnicamente demanda contra una entidad que forma parte de la Nación o del Departamento o del Municipio, sin lugar a duda alguna para nadie.

Y no lo entiendo, porque el proceso se ha surtido o tramitado, desde el auto admisorio de la demanda hasta la expedición de la sentencia, en la totalidad de los casos, con intervención del Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador, Procurador General, Contralor, Gobernador, Alcalde o representante legal de entidad descentralizada, que expidió el acto acusado, o con cuya delegación se realizó dicha expedición, sin que, por lo general, ellos o los abogados que fueron autorizados para intervenir en el proceso en nombre de la Nación, Departamento, Municipio o ente descentralizado, en cuyo nombre dicen obrar al conferir el poder, hayan hecho observación alguna en el curso de la controversia judicial en orden a buscar, por ejemplo, la nulidad de lo actuado; y, porque, como consecuencia de todo lo anterior, todos en el proceso —parte demandante, parte demandada, agente del Ministerio Público, terceros que eventualmente estén interviniendo y Juez— han entendido y partido del supuesto que se está demandando a la Nación, al Departamento, al Municipio o al establecimiento público en cuyo nombre se profirió el acto que originó la contención, por lo cual cabe destacar que no se ha quebrantado el derecho de defensa de la demandada.

Pero es que, por otra parte, cabría preguntarse: En dónde queda en estos eventos el poder o facultad que tiene el Juez de interpretar la demanda, no para subsanar lo insubsanable sino para cumplir con su deber de administrar justicia y dar a cada cuál lo que le corresponde según la ley, prescindiendo de tener en cuenta defectos que no sean de aquellos que impide un pronunciamiento de fondo?

Bogotá, julio 14 de 1988.

Miguel González Rodríguez.

DEMANDA.— Omisión de requisito.

El Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, se remite a la aclaración hecha bajo este aspecto, por el Consejero Miguel González Rodríguez, anteriormente transcrita.

Aclaración de voto del *doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número R-095. Actor: José Guillermo Rodríguez N. Ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.

Comparto la decisión mayoritaria. Pero hago mío, con todo respeto, el siguiente aparte de la aclaración hecha por el señor Consejero Miguel González Rodríguez:

"Por lo demás, no entiendo —ni lo he podido entender desde que se abrió paso la concepción jurisprudencial en la Sección Segunda del Consejo de Estado— cómo se puede sostener que existe en el proceso falta del presupuesto procesal de capacidad para ser parte demandada y que por ello debe proferirse decisión inhibitoria, cuando no se dice expresamente en el libelo que se formula la demanda contra la Nación o un Departamento, sino que simplemente se formulan las pretensiones de nulidad y de restablecimiento del derecho, precisando o identificando el acto acusado, la autoridad que lo profirió y las obligaciones o condenas que se deben imponer a la Nación o al Departamento, entidad pública de la cual forma o formaba parte el órgano o funcionario que dictó la decisión administrativa, o cuando se formula antitécnicamente demanda contra una entidad que forma parte de la Nación o del Departamento o del Municipio, sin lugar a duda alguna para nadie.

"Y no lo entiendo, porque el proceso se ha surtido o tramitado, desde el auto admisorio de la demanda hasta la expedición de la sentencia, en la totalidad de los casos, con intervención del Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador, Procurador General, Contralor, Gobernador, Alcalde o representante legal de entidad descentralizada, que expidió el acto acusado, o con cuya delegación se realizó dicha expedición, sin que, por lo general, ellos o los abogados que fueron autorizados para intervenir en el proceso en nombre de la Nación, Departamento, Municipio o ente descentralizado, en cuyo nombre dicen obrar al conferir el poder, hayan hecho observación alguna en el curso de la controversia judicial en orden a buscar, por ejemplo, la nulidad de lo actuado; y, porque, como consecuencia de todo lo anterior, todos en el proceso parte demandante, parte

demandada, agente del Ministerio Público, terceros que eventualmente estén interviniendo y Juez han entendido y partido del supuesto que se está demandando a la Nación, al Departamento, al Municipio o al establecimiento público en cuyo nombre se profirió el acto que originó la contención, por lo cual cabe destacar que no se ha quebrantado el derecho de defensa de la demandada.

"Pero es que, por otra parte, cabría preguntarse: En dónde queda en estos eventos el poder o facultad que tiene el Juez de interpretar la demanda, no para subsanar lo insubsanable sino para cumplir con su deber de administrar justicia y dar a cada cual lo que le corresponde según la ley prescindiendo de tener en cuenta defectos que no sean de aquellos que impide un pronunciamiento de fondo?".

La idea allí desarrollada corresponde a mi posición doctrinaria adoptada de vieja data y sigue la línea del salvamento de voto que hice dentro del proceso número 11070, en el cual la parte demandante instauró demanda contra un acto del Senado de la República (Sentencia Sala Plena, julio 3 de 1984).

Con todo respeto,

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D. E., agosto 1º de 1988.

DEMANDA.— Omisión de requisitos.

Cuando con impropiedad cierta, el demandante no menciona a uno de ellos como demandado, sino que dirige el libelo indicando a un órgano o a un funcionario en abstracto como responsable del acto o del hecho, está aludiendo a la respectiva persona jurídica estatal y la está vinculando a la relación jurídico-procesal de que se trate.

SENTENCIA INHIBITORIA. Objeto de violación directa.

Si bien esa clase de pronunciamientos judiciales no es un fallo propiamente dicho, si lo es formalmente hablando.

NORMA SUSTANTIVA. Determinación.

No hay duda que el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo es de carácter sustancial y que puede en un caso hipotético cualquiera ser vulnerado por una sentencia.

Aclaración de voto del Consejero *doctor Alvaro Lecompte Luna* en el fallo recaído en el recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de 8 de mayo de 1985 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Expediente número R-095.

El suscrito, no obstante ser integrante de la Sección Segunda, ha votado la ponencia dado que, al dictarse la sentencia objeto del recurso extraordinario de anulación, no era aún miembro de la misma (art. 186 del C. C. A., por reenvío del 195 *ibídem*).

Mas la presente aclaración de voto no estriba solamente en ello. Pese a que coincide con el fallo acogido por la mayoría en lo que atañe a la no prosperidad del recurso, con todo respeto se aparta de muchas de las consideraciones y de las tesis que sirvieron de base a tal conclusión. A grandes rasgos, coincide en las apreciaciones y en los criterios que explica el honorable Consejero doctor Miguel González Rodríguez en su aclaración (fls. 112 a 114) y que, en parte, usa el honorable Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo en la suya (fls. 116 y 117).

Los puntos de vista que tiene el suscrito acerca de qué ha de entenderse por ley sustantiva o sustancial y acerca de la excesivamente rigurosa concepción que ha venido predominando en la Sección Segunda, de la que se honra ahora pertenecer, en torno al señalamiento de la persona jurídica estatal proferidora del acto acusado como fundamento de la inhibitoria, escapan en mucho de los que sobre estos tópicos tienen sus demás ilustres colegas.

En efecto:

1º Al entenderse por norma sustantiva o sustancial, como ha entendido la Corte, que son aquellas que declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas entre personas implicadas en una situación dada, es obvio, en el pensamiento del suscrito Consejero, que toda disposición legal que se ocupa de los sujetos de esas relaciones, es de ese carácter. Por lo tanto, cuando el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo le da a los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos la capacidad de representar judicialmente a la Nación —verdadera persona jurídica de carácter territorial y verdadero sujeto de derechos y obligaciones—, está dotando a los respectivos organismos —Ministerios, Departamentos Administrativos— de una especie de *cuasi-personería* y, por ende, de ciertos rasgos que son propios de los sujetos de derecho y obligaciones; y esa *cuasi-personería* no es de mero carácter adjetivo como el que tendrían, por ejemplo, los abogados que representen como voceros del organismo en un juicio concreto, sino que posee elementos que le dan la categoría de lo que, algo impropiamente, se ha dado en llamar "personería sustantiva". Si la mencionada norma, o sea el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, le da un rango de "cuasi-personería" a los Ministerios y a los Departamentos Administrativos, y, más concretamente, a cada Ministro y a cada Jefe de Departamento, la capacidad de comparecer en juicio a nombre del gran ente "Nación", no hay duda, al entender del suscrito, que esa norma es de carácter sustancial o sustantivo y que, por consiguiente, puede que en un caso hipotético cualquiera, haya podido ser vulnerado —por interpretación errónea, por aplicación indebida o por falta de aplicación— por una sentencia y, por tanto, causal de anulación de esa sentencia a razón del tan controvertido y ya desaparecido para eventos futuros, recurso extraordinario de anulación.

Mas, como quiera que en el caso concreto o específico que examinó el fallo de la Sala Plena y en el que aclara su voto, no hubo ninguna de las tres posibilidades para que se dé la violación directa, el *error iuris in iudicando* (art. 197) al tenor de la acusación del recurrente en lo que a este cargo concierne, está de acuerdo en la no prosperidad de éste.

2º Como dice un autor cuyo nombre no recuerda, "las palabras constituyen unas veces la fortuna de las cosas y otras, su desgracia". Para el suscrito, eso es lo que ocurre con la aplicación rigurosa, casi que sacramental, de que cuando el demandante que hace uso de una acción contencioso-administrativa sin el nombre exacto de la persona jurídica estatal contra la cual se dirige el libelo, la demanda es inepta y el fallo, por consiguiente, inhibitorio. Si el demandante no habla de la Nación, del Departamento, de la Intendencia, de la Comisaría, del

Municipio, sino que se refiere al acto del Ministro tal, o del Gobernador equis, etc., o pide que se cite al Alcalde, o al Intendente, se arriba, según esa tesis que está lejos de compartir el suscrito con el respeto debido, al olvido de un presupuesto procesal indispensable para entrabar la *litis*.

Si la Nación, el Departamento, la Intendencia, la Comisaría, el Municipio, no son otra cosa que conglomerados territoriales y/o humanos a los que la Constitución y la ley, por razones de espíritu pragmático, ha dotado de las prerrogativas de la personalidad, cuando, con impropiedad cierta el demandante no menciona a uno de ellos como demandado, sino que dirige el libelo indicando a un órgano o a un funcionario en abstracto como responsable del acto o del hecho, está aludiendo —es decir, nombrando, pero indirectamente— a la respectiva persona jurídica estadual que fuere del caso y la está vinculando a la relación jurídico-procesal de que se trate. ¿Dónde queda entonces aquella potestad del Juez de "interpretar la demanda", no para subsanar lo insubsanable sino para cumplir el deber de administrar justicia que, en el último párrafo de su aclaración de voto rememora el doctor González Rodríguez? Empero no sea esa la intención recóndita del demandante cuando ello ocurre, ¿no sería lógico tener la mención del órgano de la Nación, del Departamento, etcétera, como un tropo bajo la forma de una sinécdoque en la que se dice la parte por el todo?

Pero, en fin, esta cuestión es de índole adjetivo o procedimental y es ajena a la causal de anulación precisada en el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo.

———o———

Por último no estima el suscrito Consejero que la circunstancia de que una sentencia sea inhibitoria impida que sea anulada por violación directa de la Constitución o de la ley sutantiva.

Si bien esa clase de pronunciamientos judiciales no es un fallo propiamente dicho, sí lo es formalmente hablando. Y al declararse inhibido el Juez, es posible que haya llegado a ese extremo, sin dirimir de fondo la controversia, por aplicación indebida, por falta de aplicación o interpretación errónea de una norma constitucional o de índole sustantiva. Como esto no ha ocurrido como se ha explicado en el caso *sub lite*, votó afirmativamente la ponencia que denegó finalmente la prosperidad del recurso extraordinario de anulación interpuesto.

Muy cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna.

Bogotá, 5 de agosto de 1988.

SENTENCIA INHIBITORIA.— VIOLACION DIRECTA. Improcedencia.

Si la sentencia impugnada a través de un recurso de anulación, es una sentencia inhibitoria, ello es suficiente para resolver desfavorablemente el recurso.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., dieciocho de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Aclaración de voto de la *doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación número R-095. Actor: José Guillermo Rodríguez N.

Comparto la decisión de la Sala Plena Contenciosa contenida en la providencia que antecede y la aclaración de voto se limita a precisar que si la sentencia impugnada a través de un recurso de anulación, es una sentencia inhibitoria, ello es suficiente para resolver desfavorablemente el recurso, por cuanto la violación de norma sustantiva o de la Constitución Nacional a que se refiere el artículo 197 del Decreto 01 de 1984, no puede ser sino indirecta, toda vez que la citada providencia no tuvo en cuenta ninguna norma, por no ser una sentencia de mérito.

Con todo respeto,

Consuelo Sarria Olcos.

NORMA DE HABILITACION.

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 de ORDENAMIENTO JURIDICO COMO UN TODO.

Consejo de Estado.—

Aclaración de voto del Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Número R-095. Actor: José Guillermo Rodríguez Navarrete.

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,* mientras 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 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 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 CONTRADICCION 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 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 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 *JURIDICAMENTE HABILITADA,* por esta norma subsidiaria que SCHREIER ha llamado norma de *HABILITACION*...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 anti-normativo 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 cual-

quiera 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 ORGANO AUTORIZADO AL EFECTO.* Con terminología que, aunque no es propia del 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 del 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 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 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 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 vallidez (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 jurisprudencial, 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, D. E., agosto 22 de 1988.

LEGITIMACION EN LA CAUSA.— LEGITIMACION PASIVA.

La personería es lo que conduce a que cada entidad, y solamente ella, actúe por activa o por pasiva en las posiciones que como tal le correspondan.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., dieciocho de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Ramírez Arcila.*

Referencia: Expediente número 5241. Actor: Alfonso María Martínez Ruiz y otros.

Se procede a resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, de fecha mayo 20 de 1987.

I. Antecedentes:

De la demanda que dio origen al proceso, se transcribe lo siguiente (fls. 28 y ss., cuaderno 1):

"II. *Hechos y omisiones fundamentales de la acción (sic)*

"*Causa petendi.*

"3.1. El día viernes 5 de diciembre de 1980 a eso de las 9 y 45 minutos de la noche, frente a la Cárcel Distrital el guardián Juan Angel Suárez Villarraga mató de un disparo de revólver de dotación oficial al comerciante señor Víctor Gustavo Martínez Acosta.

"3.2. Las circunstancias antecedentes al monstruoso crimen comienzan cuando el señor Ramiro Alfonso Martínez Acosta, hermano de Víctor Gustavo llegó en un taxi de servicio público a su residencia de la carrera 8ª con la calle 2ª sur de esta ciudad de Bogotá.

"3.3. En el momento de arreglar el valor de la carrera se suscitó una discusión entre Ramiro Alfonso Martínez Acosta y el taxista, quien varilla en mano arremetió contra el pasajero por haberle reclamado el cobro excesivo en la tarifa.

"……

"3.5. Una vez que pasó el problema con el taxista apareció en el lugar un individuo de ruana quien dijo ser detective y sin más ni más empezó a disparar su revólver habiendo hecho 9 tiros al aire.

"……

"3.7. Al escuchar los disparos salió de su residencia Víctor Gustavo Martínez Acosta, quien al darse cuenta que el sujeto de ruana estaba agrediendo a su hermano Ramiro Alfonso, lo sujetó por la cintura para que se entrara a la casa.

"3.8. En este instante apareció un guardián de la Cárcel Distrital que, precisamente, queda ahí cerca y disparó a quemaropa contra los dos hermanos haciendo blanco en todo el centro de la frente de Víctor Gustavo e hiriendo con la misma bala en la mano izquierda a Ramiro Alfonso.

"……

"3.12. Ni Ramiro Alfonso, ni Víctor Gustavo portaban armas y tan desprotegido estaba el que murió, pues salió de su casa a ver qué le pasaba a su hermano, en pantaloncillos.

"3.13. Entre tanto, el cuerpo moribundo de Víctor Gustavo yacía en el suelo casi que frente a la guardia de la Cárcel Distrital.

"3.14. En un radiopatrulla lo llevaron al hospital de la Samaritana que queda muy cerca, pero ya llegó sin vida.

"Después fue trasladado el cadáver a Medicina Legal para los trámites de rigor. Fue sepultado el domingo 7 de diciembre de 1980.

"……

"3.27. La muerte de Víctor Gustavo Martínez Acosta ocasionó perjuicios morales a sus padres y a sus hermanos, perjuicios consistentes en la pena moral, en el dolor moral, en la zozobra, en la congoja, en el abatimiento que produce la desaparición de un hijo y hermano, en las circunstancias verdaderamente patéticas como ocurrió el deceso de Víctor Gustavo, perjuicios que tienen su ligamen causal con las fallas del servicio de la Administración Nacional —Ministerio de Justicia—" (fls. 32 a 37, cuaderno 1).

"……

"B) *Disposiciones violadas y concepto de la violación.*

"……

"La falla del servicio en que incurrió el Estado colombiano —Ministerio de Justicia— y que surgen de los espantables y gravísimos hechos que se dejaron relacionados anteriormente, comportan la violación directa de las normas constitucionales y legales que se citaron en el literal anterior.

"Precisamente el artículo 2º Constitucional establece que los poderes públicos se ejercerán en los términos que la Constitución señala. Esta norma por sí sola, se ha dicho, consagra las tesis más importantes del Derecho Público Moderno: El principio de la legalidad, el de la autolimitación del Poder Público y el del Estado de Derecho, cuya contrapartida necesaria es la *responsabilidad administrativa* o *jurídica del Estado* (fl. 39, cuaderno 1).

"……

"V. *La acción.*

"La pretensión resarcitoria incoada mediante este libelo es la de la reparación directa o indemnizatoria de los perjuicios materiales (lucro cesante y daño emergente) y daños morales subjetivos *(pretium doloris)* de que resultaron pasibles todos los demandantes y a que se refiere el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo que hace mención al hecho u operación administrativa de los entes públicos cuando ellas puedan engendrar una falla del servicio que daba ser resarcida por la Nación entendida en sus diferentes estamentos en favor del administrado" (fls. 42 y 43 del cuaderno 1).

"……

"VII. *El ente demandado.*

"Se señala como entidad demandada al Ministerio de Justicia (la Nación —Ministerio de Justicia—) y se radica la competencia en el Consejo de Estado al tenor del literal B del artículo 30 del Decreto 0528 de 1964, pues de conformidad con el artículo 39 del Decreto número 1817 de 1964 la Dirección General de Prisiones es una División del Ministerio de Justicia y la Cárcel Distrital pertenece a la Dirección General de Prisiones pero sin tener las características de un establecimiento público descentralizado. Por esto, insisto, el ente demandado es la Nación —Ministerio de Justicia—" (fls. 42 y 44, cuaderno 1).

"……"

La demanda se presentó inicialmente ante el Consejo de Estado, pero al entrar en vigencia el actual Código Contencioso Administrativo, por razón de competencia se envió el expediente al conocimiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, donde luego de la tramitación correspondiente se profirió la sentencia de única instancia de fecha mayo 20 de 1987 objeto del presente recurso extraordinario. De esta sentencia son los siguientes apartes:

"*Consideraciones* de la sentencia recurrida.

"……

"La vista de fondo del colaborador Fiscal está contenida en el escrito visible a los folios 139 a 142 del expediente, en el cual plantea decisión adversa a las súplicas de la demanda por considerar que:

" 'En la demanda se funda la responsabilidad estatal en la tesis de «falla del servicio», imputada como ya se dijo a la Nación —Ministerio de Justicia— por considerar que ésta debe responder de los actos de sus servidores teniendo en cuenta que el guardián de la Cárcel Distrital —a quien se imputa el hecho— es un *empleado del Ministerio de Justicia* (*petitum* 2.1. Febrero 30 exp.)'.

" 'Ahora bien, en el proceso obra una prueba emanada del Director de la Cárcel Distrital de varones, donde laboraba el servidor estatal a quien se imputa la muerte del causante y en la cual sostiene dos puntos de vista importantes para las resultas de la controversia y que son':

" 'a) «La Cárcel Distrital de varones, adscrita a la Secretaría de Gobierno Distrital, depende para su administración de la Alcaldía Mayor de Bogotá y no de la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia; sección a cargo de un Director;

" 'b) «Mediante Decreto número 275 de la Alcaldía Mayor de Bogotá fechado en marzo 9 de 1978 fue nombrado guardián de la Cárcel Distrital y se posesiona el 31 de marzo del mismo año con efectividad para el día siguiente. En junio 13 de 1980 mediante Decreto número 955 de la misma fecha fue ascendido al cargo de Teniente I. Certificaciones éstas que deben solicitarse si se desean al Departamento de Relaciones Laborales de la Alcaldía Mayor de Bogotá» (fl. 8 anexo)'.

" 'De lo anterior se colige que si el empleado que ocasionó la muerte al causante estaba vinculado al *Distrito Especial de Bogotá* debido al nombramiento realizado por tales autoridades y porque el centro carcelario donde laboraba es dependencia administrativa del Distrito Especial de Bogotá, significa que la persona jurídica a quien se podía imputar la responsabilidad y a quien se podía reclamar el pago de los perjuicios es al *Distrito Especial de Bogotá* y no a la Nación —Ministerio de Justicia—, en cuyo caso se impone la denegación de las súplicas de la demanda' (las subrayas son de la Fiscalía) (fl. 165).

".....

"Analizando el Código Carcelario, se sacan las siguientes conclusiones: Las cárceles o establecimientos de reclusión pueden ser creados por la Nación, los Departamentos, los Municipios y el Distrito Especial de Bogotá, etc., y una vez creados pueden organizarlos de conformidad con la estructura señalada por la ley, bajo el control del Ministerio de Justicia en las materias específicas a que se refiere el mencionado estatuto carcelario. Los empleados a qué orden pertenecen?: Los nombrados por el Ministerio de Justicia, serán nacionales, los designados por el Departamento serán departamentales. así como municipales y distritales, comisariales, intendenciales bien que la nominación haya sido municipal, distrital, comisarial o intendencial.

"Existen en Colombia 'autoridades centrales que cumplen funciones en relación con todo el territorio nacional y otras locales cuyo radio de acción está limitado a zonas territoriales o regionales más o menos reducidas, según la extensión de los estados. Dos razones principales han sido fundamento de este tipo de organización: La imposibilidad de atender desde la capital a todas las necesidades administrativas de un país y la existencia de necesidades propias de determinadas comunidades locales que la democracia y la técnica han aconsejado atender en el lugar mismo donde ellas se presentan. En Colombia son autoridades centrales o nacionales el Presidente de la República, los Ministros y otros cuerpos o funcionarios...y autoridades locales las Asambleas Departamentales, los Gobernadores, los Concejos y los Alcaldes Municipales. Esta dualidad de niveles administrativos crea problemas de relación entre las autoridades centrales y las locales, es decir, existen normas o sistemas que regulan esas vinculaciones señalando la órbita de acción de cada una de esas autoridades, la dependencia entre ellos y el grado de control que pueden

ejercer unas respecto de las otras. La relación entre éstas dos clases de autoridades pueden referirse a las personas que desempeñan los cargos correspondientes a los organismos de carácter administrativo que cumplen sus tareas por intermedio de esos funcionarios. Las autoridades centrales o poder central representan a la Nación como persona jurídica o como entidad encargada de prestar servicios a lo largo del país. Las autoridades locales pueden ser representantes de personas jurídicas o entidades administrativas de carácter regional y atienden a los servicios de índole local; en Colombia, los Departamentos y los Municipios son personas jurídicas además de la Nación o Estado que también lo es (art. 80, Ley 153 de 1987) y los funcionarios que están al frente son sus representantes' (Derecho Administrativo —Jaime Vidal Perdomo— 7ª edición, pág. 94). El anterior argumento es valedero para el Distrito Especial de Bogotá de conformidad con el artículo 199 de la Constitución Nacional.

"En el punto relacionado con la personería jurídica de estos entes, retomamos lo comentado en el libro antes señalado en la parte que afirma: 'La gestión autónoma de los intereses locales supone la calidad de personerías jurídicas de las entidades territoriales; de no existir esta personería, la actividad local tendría que ver configurada su gestión a otras entidades, puesto que ante el derecho serían inexistentes. La atribución de la personería jurídica a las entidades administrativas locales significa que disponen de un patrimonio propio, de rentas propias que pueden celebrar contratos y acudir como demandantes y demandadas ante la justicia, en una palabra que son sujetos de derecho. El derecho positivo colombiano no ofrece ninguna duda al respecto pues el artículo 80 de la Ley 153 de 1887 declara que la Nación, los Departamentos y los Municipios son personas jurídicas. La existencia de esa personería garantiza la autonomía de las actividades territoriales por esa virtud pueden obrar en la realización de sus propios fines por cuenta y riesgo... c) Autoridades locales ya hemos visto que la noción de descentralización está vinculada a la gestión autónoma de los intereses propios. Si esos intereses fueran administrados por personas ajenas a la comunidad, ésta estaría gobernada desde afuera. Por tal motivo, figura como elemento de la noción de descentralizada la presencia de autoridades distintas de las del poder central en la dirección de los asuntos departamentales y municipales. Estas autoridades locales representan a las personas jurídicas y administran los intereses de la comunidad... Control de tutela por parte del poder central. La noción de descentralización es prueba de autonomía, pero no de independencia, por tal motivo, las autoridades nacionales, que son guardianes del interés general, están facultadas para ejercer cierto control sobre las autoridades descentralizadas con el fin de que éstas no desborden los límites normales de su autonomía y causen agravio a los intereses nacionales o aún a los mismos locales...' (página 101 obra comentada anteriormente).

"Hechas las anteriores anotaciones, surge lo siguiente:

"1º El Distrito Especial de Bogotá es una entidad territorial (art. 199 de la C. N.), descentralizada administrativamente, con personería jurídica y por lo tanto sujeto de derecho y obligaciones, puede ser demandante y demandada y representado por el Alcalde Mayor (art. 150 del Decreto 01 de 1984 y Decreto 3133 de 1968).

"2º Al Distrito Especial de Bogotá le corresponde la creación, organización, dirección, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles distritales bajo el control del Ministerio de Justicia (Decreto 1817 de 1964).

"3º El Acuerdo 19 de 1934 del Concejo de Bogotá creó la Cárcel Municipal para varones como dependencia de la Secretaría de Gobierno del Municipio de Bogotá en los siguientes términos: 'Créase, dependiente de la Secretaría de Gobierno, la Cárcel Municipal de Bogotá para los detenidos y presos que deben sostener el Municipio según las leyes y contratos vigentes...' Posteriormente pasó a ser del Distrito Especial de Bogotá por el Decreto legislativo número 3640 de 1954.

"4º La Secretaría de Gobierno hace parte de la entidad territorial Distrito Especial de Bogotá que tiene personería jurídica propia y es sujeto de derechos y obligaciones y a su vez la Cárcel Distrital está adscrita a la mencionada Secretaría.

"Hechas las anteriores anotaciones entra la Sala a examinar la situación planteada en la demanda, se trata de hechos sucedidos el día 5 de diciembre de 1980 en inmediaciones de la Cárcel Distrital (carrera 8ª con calle 2ª sur de Bogotá, D. E.), cuando por una discusión callejera aparecieron en el sitio de los acontecimientos tanto el guardián del establecimiento carcelario distrital como el señor Víctor Gustavo Martínez Acosta. El guardián trataba de impedirlo cuando se presentó el disparo producido por el guardián ocasionándole la muerte al señor Martínez. Una vez ocurridos estos hechos, el guardián entró a la cárcel (fl. 36. Declaración del señor Barrera) y el difunto quedó fuera de la misma.

"Hasta qué punto cabe la falta o falla del servicio al Ministerio de Justicia por eventos ocurridos u ocasionados por un empleado distrital en una persona no recluída y por hechos sucedidos fuera del establecimiento carcelario?

"El hecho de que la ley (Código Carcelario, Decreto 1817 de 1964) diga que el control de esta actividad será ejercido por el Ministerio de Justicia, hasta dónde habilita a la entidad nacional para responder en todos los casos que se presenten actuaciones administrativas como la *sub júdice?* Se ha definido que el control en el campo administrativo puede ser realizado de diversas formas. Se tiene así el control jerárquico y el control de tutela. El uno conllevaría la responsabilidad de la autoridad superior como sería el jerárquico y el otro no por cuanto es el que ejerce la Administración central sobre los Departamentos y Municipios, etc., en el régimen de las descentralización administrativa. Este último control lo tiene el Ministerio de Justicia sobre todo lo atinente al debido funcionamiento carcelario, como la dirección superior, organización y vigilancia de los establecimientos carcelarios, instrucción a los directores de los aludidos establecimientos, etc.

"La Administración Nacional —Ministerio de Justicia— tiene el control de las cárceles municipales que consiste en una especie de vigilancia general sobre materias carcelarias y penitenciarias. El hecho

de que la ley le dé el control a dicho Ministerio no habilita a la entidad para responder por hechos ocasionados por un empleado perteneciente a una entidad de otro orden como es el caso de autos.

"Considera la Sala que por entidad nominadora del guardián, que por el status del mismo, como por la entidad territorial con quien trabaja era forzoso que la demanda se dirigiera contra el Distrito Especial de Bogotá como parte demandada y no al Ministerio como en efecto se hizo.

"Como la Administración es multipersonal es imperioso que las pretensiones se dirijan con toda precisión a cargo de quien estaría llamado a cubrir el pago de las indemñizaciones, toda vez que éstas presuponen una afectación presupuestal.

"El honorable Consejo de Estado al pronunciarse sobre la importancia fundamental de la identificación plena del ente demandado en un caso similar, sostuvo: '4. Cuando se persigue el resarcimiento por perjuicios, con fundamento en la responsabilidad extracontractual del Estado, en verdad, resulta indispensable indicar el órgano estatal que debe comparecer, no sólo para la defensa dentro del proceso, sino para establecer, de manera directa, la afectación presupuestal que haya de derivarse, en el evento de un pronunciamiento favorable a las pretensiones de la demanda. En cuanto a lo primero, porque a las autoridades de la República les obliga proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y, para asegurar los deberes sociales del Estado, no pueden obrar de manera separada al ente que pertenecen o están adscritas. Las operaciones, los hechos y omisiones, sin excepción provienen o tienen su origen en un determinado órgano del Estado, como tales el responsable, precisamente, de repeler, a manera de defensa o por cualquier otro medio idóneo, cualquier reclamación indemnizatoria, por su comportamiento. Y es que el Estado debe ser defendido, y para que ello se logre, no es suficiente citar al Agente del Ministerio Público, sino que se requiere dirigir la acción contra el ente que se dice o señala como responsable. De no ser así, se llegaría a la peligrosa circunstancia que el Estado no tuviera la protección procesal necesaria para desvirtuar las afirmaciones de los demandantes, que reclaman cualquier falla o falta del servicio, con amparo del artículo 16 de la Constitución Nacional. Y en lo que respecta a la afectación presupuestal, encuentra su fundamento en que cualquier condena debe hacerse con cargo a una entidad, y esto no se lograría, cuando se demanda al Estado colombiano, porque a ningún ente, de manera concreta, se puede responsabilizar pecuniariamente, de esta clase de condena por perjuicios...' (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, agosto 9 de 1984, Expediente 2252. Actor: Olga Trujillo Agudelo. *Anales* Segundo Semestre 1984 números 483-484. Tomo CVII, año LIX, pág. 657).

"Es cierto que el hecho dañoso de la Administración fue cometido por un servidor de la Cárcel Distrital y perteneciente al servicio carcelario y penitenciario distrital, por lo tanto quien debe responder no es la Nación —Ministerio de Justicia— sino el Distrito Especial de Bogotá. No existe en el expediente ninguna prueba tendiente a demostrar que el señor Suárez Villarraga perteneciera a las carreras profe-

sionales de guardián o a la penitenciaria y menos que hiciera parte del cuarto de custodia y vigilancia del Ministerio de Justicia, eventos en los cuales sí podría configurarse la responsabilidad de dicho Ministerio ya que lo que realmente aparece es que dicho guardián fue nombrado por el Alcalde Mayor mediante Decreto 275 de marzo 9 de 1978, posesionado el 31 del mismo mes y año y perteneciente a la Cárcel Distrital de Varones. El hecho de que el Ministerio de Justicia no hubiera actuado en el plenario, no es motivo como lo sostiene el apoderado para deducir que el Ministerio respectivo por la flagrancia de la responsabilidad no hubiera designado al representante correspondiente" (fls. 159 a 174, cuaderno 1).

Contra esta sentencia, cuya parte resolutiva fue inhibitoria, interpuso la parte actora el recurso extraordinario de anulación.

"Impugno en su totalidad la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca", se dijo en la demanda (fl. 188) y en su apoyo se presentaron los siguientes cargos:

"Primer cargo:

"La sentencia impugnada violó en forma directa el artículo 42, literal a) del Decreto 1817 de 1964, norma sustantiva que establece taxativamente las funciones de la Dirección General de Prisiones, en el sentido de atribuirle entre otras la de 'ejercer de acuerdo con el Ministerio de Justicia la dirección superior, organización y vigilancia de los establecimientos carcelarios'.

"Como la sentencia es inhibitoria, la violación directa de dicho precepto es por falta de aplicación, porque la tesis jurídica del Tribunal *a quo* resultó errada o equivocada, equivocación o error que condujo a que la parte resolutiva de la sentencia fuera de naturaleza inhibitoria y no estimatoria de las pretensiones formuladas en el libelo inicial.

"Es que, si la tesis jurídica del honorable Tribunal hubiera estado ajustada o ceñida a derecho, como consecuencia lógica la parte resolutiva de la sentencia habría tenido que ser de condena por perjuicios morales subjetivos o daños de afección, previa la declaratoria de responsabilidad de la Nación —Ministerio de Justicia—.

"La tesis jurídica de la sentencia, en relación al artículo 42, letra a) del Decreto 1817 de 1964, que condujo a su violación directa y que incidió en la parte resolutiva inhibitoria, consiste principalmente en que el fallo se sustenta en el llamado sistema organicista que fue recogido por la jurisprudencia hace ya varias décadas y que fue sustituido por la tesis de la falla o falta de servicio o falla de la Administración, en la cual se presume la culpa de la personería jurídica por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos y ejercer los controles necesarios, eficaces y oportunos, desapareciendo en consecuencia la necesidad de demostrar la falta orgánica o anónima.

"....."

"Segundo cargo:

" 'Violación directa por no aplicación del artículo 16 de la Constitución Nacional'.

"La tesis errada o equivocada de la sentencia impugnada generó la violación directa por falta de aplicación de aquel principio o postulado constitucional del cual dimana en toda su magnitud y trascendencia la obligación de las autoridades de la República de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes. En innumerables ocasiones el Consejo de Estado ha precisado que la responsabilidad de los entes públicos se basa en la denominada 'falla del servicio' que tiene su fundamento teleológico y axiológico, principalmente, en el artículo 16 de la Constitución Nacional. La no aplicación de este artículo incidió necesariamente en la parte resolutiva inhibitoria de la sentencia del Tribunal.

"La autoridad encargada, en el presente caso, de proteger a las personas, en sus vidas, honra y bienes, es el Ministerio de Justicia; y como dicha protección falló por no ejercer él, el control o dirección superior, organización y vigilancia de la Cárcel Distrital de varones el día de los hechos, debe responder por los perjuicios causados, en la forma como se pidió en la demanda.

"Tercer cargo:

" 'La sentencia impugnada violó en forma directa por no aplicación el artículo 20 de la Constitución Nacional'.

"La tesis jurídica equivocada de la sentencia engendró la infracción directa por no aplicación del mencionado principio constitucional consagratorio de que los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes y de los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas.

"Si la conducta por parte del Ministerio de Justicia fue *omisiva* en cuanto que no ejerció, la dirección superior, organización y vigilancia de la Cárcel Distrital de varones el día de los hechos dañosos, la sentencia ha debido dar aplicación al artículo 20 constitucional condenando a dicha entidad a pagar los perjuicios morales impetrados, previa la declaratoria de responsabilidad correspondiente. Como ello no ocurrió debido a una tesis jurídica equivocada o errada, la parte resolutiva del fallo fue inhibitoria; o sea que la infracción directa por no aplicación de la mencionada norma incidió necesariamente para que la parte resolutiva de la sentencia impugnada fuera inhibitoria.

"Cuarto cargo:

"La sentencia impugnada violó de manera directa por no aplicación el artículo 58 de la Constitución Nacional que establece en el parágrafo 3º que la justicia es un servicio público de cargo de la Nación. Y si todo lo relacionado con la organización carcelaria y toda esa infraestructura, son servicios accesorios al servicio público de la justicia, la falla en el control jerárquico (que no de tutela) o dirección

superior, organización y vigilancia de los establecimientos carcelarios debe generar responsabilidad del propio estamento controlador y no del ente del cual dependen para su simple administración.

"Como la tesis jurídica de la sentencia impugnada es errada o equivocada, resultó infringido, también, este precepto constitucional que al fallar de fondo el Tribunal debía aplicar.

"Esta violación trajo como consecuencia que la parte resolutiva fuera inhibitoria" (fls. 188 a 192, cuaderno 1).

II. Concepto Fiscal:

La Fiscalía al descorrer el traslado, se opuso a la pretensión anulatoria y solicitó dejar en firme la sentencia recurrida. En los apartes principales de la vista se explica:

"El análisis que hizo el Tribunal, se ajustó a la demanda y a las pruebas que se allegaron al proceso. Debemos destacar algunos apartes de la demanda para entender por qué la sentencia se refirió a la Cárcel Distrital de varones, ente adscrito al Distrito Especial de Bogotá, quien ha debido ser llamados a responder:

"A folios 28 y siguientes aparece la demanda, en ella se lee: 'Declaraciones y condenas...'

"La Nación colombiana —Ministerio de Justicia— es administrativamente responsable por fallas del servicio, ...ocasionada por el empleado del Ministerio de Justicia guardián de la Cárcel Distrital Juan Angel Suárez Villarraga en hechos ocurridos el día 15 de diciembre de 1980...

"La falla del servicio según la parte demandante, radicó en la conducta ilegal del guardián de la Cárcel Distrital de varones. No en la falta de cumplimiento de las funciones de la Dirección General de Prisiones. Siendo la demanda el marco jurídico que haga la sentencia. De ahí pues que habiéndose afirmado que fue la conducta o el proceder del guardián la que dio origen a la muerte del señor Víctor G. Martínez Acosta y ocasionó las lesiones al señor Ramiro Alfonso Martínez, era indispensable analizar a qué ente jurídico estaba vinculado el sujeto causante del daño, pues sólo al establecerse el vínculo de dependencia del guardián con la entidad demandada, puede surgir la obligación a responder.

"En el presente caso quedó probado precisamente, que el señor Juan Angel Suárez fue nombrado por decreto de la Alcaldía Mayor como guardián de la Cárcel Distrital de varones adscrita al Distrito Especial de Bogotá (fl. 8 del anexo). No era pues posible condenar al Ministerio de Justicia, pues no era éste el ente llamado a responder.

"El cargo no puede prosperar.

"El segundo y tercer cargo formulados contra la sentencia, se refieren a la falta de aplicación de los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional. Este despacho observa lo siguiente:

" 'En tratándose de una sentencia inhibitoria, que no entró a resolver el fondo del asunto planteado, es imposible pretender que se hayan aplicado esos preceptos constitucionales, que son la base para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado. En el presente caso la sentencia consideró que no podía entrar al fondo de ineptitud de la demanda, lo que indica que no se decidió sobre la responsabilidad del ente demandado, por eso mismo no se puede pretender que se dé aplicación a los mencionados artículos'.

"Estos cargos tampoco prosperan.

"El recurrente finalmente afirma, que la sentencia impugnada violó el artículo 58 de la Constitución Nacional que establece que la justicia es un servicio público a cargo de la Nación, y todo lo relacionado con la organización carcelaria es accesorio del servicio público de justicia.

"Teniendo en cuenta la organización del Estado colombiano es necesario indicar en forma precisa el órgano del Estado que en un momento dado está obligado a responder, y para que se pueda lograr una condena es necesario además, que se pruebe que el ente señalado en la demanda como parte pasiva de la relación, sea el ente realmente responsable del hecho que se le imputa.

"Fue por lo anterior, que el Tribunal transcribió una sentencia de la Sala de agosto 9 de 1984 y que al recurrente le parece extraña.

"No basta pues, como lo pretende el actor, que se afirme que el servicio carcelario es accesorio del de administración de justicia, para pretender demandar al Ministerio de Justicia, pues cada ente jurídico con personería jurídica y patrimonio propio, está en capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

"Este cargo tampoco prospera" (fls. 223 a 226, cuaderno 1).

III. Consideraciones de la Sala:

Si se ha detenido la Sala en transcripciones del fallo recurrido lo mismo que de los conceptos fiscales, tanto el del Tribunal como el del Consejo de Estado, no ha sido por un simple afán repetitivo, sino porque considera que todos ellos han acertado en cuanto a que tratándose de una falta o falla del servicio imputable a un empleado dependiente su designación como su sostenimiento del Distrito Especial de Bogotá, la legitimación en la causa por el aspecto pasivo la tenía el Distrito y no la Nación —Ministerio de Justicia—.

Argumenta la recurrente que no se podía demandar a la Dirección General de Prisiones, entidad esta encargada de la vigilancia de las cárceles de todo el país, por carecer tal entidad de personería jurídica, y en ello habla con razón el recurrente, porque la personería no solamente sirve para poder ser demandado sino principalmente para poder actuar jurídicamente con la independencia necesaria que la normatividad creadora de la entidad le otorga para el ejercicio de sus funciones.

Precisamente el aspecto de la personería es lo que conduce a que cada entidad, y solamente ella, actúe por activa o por pasiva en las posiciones que como tal le correspondan. Esto no obsta para que entre los diferentes órganos del Estado exista una interrelación en procura de la consecución de todos sus fines entre los cuales el principal es el del bienestar común.

En el caso concreto del Ministerio de Justicia, aunque es cierto que dentro de sus funciones esta la de "organizar, administrar y vigilar los establecimientos de detención, penas y medidas de seguridad", esto no quiere decir que este Ministerio sea el responsable por las faltas en que incurran, aún en servicio, funcionarios municipales adscritos al servicio de una cárcel sostenida por un municipio. Distinto sería el caso, de sí por carencia de organización, administración y vigilancia se demandara a la Nación, se le probaran las fallas del servicio, y además de los servicios se estableciera la relación existente entre el hecho causante del daño y la ausencia de organización, administración y vigilancia.

No niega la Sala que en el caso a estudio no existiera una falla del servicio sino que en el caso de existir, por razón de la dependencia del sujeto material del ilícito, tal falla no puede ser imputable a la Nación sino al Distrito Especial de Bogotá, cuyos presupuestos fiscales son totalmente independientes.

No desconoce tampoco la Sala que algunas afinidades funcionales pueden conducir fácilmente a ciertas confusiones que para quienes están en la brega litigiosa pueden pasar inadvertidos o parecer intrascendentes, pero no puede ser la misma la posición del Juez quien desde un campo neutral se siente obligado a fijar pautas, que si bien tienen que ser concretas para cada caso, deben estar impregnadas de un criterio general que permita su aplicación a todos los demás casos similares.

Tales pautas no obedecen a un criterio subjetivo sino que están fijadas de manera abstracta en la ley y específicamente en el derecho que rige el proceso entre cuyos presupuestos para su eficacia lo mismo que para la sentencia de mérito está el de la legitimación en la causa, que en el presente caso han hecho notar su ausencia pasiva, los diferentes órganos jurisdiccionales, que a distintos niveles han intervenido en este proceso.

"Toda relación —ha dicho el ilustre jurista Manuel Rio— constituye una estructura, es decir, una totalidad organizada, en la cual una de las partes integrantes es lo que es porque las otras, a su vez, tienen correlativa naturaleza" (La esencia del Derecho de Justicia y la Ley, pág. 27).

"En el acto reglado —enseña Briseño Sierra— la importancia del procedimiento es máxima, puesto que el funcionario debe apegarse estrictamente al orden de secuencia y a las formalidades establecidas en la ley" (Derecho Procesal, T. II, pág. 169).

A lo anterior se agrega que el recurso que en esta ocasión se estudia es el extraordinario de anulación, y que por ser extraordinario es de carácter excepcional y riguroso su análisis en la concurrencia de

sus requisitos, y que como bien lo dice la fiscalía, en el *sub lite*, el recurso no se ajusta a las exigencias requeridas para su procedencia. No queda duda, en efecto, que el primer cargo se refiere a una norma, que así el recurrente diga lo contrario, no es de carácter sustantivo, como no lo puede ser el señalamiento de unas funciones a la Dirección General de Prisiones "ejercer, de acuerdo con el Ministerio de Justicia la dirección superior, organización y vigilancia de los establecimientos carcelarios". Y no solamente no es ley sustantiva, sino que no se ve en qué forma pudo violar tal señalamiento la sentencia recurrida.

Los otros tres cargos se refieren a la violación de los artículos 16, 20 y 58 de la Constitución, pero en la misma forma no se concretó su violación que por lo demás era muy difícil de concretarla tratándose en el caso presente de una sentencia inhibitoria.

Sobre este particular, conviene recordar lo que ya se dijo en sentencia reciente de la Sala de lo Contencioso Administrativo y en la cual se le dio aplicación a otra anterior. Así, en el negocio de que fue actor Gonzalo Silva, expediente número R-101, se dijo en sentencia de fecha julio 1 de 1988.

"……

"Ante tal circunstancia, si en la sentencia no se ha hecho ningún pronunciamiento de fondo, mal puede violar *directamente*, la Constitución Nacional o la ley sustantiva ya que para la prosperidad del recurso la parte resolutiva de la sentencia debe aparecer en evidente contradicción con tales normas.

"Sobre este particular, tiene ya establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado, y en la discusión del presente negocio aprobó expresamente, su reiteración la Sala, la que a continuación se transcribe:

" 'La Sala destaca con lo expuesto que si la sentencia impugnada no es de mérito (estimatoria o desestimatoria) sino inhibitoria, la violación de la norma sustantiva, en principio, no podrá ser sino indirecta'.

" 'Esta conclusión muestra cómo el recurso de anulación en este punto se separa del de casación, el que en ciertas hipótesis, aunque excepcionales, permite la impugnación de tales fallos por violación directa de normas sustantivas. Se debe esto a que la regulación del mencionado recurso no presenta reglas tan explícitas como las contenidas en los artículos 197 y 199, numeral 3 del Código Contencioso Administrativo para el de anulación, las que, en su orden, precisan que la violación de la norma sustantiva o de la Constitución no podrá ser sino directa, ya que en la formulación del cargo deberá expresarse en todo caso la incidencia que ya ese tipo de infracción tuvo en la parte resolutiva'.

" '……'

" 'Sólo cuando el juzgador considera que se dan los presupuestos para la sentencia de mérito podrá violar con su decisión directamente la ley sustantiva que consagra el derecho pretendido, si no la aplica, la interpreta erróneamente o la aplica indebidamente. Porque, en el

caso contrario, el obstáculo procesal que reconoce el juzgador como impedimento de ese fallo de mérito no le permite hacer la subsunción de los supuestos de hecho alegados en los supuestos de la norma que consagra el derecho reclamado. Y al no hacerlo no podrá hablarse de que violó directamente unas normas que no pudo en forma alguna considerar'.

" 'Lo expuesto da a entender que el recurso no podrá prosperar porque la violación directa de la norma sustantiva no pudo darse en la hipótesis propuesta' (Sentencia de noviembre 11 de 1987. Expediente número R-063, Actor: Adela de Jesús Rivera viuda de Aris, Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo)".

Por todo lo anterior, y sin que sean necesarias otras consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo —Sección Tercera—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Se declara improcedente el recurso interpuesto contra la sentencia de fecha mayo 20 de 1987, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala en sesión de fecha agosto 18 de 1988.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta,* Con aclaración de voto.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

NORMA DE HABILITACION.—

Consejo de Estado.—

Aclaración de voto del Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Número 5241. Actor: Alfonso María Martínez Ruiz y otros.

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 si 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,* mientras 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 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 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 Universitario 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 CONTRADICCION 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 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 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 *JURIDICAMENTE HABILITADA*, por esta norma subsidiaria que SCHREIER ha llamado norma de *HABILITACION*... 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 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 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 alter-

nativa 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 del 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 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 ca-*

recen 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 jurisprudencial, 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.

Septiembre 7 de 1988.

NORMA SUSTANTIVA.— Determinación. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. Técnica.

Los artículos 66, 69 y 73 del Código Contencioso Administrativo —que se ocupa preferentemente de asuntos de tipo adjetivo o procedimental— han de ser considerados como normas legales clasificables dentro del concepto de reglas sustantivas de derecho.

PERSONAL DOCENTE. Limitaciones.

Está vedado ocupar por una misma persona, simultáneamente, pluralidad de cargos docentes de tiempo completo en planteles de enseñanza oficial.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., treinta y uno de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Proyectó: *Doctor Antonio José Arciniegas A.*, Abogado asistente.

Referencia: Expediente número 2122. Recurso extraordinario de anulación. Actor: Manuel del Cristo Gastelbondo Villalobos.

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto mediante apoderado por Manuel del Cristo Gastelbondo Villalobos, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre el 29 de mayo de 1986, que denegó las súplicas de la demanda tendientes a la anulación, con restablecimiento del derecho, del Decreto 595 de 27 de septiembre de 1984, expedido por el Gobernador del mismo Departamento y por el cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del demandante como profesor de tiempo completo del Colegio Departamental de Bachillerato de Chochó, Municipio de Sincelejo.

A) Formulación de los cargos contra la sentencia recurrida:

En el escrito del recurso extraordinario de anulación se formularon los siguientes cargos contra la sentencia que se impugna:

"Cargo primero.

"La sentencia, cuya anulación se persigue con el presente recurso extraordinario, es violatorio del actual Código Administrativo (Decreto 01 de 1984), en sus artículos 66, 69 y 73, por falta de aplicación.

"Artículo 66 del Decreto 01 de 1984.

"La mencionada norma prescribe:

" 'Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

" '1. Por suspensión provisional.

" '2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

" '3. Cuando al cabo de cinco años de estar en firme, la Administración no ha realizado los actos que le corresponda para ejecutarlos.

" '4. Cuando se cumpla la condición resolutoria en que se encuentre sometido el actor.

" '5. Cuando pierdan su vigencia'.

"La sentencia impugnada, en la parte final de las consideraciones (fl. 4), nos dice textualmente:

" 'Para la Sala, la declaratoria de insubsistencia contenida en el Decreto 595 de 27 de septiembre de 1984, acusado, emanado de la Gobernación del Departamento de Sucre, no se produjo como sanción al educador doblemente vinculado como lo afirma su apoderado, sino que se profirió en cumplimiento de la facultad que tiene toda autoridad de enmendar sus propios errores, y, primordialmente, como resultado del deber que tiene de respetar y hacer respetar la Constitución Nacional y las leyes de la República, que, en el presente caso, como se deduce de las transcripciones hechas, prohíben a los docentes recibir más de una asignación proveniente del Erario Público...'

"Está muy bien lo que expresa el honorable Tribunal sobre la facultad que tiene la Administración de corregir su propios errores, pero omite en la sentencia decir, que para corregir esos yerros las mismas leyes fijan el procedimiento para cada caso; y que, en el caso que nos asiste, el Gobernador del Departamento de Sucre no es la persona llamada a calificar la ilegalidad de un acto administrativo, acto-condición, en donde un docente fue nombrado por la persona con facultad para hacerlo, y se posesionó debidamente del cargo; es muy claro que la nulidad o suspensión de tal acto administrativo sólo le compete a la Jurisdicción Contencioso Administrativa; en consecuencia, la sentencia recurrida está refrendando un abuso de autoridad cometido por el Gobernador del Departamento de Sucre, quien sin tener las

facultades de libre nombramiento y remoción de los docentes, desestabilizó económicamente a uno de ellos, declarándoio insubsistente de un cargo, sin llenar los requisitos del Estatuto Docente, que tantas luchas por parte de los maestros y tantos transtornos costó para establecerlo; y no solamente refrendando, como se dijo anteriormente, sino trasladando la facultad jurisdiccional que tiene el Tribunal al Gobernador del Departamento. Porque, el Decreto de insubsistencia cuya nulidad se solicitó en el proceso, aunque no lo diga, lo que está haciendo es partir de la base de que el nombramiento del profesor Gastelbondo en el Colegio San Isidro del Chochó es ilegal, sin que esta ilegalidad haya sido calificada por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que es la que en últimas tiene tal facultad, y es por eso que se puede concluir que la sentencia cuestionada viola no sólo el artículo 66 del Decreto 01 de 1984, sino que también de paso lastima el artículo 55 de la Constitución Nacional por falta de aplicación.

"B. *Artículo 73 del Decreto 01 de 1984.*

"Esta norma preceptúa:

"'*Revocación de actos de carácter particular y concreto.* Cuando un acto administrativo haya modificado o creado una situación jurídica de carácter particular y concreto, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular'.

"'Pero habrá lugar a la revocación de estos actos, cuando resultan de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales'.

"'Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sean necesarios para corregir simples errores aritméticos o de hecho que no incida en el sentido de la decisión'.

"El Decreto 595 de 27 de septiembre de 1984, emanado de la Gobernación del Departamento de Sucre, viola por falta de aplicación el artículo 73 antes aludido, por las siguientes razones que se exponen:

"'El Decreto 127 de 1983, emanado de la Gobernación del Departamento de Sucre por medio del cual fue nombrado mi mandante en el Colegio de Bachillerato San Isidro de Chochó, como se puede observar en el expediente es anterior a la vigencia del Decreto 294 de 1983, artículo 9º, en el cual se apoya la sentencia impugnada para decidir que tal nombramiento es ilegal, crea una situación jurídica particular y concreta en cabeza del profesor Manuel del Cristo Gastelbondo, dándole al mismo tiempo el derecho de permanecer en el cargo asignado; por tanto, dicha sentencia no le dio aplicación al artículo 73 del Decreto 01 de 1984 al negar la nulidad del Decreto 595 de septiembre 27 de 1984 que decretó la insubsistencia de mi mandante y que tácitamente revocaba el Decreto 127 de 1983, emanado también de la Gober-

nación del Departamento de Sucre y la falta de aplicación de tal norma es muy clara, si se tiene en cuenta que el decreto de insubsistencia cogió por sorpresa al actor; a éste no se le informó la decisión que se iba a tomar, ni se le consultó siquiera, sino que se siguió el procedimiento politiquero que desgraciadamente tiene sumida en el atraso y la bancarrota a la provincia colombiana; procedimiento éste que avala la sentencia impugnada, al darle consentimiento tácito a la Administración Departamental para que revoque actos administrativos que han creado derechos en cabeza de ciudadanos colombianos cobijados por la Constitución Nacional, especialmente para el caso del artículo 32. Para concluir con este cargo, es necesario dejar sentado que la revocatoria directa no puede violar derechos de terceros; y más en el caso que nos asiste, que la presunta ilegalidad del decreto que nombró a mi mandante como profesor en el Colegio San Isidro de Chocó, no surgió del docente declarado insubsistente, sino de la Administración; y es que al tenor de lo dispuesto en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, ningún educador se puede declarar insubsistente sin su consentimiento, salvo los casos contemplados en el Estatuto Docente'.

"Cargo segundo.

"La sentencia cuya nulidad se pretende, viola los artículos 28, 31 y 55 del Decreto 2277 de 1979 por falta de aplicación.

"A. *Artículo 28 del Decreto 2277 de 1979.*

"Este artículo reza:

" 'El educador escalafonado al servicio oficial no podrá ser suspendido o excluido del Escalafón. Ningún educador podrá ser aplazado, suspendido o excluido del Escalafón sino por ineficiencia profesional o mala conducta comprobada...'

"Según probanzas en el proceso, reconocidas por el honorable Tribunal en el fallo que puso fin a aquél, el profesor Manuel del Cristo Gastelbondo está inscrito en el Escalafón Nacional en el Grado 11, y lo estaba en el momento de ser declarado insubsistente, del cual no fue ni ha sido excluido. Es por eso, que la sentencia recurrida, al no decretar la nulidad del acto acusado, violó por falta de aplicación el artículo 28 del Decreto 2277 de 1979, ya que aún aceptando la ilegalidad de la doble vinculación en el presente caso, según mandato del Estatuto Docente, para ser declarado insubsistente un educador debe ser previamente excluido del Escalafón, lo que no ocurrió en el caso que nos asiste. Y aquí considero importante consignar, que el Escalafón que ampara a un educador es *uno sólo;* y no se puede estar escalafonado para un cargo y para otro no; a ambos cargos, en el presente caso cobijaba el Escalafón; y son inaceptables, por estar fuera de toda lógica las razones expuestas por el Tribunal en su sentencia, al decir que el educador continúa vinculado al servicio y escalafonado, después de haber sido declarado insubsistente del otro cargo; es indudable que con tal insubsistencia fue lesionado el educador en su estabilidad laboral.

"B. *Artículo 31 del Decreto 2277 de 1979.*

"Como confirmación de las razones expuestas en el aparte anterior del cargo segundo, el artículo 31 preceptúa:

" '*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'. Son idénticas las razones expuestas en el aparte anterior para concluir que ha habido violación de este artículo por falta de aplicación.

"C. *Artículo 55 del Decreto 2277 de 1979.*

"En concordancia con las normas básicas que establecen el fuero especial del Escalafón, la Sección Sexta *ibídem, derecho de defensa,* consagra en el artículo 55 que el docente a quien se inculpe debe conocer las bases y las pruebas para ser llamado a descargos. Esta situación se compagina plenamente con el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo y se puede afirmar en consecuencia, que también ha sido violado este artículo por falta de aplicación.

"Para concluir con el cargo segundo, si la Administración Departamental de Sucre, sólo pretendió corregir sus yerros, como lo dice la sentencia, ha debido recurrir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para que fuera esta la que dejara sin validez el nombramiento del actor en el Colegio San Isidro de Chochó del cual fue declarado insubsistente, tal como lo deja sentado el doctor Leopoldo Domínguez, Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo en su juicioso y acertado salvamento de voto.

"*Cargo tercero.*

"La sentencia es violatoria del artículo 64 de la Constitución Nacional y de los artículos 32 del Decreto 1042 de 1978 y 1713 de 1960, artículo 1º, literal b, por interpretación errónea.

"A. *Artículo 64 de la Constitución Nacional.*

" '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 que para los casos especiales determinan las leyes...'

"B. *Artículo 32 del Decreto 1042 de 1978.*

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

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

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

"C. *Artículo 1º, literal b) del Decreto 1713 de 1960.*

"Nadie podrá recibir más de una asignación del Tesoro Público o de empresa o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo las excepciones que se determinan a continuación: ...b) Los que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal permita el ejercicio de tales cargos.

"El concepto de la violación de las normas transcritas en los diversos literales del cargo tercero se hace conjuntamente por razones método.

"Se fundamenta la sentencia recurrida, en que por el hecho de estar el actor desempeñándose como profesor de tiempo completo en dos planteles oficiales, se está violando el artículo 64 de la Constitución Nacional y el 32 del Decreto 1042 de 1978; y en otro aparte manifiesta que el Escalafón sólo protege al Educador de ser destituido del cargo siempre y cuando haya llegado a él por medios legales, fundamentando además tales aseveraciones con los Decretos 1713 de 1960, artículo 1º y Decreto 294 de 1983, artículo 9º.

"En concepto del recurrente, la sentencia ha interpretado erróneamente el contenido de las normas que se consideran violadas en el cargo tercero, y se hace tal afirmación apoyado en la circunstancia que si bien es cierto que la Constitución Nacional, en el artículo 64 prohíbe percibir más de una asignación, también lo es que allí mismo contempla excepciones; y cuáles son esas excepciones? Nos lo dicen los mismos Decretos 1042 de 1978 y 1713 de 1960, el primero al decir, que salvo que se trate de personas vinculadas al servicio docente con excepción de las que trabajen tiempo completo: Pero a su vez, el Decreto 1713 de 1960, artículo 1º, literal b), prescribe una excepción a la excepción del Decreto 1042, y es que así pueden ser de tiempo completo los dos cargos, siempre y cuando el docente posea título universitario; y en el caso que nos asiste, el profesor Manuel del Cristo Gastelbondo, es licenciado en matemáticas, tal como lo demuestra el grado del Escalafón en que se encuentra.

"Por otra parte, y esto es muy importante tenerlo en cuenta para efectos de interpretar *objetivamente* las normas que regulan esta materia, que el concepto de tiempo completo o jornada completa existente en la Rama Docente no es el mismo que se tiene para otras ramas de la Administración Pública; porque mientras la jornada completa normal es de 8 horas, comprendidas entre las 8 y 12 m., y las 2 y 6 p.m., o jornada continua según el caso, en la Rama Docente la jornada completa se cumple con una intensidad horaria diferente, y con horas de 45 minutos. Entonces, la prohibición de desempeñar dos jornadas completas, antes de existir las tres jornadas que existen en la actualidad, se justificaba, puesto que cabía la posibilidad de que se cruzaran los horarios del docente; pero en la actualidad, que existen jornadas

en la mañana, en la tarde y en la noche, no existe ninguna interferencia entre estos horarios y un docente puede desempeñarlos perfectamente.

"En relación con lo dicho anteriormente, el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en sentencia que posteriormente fue confirmada por el honorable Consejo de Estado, en septiembre 11 de 1979 manifestó: 'Porque mientras no exista superposición horaria como sucede en el presente caso, si se tiene en cuenta que la accionante sirvió en el Colegio Nacional Externado Camilo Torres, en una jornada, tampoco existe incompatibilidad para un profesor docente con título universitario perciba más de una asignación que provenga del Tesoro Público'. Se puede observar, que la anterior sentencia es posterior al Decreto 1042 de 1978.

"En las anteriores condiciones aparece muy clara la errónea interpretación que la sentencia dio al artículo 64 de la Constitución Nacional y los decretos aludidos.

"En todo caso, para finalizar, es preciso dejar muy bien sentado que la demanda presentada para que se declarara nulo el Decreto 595 de septiembre 25 de 1984, que declaró insubsistente a mi mandante, y que terminó con sentencia desestimatoria de tales pretensiones, repito, que esta demanda no se fundamentó en que el doble ejercicio del cargo fuese o no legal, a pesar de que mi mandante por poseer título universitario sí podría desempeñar los cargos, sino en el hecho de que fue declarado insubsistente sin llenar los requisitos exigidos por la ley para los docentes escalafonados, prescritos en el Decreto 2277 de 1979, actual Estatuto Docente, especialmente en sus artículos 28, 31 y 55, y el Decreto 01 de 1984. Y este es precisamente la posición mantenida por el honorable Consejo de Estado en fallos similares sobre insubsistencias de personal docente" (fls. 5 a 12, cuaderno principal).

B) Concepto del Ministerio Público:

La señora Fiscal Quinto de la Corporación, emitió su concepto de fondo en sentido adverso a la prosperidad del recurso interpuesto, estimando que no se da, conforme a los planteamientos del recurrente, la violación directa de normas constitucionales, ni de normas legales sustantivas. Afirmó en sus conclusiones la señora Fiscal lo siguiente:

"Después de analizar los planteamientos del recurrente estima la Fiscalía que en el caso de autos no se da violación directa a normas constitucionales, ni de normas legales sustantivas.

"Es ya jurisprudencia suficientemente conocida y reiterada la que señala que el recurso extraordinario de anulación tiene características y requisitos especiales que deben cumplirse estrictamente y que de ninguna manera puede convertirse en otra instancia, para replantear cuestiones de hecho o de carácter procedimental.

"En el caso de autos la prosperidad del recurso implicaría análisis del material probatorio. Habría que ver los actos de nombramiento del docente en cargos de tiempo completo, los horarios en que desempeñaba sus funciones para saber si existía o no la incompatibilidad para el ejercicio de los cargos.

"Este análisis de pruebas no es de recibo dentro del trámite de un recurso de anulación.

"Además, la parte resolutiva de la sentencia debe aparecer en evidente contradicción con la Constitución o la ley sustantiva.

"A juicio de la Fiscalía el señor Gobernador del Departamento de Sucre tenía la facultad de desvincular al señor Gastelbondo Villalobos mediante la declaratoria de insubsistencia, y de conformidad con lo que para el efecto dispone el artículo 7º del Decreto 2277 de 1979, lo que efectivamente se hizo por Decreto número 595 de 27 de septiembre de 1984, pues se encontraba desempeñando otro cargo docente de tiempo completo en contra de lo previsto en el artículo 9º del Decreto 294 de 1983, según afirma el Tribunal.

"En los anteriores términos esta Agencia del Ministerio Público rinde concepto adverso a la prosperidad del recurso interpuesto" (fls. 43 a 44, cuaderno principal).

Cumplido el trámite de ley no observándose causal alguna de nulidad procesal, se pasa a decidir, mediante las siguientes

Consideraciones:

I. El recurso extraordinario de anulación interpuesto se fundamenta en posible violación de normas legales, cuyo carácter o naturaleza habrá de ser examinada a la luz de lo dispuesto en el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con el artículo 199 *ibídem*. Según ellos, para la prosperidad de este medio de impugnación es menester que los cargos que se formulen al fallo cuestionado se basen en un quebranto directo de disposiciones de índole constitucional o sustantiva, bien por aplicación indebida, bien por falta de aplicación, bien por interpretación errónea, debiéndose, por tanto, descartar aquéllos de carácter fáctico o de tipo procedimental, y siempre que se exprese la incidencia de ellos en la parte resolutiva del proveído. Además, como lo ha reiterado el Consejo de Estado, el recurso extraordinario de anulación no es una instancia más en la que se pueda revisar todo el proceso y estudiar los elementos probatorios que obran en él; ellos sólo podrán ser escudriñados si, de prosperar el recurso, el Consejo asume el papel de Tribunal fallador para lo que atañe a la sentencia que haya de reemplazar a la anulada.

Sobre esos fundamentos, pues, se estudiarán a continuación los cargos del recurrente en el mismo orden que él los endilga.

II. En primer término, dice el libelista que la sentencia del Tribunal de Sucre, viola por falta de aplicación, los artículos 66, 69 y 73 del Código Contencioso Administrativo.

El artículo 66 se refiere a cuándo pierden fuerza ejecutoria los actos administrativos y, a *contrario sensu*, cuándo la mantienen cuando no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción. A su turno, el artículo 69 habla del control de la legalidad que reside en la propia administración, señalando bajo que circunstancia puede revocar sus propias decisiones. Y el artículo 73, por último, trata de como procede la revocación de los actos que crean situaciones particulares y concretas.

Para la Sala, pese a tales disposiciones se hallan en el Código Contencioso Administrativo, que se ocupa preferentemente de asuntos de tipo adjetivo o procedimental, han de ser consideradas como normas legales clasificables dentro del concepto de reglas sustantivas de derecho, por cuanto toca a cada una de ellas precisar las relaciones que surgen entre los administrados y la Administración y viceversa, y, en ese sentido, puede decirse tienen por objeto la determinación de los derechos y la imposición de obligaciones. La naturaleza de una ley, precisa la doctrina, no depende del lugar donde aparece incluida, sino de su objeto o finalidad.

A esa conclusión se llega al examinar qué, persiguen tales artículos del Código Contencioso Administrativo. En efecto, el artículo 66 indica cuándo son obligatorios los actos administrativos —suprema expresión de la voluntad unilateral administrativa del Estado— y cuándo pierden su fuerza ejecutoria; está, por consiguiente demarcando relaciones entre sujetos de derecho, ya de carácter público, y de carácter privado, y de esas relaciones cuya fuente es el acto administrativo, nacen derechos y obligaciones recíprocos. No regula ni gobierna medios para guiar un proceso, sino que está delimitando la vigencia en el tiempo de la más importante fuente de derechos en lo administrativo.

A su vez, el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo reglamenta el derecho que asiste a la Administración de revocar sus propias decisiones cuando se cumplen ciertas circunstancias, de oficio o a solicitud de parte, o sea "cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley", "cuando no estén (los actos) conformes con el interés público o social, o atenten contra él", o "cuando con ellos (los actos) se cause agravio injustificado a una persona". Derecho sustancial de la Administración.

Y en lo atinente al artículo 73 de la misma obra (Decreto-ley 01 de 1984), puede decirse que plasma un derecho sustancial más concreto aún para el administrado, el que consiste en que cuando por un acto administrativo anterior se le ha creado o modificado una situación jurídica particular y concreta, un *status*, no es legal la revocatoria unilateral de la Administración, sino que ésta necesita del consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Está, sin duda, protegiendo "derechos adquiridos con justo título".

Al analizar entonces el cargo del que ahora se ocupa la Sala, se observa que la sentencia acusada estimó, que cuando por Decreto 515 de 1984, la Gobernación de Sucre declaró insubsistente el nombramiento hecho al profesor Manuel del Cristo Gastelblanco Villalobos como docente de tiempo completo en el Colegio Departamental de

Bachillerato de Chochó (Municipio de Sincelejo), lo hizo en virtud de que, coetáneamente desempeñaba, también de tiempo completo, iguales funciones en el Colegio "Simón Araújo" de la ciudad de Sincelejo, con lo cual contraviene —dicen las motivaciones de dicho acto— lo dispuesto en el Decreto 2933 de 1978, artículo 9º del orden nacional. De allí deduce el sentenciador de única instancia que "la declaratoria de insubsistencia contenida en el Decreto 595 de 27 de septiembre de 1984, acusado, emanado de la Gobernación del Departamento de Sucre, no se produjo como sanción al educador doblemente vinculado como lo afirma su apoderado, sino que se profirió en cumplimiento de la facultad que tiene toda autoridad de enmendar sus propios errores y, primordialmente, como resultado del deber que tiene de respetar y hacer respetar la Constitución Nacional y las leyes de la República que, en el presente caso, como se deduce de las transcripciones hechas, prohíben a los docentes recibir más de una asignación proveniente del Erario Público (sic) por el desempeño de cargos de tiempo completo".

De lo anterior se deduce, aunque no lo mencione el Tribunal, que, por el contrario de lo que afirma el recurrente, sí se dio aplicación al artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, dado que estimó el fallador que, al declararse insubsistente el nombramiento al profesor Gastelbondo del cargo de docente de tiempo completo en el colegio de Chochó, la Administración así procedió por ser manifiesta la oposición de dicho nombramiento con disposiciones constitucionales y legales, causal de revocación.

Igualmente, aunque no lo expresase, sin duda desaparecieron los eventuales fundamentos de hecho o de derecho que respaldaban la permanencia en el cargo del profesor Gastelbondo, por lo que, no obstante que no se recalcase la aplicación del artículo 66, sí se cumplió una de las circunstancias para que pierda fuerza ejecutiva un acto administrativo, lo que aunado a lo ya comentado en torno al artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, lleva a concluir que no hubo violación directa, por falta de aplicación, de los artículos 66 y 69.

Y en cuanto al artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, habrá que determinar, con el estudio que se haga de otras normas también sustantivas que el recurrente tiene por quebrantadas, para establecer si ellas confieren *status*, situación jurídica personal y concreta a los educadores, que impidan la revocación unilateral de actos que hayan otorgado esa prerrogativa, y que ante ello, ha debido aplicarse por la sentencia en cuestión.

III. Es de criterio del recurrente que el fallo también vulnera los artículos 28, 31 y 55 del Decreto 2277 de 1979 por falta de aplicación. Aquél prescribe:

> "El educador escalafonado al servicio oficial no podrá ser suspendido o excluido del escalafón. Ningún educador podrá ser aplazado, suspendido o excluido del Escalafón sino por ineficiencia personal o mala conducta comprobada..."

E indica el artículo 31:

"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".

Y el 55 "consagra que el docente a quien se inculpe debe conocer las bases y las pruebas, para ser llamado a descargos" comenta el impugnador.

Más la sentencia objeto del recurso extraordinario de anulación no juzgó en su momento un acto que *suspendiera* o *excluyera* del escalafón a un educador. Se trató, simplemente de un acto que declaró insubsistente el nombramiento hecho a un educador porque el desempeño de ese cargo reñía con normas que, según el mismo acto, prohíben a dichos servidores desempeñar doble tiempo completo en planteles oficiales.

Las normas que acaban de transcribirse se refieren al caso en que el educador, debidamente escalafonado, se encuentra rodeado de ciertas garantías de estabilidad relativa que la ley le reconoce y otorga, en virtud de las cuales sólo puede ser suspendido o excluido del *escalafón* si se comprobare disciplinariamente su ineficiencia profesional o su mala conducta, teniendo derecho a la defensa y a que se le oigan en descargos. Como de eso no se trata, porque al profesor del caso de autos no se le siguió proceso disciplinario alguno, ni se le desvinculó del escalafón, sino de que se le declaró insubsistente sólo respecto de uno de los cargos de tiempo completo que desempeñaba, no ve el Consejo porqué tenía el Tribunal que aplicar tales disposiciones en la sentencia acusada.

IV. Sobre el tercer aspecto de la acusación, o sea, el quebranto de los artículos 64 de la Carta, 32 del Decreto 1042 de 1978 y 1º, literal b) del Decreto 1713 de 1960, por interpretación errónea que expone el recurrente, la Sala ha de detenerse en el análisis que la importancia del asunto requiere, para de allí derivar o concluir lo que corresponda.

El artículo 64 de la Constitución, como regla general, prohíbe "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 esos casos especiales determinan las leyes*. Entiéndese por Tesoro Público el de la Nación, los Departamentos y los Municipios".

Entre las excepciones que la propia norma prevé, el legislador, en cuanto a los docentes, ha establecido:

a) Por Ley 89 de 1982, se señala que no hay incompatibilidad de los maestros y a los profesores para el desempeño de otros cargos públicos, pero dice, a renglón seguido (art. 15) "que el Gobierno puede establecer las excepciones que crea convenientes para el exacto cumplimiento de la función pública";

b) Por Decreto 1713 de 1960, artículo 1º, literal a), se recalca que no hay prohibición para recibir *varias* asignaciones que provengan de establecimientos docentes de carácter oficial, *siempre que no se trate de profesores de tiempo* completo, o sea, que si se trata de éstos si existe la prohibición de devengarlas. Pero el literal b) hace la misma

excepción hasta para dos cargos públicos, *siempre* que el horario normal permita el ejercicio regular de tales cargos. Además, el parágrafo del mismo artículo 1º del Decreto 1713 de 1960, dice que *para los efectos de los literales a) y b), se entiende por horario normal de trabajo la jornada de 8 horas.* A su turno, el artículo 8º *ibídem* dice que el ejercicio de empleos en las distintas ramas del poder público es incompatible con el desempeño de direcciones, decanatos y profesorado de tiempo completo en facultades universitarias del Estado;

c) Por Decreto 541 de 1970, en cuanto a educación media atañe, entiende por "tiempo completo" *la jornada de trabajo del respectivo plantel,* agregando que dentro de ella, los respectivos docentes que tal rango ostentan "deberán permanecer en ellos durante el tiempo que corresponda a la jornada de trabajo del respectivo plantel, para el cumplimiento de sus labores de orientación, docencia, administración y disciplina";

d) Por Decreto 2933 de 1978, artículo 9º, se dispuso: *"De la incompatibilidad para el ejercicio simultáneo de ciertos empleos.* Las personas que actualmente ocupan cargos docentes de tiempo completo en planteles oficiales, así como los que en el futuro se vinculen a cargos de esa naturaleza, sólo podrán ejercer, además de uno de dichos empleos, el de profesor externo por el sistema de horas-cátedra, siempre que los respectivos horarios no se superpongan";

e) Por Decreto-ley 329 de 1981 —febrero—, artículo 12, se dice: "Las personas que actualmente ocupan cargos docentes de tiempo completo en planteles oficiales, así como los que en el futuro se vinculen a cargos de esa naturaleza, sólo podrán ejercer, además de uno de esos empleos, el de profesor externo por el sistema de horas cátedras y siempre que los horarios no se superpongan";

f) Por Decreto 269 de 1982 —enero—, artículo 10 se dice: "Ninguna autoridad educativa podrá ordenar un nombramiento docente de tiempo completo, en favor de personas que estén desempeñando otro de tales características";

g) Por Decreto 294 de 1983, artículo 9º, se reitera: "Ninguna autoridad nominadora educativa podrá ordenar un nombramiento docente de tiempo completo en favor de personas que estén percibiendo remuneraciones por el desempeño de otro cargo de tales características".

Resulta, pues, incuestionable que está vedado ocupar, por una misma persona, simultáneamente, pluralidad de cargos docentes de tiempo completo en planteles de enseñanza oficial, y fue ello lo que interpretó de manera recta el fallo cuestionado, por lo cual lo que ha esgrimido el recurrente, no se acomoda a la realidad de lo que se halla al examen del Consejo en este recurso extraordinario de anulación.

V. No ha habido, entonces, quebranto o violación directos de normas constitucionales o sustantivas en este asunto. Y es cierto que un profesor de enseñanza media, nombrado de tiempo completo en un colegio de la Nación, del Departamento o del Municipio que sean del caso, no puede devengar simultáneamente otro u otros sueldos también de tiempo completo por nombramiento en otros colegios de la Nación, de Departamento o de Municipio alguno, que es lo que sostiene el

fallo recurrido, siguiendo así el criterio que, por demás, sentó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado a 20 de noviembre de 1975. Habrá por ende, que denegar la anulación impetrada.

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 contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre el 29 de mayo de 1986.

No se condena en costas por no haberse causado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 26 de agosto de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Ignacio Reyes Posada,* Conjuez.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO.— NOTIFICACION. VIA GUBERNATIVA. Agotamiento.

Cuando la Administración de cualquier manera impide el normal ejercicio de los controles gubernativos, la ley abre la posibilidad de ocurrir ante la jurisdicción, sin más requisitos.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., siete de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Colaboró: *Fernando González Carrizosa.*

Referencia: Expediente número A-060. Recurso de anulación. Actor: Sociedad "La Angelita Ltda.".

Procede la Sala a desatar el recurso extraordinario de anulación incoado por el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" contra la sentencia proferida por la Sección Primera de la corporación en el proceso de la referencia.

El señor apoderado de dicho Instituto, dentro del término legal, interpuso recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de fecha agosto 31 de 1987, proferida por la Sección Primera de la corporación y mediante la cual se revocó la sentencia de enero 17 de 1986, dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, y se anuló la Resolución 66-001-227-84 de 18 de diciembre de 1984 expedida por la oficina seccional de catastro del mismo Departamento.

Estima el mandatario judicial de la mencionada entidad, que la sentencia impugnada violó los artículos 48 y 135 del Código Contencioso Administrativo (fls. 177 a 182), por falta de aplicación y aplicación indebida respectivamente. En lo relacionado con el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo en el escrito del recurso se hacen las siguientes reflexiones:

"De acuerdo con el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo cuando la parte interesada se da por suficientemente enterada del contenido de la decisión administrativa sanea la falta o irregularidad de la notificación y si no está conforme con la determinación conocida entonces debe utilizar los recursos de la vía gubernativa (reposición y apelación), pues de lo contrario el acto administrativo queda en firme". Contra la Resolución 66-001-227-84 cabían los recursos de reposición y apelación, luego cuando Angelita Ltda., conoció esta providencia (marzo 25 de 1985) debió por lo menos conocer el recurso

de apelación si estaba en desacuerdo con ella, para darle la ocasión al Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" de reestudiar o reanalizar su actuación y también para agotar la vía gubernativa, pues este es requisito indispensable para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa.

"En resumen, la falta de aplicación del artículo 48 del Código Contencioso Administrativo por parte de la sentencia impugnada conlleva a la consideración de que las irregularidades cometidas por el Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' en la notificación de la Resolución 66-001-227-84 no fueron saneadas por el conocimiento suficiente que tuvo Angelita Ltda. de la susodicha providencia y de ahí coligió el sentenciador de segunda instancia que debía pronunciarse de fondo en el asunto debatido. O sea que la falta de aplicación del artículo en mención incide fundamentalmente en la parte resolutiva, pues aplicando esa norma (art. 48 del C. C. A.) se llega a la conclusión de que la jurisdicción contencioso administrativa no puede conocer del asunto, debiéndose declarar inhibido como lo hizo el *a quo*" (fls. 178 y 179).

En cuanto a la violación del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo la parte central de su argumentación es la siguiente:

"Cabe advertir, el cuidado que implica la aplicación del numeral 2 del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, pues no basta una simple afirmación de que no se dio lugar al ejercicio de los recursos sino que debe estar probada esa situación, pues de lo contrario sobraría el requisito de agotamiento de la vía gubernativa para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa ya que el demandante podría afirmar impunemente que la autoridad no le dio la oportunidad de recurrir. Es lógico que la carga de la prueba en este caso corresponde al demandante porque esa parte asevera el hecho del cual pretende aprovecharse y porque a la administración no se le puede obligar a probar las negaciones indefinidas como la contenida en el numeral 2 del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo".

"En síntesis, aunque la Resolución 66-001-227-84 informa de los recursos pertinentes en la vía gubernativa y el 'Instituto Geográfico Agustín Codazzi' estuvo dispuesto a resolverlos, la sociedad Angelita Ltda., no los interpuso, dejando de agotar la vía gubernativa, ahora el *ad quem* le da aplicación al numeral 2 del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo como si hubiera recurrido el fundamento de hecho de esta norma cuando en realidad no sucedió. Se aplicó indebidamente esta disposición y por este camino se autohabilitó el juzgador de segunda instancia para decidir el fondo de la controversia siendo lo procedente confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda" (fls. 180 a 182).

En su alegato de conclusión el recurrente reafirma sus acusaciones con los mismos argumentos que le sirvieron de fundamento a la impugnación (fls. 209 a 213).

El mandatario judicial de la sociedad Angelita Ltda., se opone a la prosperidad del recurso aduciendo que el recurrente se limitó a hacer los mismos cargos de la demanda inicial y por lo tanto lo que

pretende es "convertir el proceso en una instancia más, lo que está vedado por las normas del Código Contencioso Administrativo" (fl. 217.)

Concepto del Ministerio Público:

El señor Fiscal en su vista se opone a las pretensiones del recurrente con las mismas razones y fundamentos del apoderado de la sociedad Angelita Ltda. (fls. 220 a 222).

Se considera:

El recurso extraordinario de anulación, hoy suprimido por el Decreto-ley 597 de 1988, fue instituido para evitar que las sentencias de los Jueces administrativos violaran la Constitución o la ley. Sin embargo este desconocimiento de la normatividad no podía ser de cualquier tipo, ni indiferente a la clase de norma violentada. El artículo 197 del Código Contencioso Administrativo estableció los límites dentro de los cuales se debía mover el fallador cuando dispuso: "Podrá anularse una sentencia por violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva".

El Consejo de Estado con ponencia del que redacta este fallo determinó el alcance de los términos "violación directa" y "ley sustantiva" en la siguiente forma:

"Como lo dice con todo acierto la Fiscalía, el recurso extraordinario de anulación posee características especiales de orden excepcional que deben cumplirse estrictamente para evitar que so pretexto del mismo, los recurrentes conviertan el asunto en una tercera instancia (en los procesos de dos) o en una segunda, en los de única. Característica o nota excepcional que se desprende del hecho de que la sentencia sujeta al mencionado recurso no podrá impugnarse sino por violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva".

"Por esta razón el de anulación es recurso de puro derecho, en el más técnico de los sentidos, que impide al recurrente replantear la cuestión fáctica o de carácter puramente procedimental".

"La violación alegada, como se dijo atrás, no solamente debe ser directa sino referida a las normas sustantivas; vale decir, las que determinan los derechos en su esencia, o consagran los derechos y las obligaciones de las personas (Murcia Ballén. Recurso de Casación Civil, pág. 208); o como lo ha dicho la Corte Suprema, aquellas reglas jurídicas cuyo contenido es la declaración, creación, modificación o extinción de una relación jurídica concreta y que es, por consiguiente, el contenido de las mismas y no su ubicación en uno u otro código, lo que permite calificarlas como sustanciales".

"Y se habla de violación directa por oposición no sólo a la mediata sino también a la indirecta; o sea, que la infracción de la norma sustantiva se haya producido en línea recta, sin obstáculos intermedios".

"En otras palabras el juicio hecho por el Juez sobre su existencia, validez o eficacia con incidencia en la parte resolutiva, no depende ni de la prueba de un determinado supuesto fáctico ni de otra violación medio de carácter procedimental".

"Por esta razón el impugnador en este recurso deberá presentar sus cargos en torno a las normas sustanciales o que estime no aplicadas, aplicadas indebidamente o erróneamente interpretadas; con prescindencia de cualquier consideración que cuestione, o bien el juicio que el juzgador se haya formado en relación con el acervo probatorio o que ponga de presente que la infracción de la norma sustantiva es consecuencia de la violación de otros preceptos de alcance instrumental o procesal" (Expediente R-063. Actor: Adela de Jesús Rivera viuda de Arias, noviembre 11 de 1987).

En el *sub lite* el recurrente solicita que se revoque la sentencia condenatoria de la Sección Primera y en su lugar se confirme el fallo inhibitorio del Tribunal de primera instancia, por falta de agotamiento de la vía gubernativa, ya que según él, aquélla violó los artículos 48 y 135 del Código Contencioso Administrativo.

Son, pues, dos los cargos formulados contra la sentencia; el primero por falta de aplicación del artículo 48 del Código Contencioso Administrativo y el segundo por aplicación indebida del numeral 2 del artículo 135 del mismo código.

En ese orden de ideas, se anota:

Dispone la norma que se dice no fue aplicada por la Sección Primera al dictar el fallo recurrido:

> "Artículo 48. Falta o irregularidad de las notificaciones. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.
>
> "Tampoco producirán efectos legales las decisiones mientras no se hagan las publicaciones respectivas en el caso del artículo 46".

Para la Sala el cargo no está llamado a prosperar, no sólo porque la violación no se observa por parte alguna, sino, principalmente, porque la norma no es de carácter sustancial.

Las normas que regulan las formas de notificación de los actos (personal, por edicto o por conducta concluyente) son meramente instrumentales. El hecho de que sin el cumplimiento de las mismas el acto no produce efectos jurídicos, no quiere significar que la notificación, cualquiera que sea, es la que le da la sustantividad al acto que declara, crea, modifica o extingue una relación jurídica. No, ese valor lo tiene el acto en sí; la notificación sólo determina temporalmente la iniciación de su eficacia.

Además, analizado el planteamiento hecho por el recurrente, salta a la vista su defectuosa formulación. Es evidente que tanto el Tribunal en su fallo de primera instancia como la Sección Primera en la sen-

tencia recurrida aplicaron la norma, aunque le dieron un alcance diferente. Luego, de haberse presentado su violación esta sería por interpretación errónea.

Y en gracia de discusión (aceptando su sustantividad) tampoco podría anularse la sentencia porque la Sección Primera hizo bien en darle el alcance que le dio a ese artículo 48. Cuando la administración de cualquier manera impide el normal ejercicio de los controles gubernativos (y una forma sería la de no hacer nada para notificar personalmente la decisión administrativa) la ley abre la posibilidad de ocurrir ante la jurisdicción, sin más requisitos.

No basta indicar en el acto los recursos procedentes. Es menester que personalmente se le haga saber al administrado cuáles son y en qué oportunidad puede interponerlos. Este aspecto no cabe dentro del principio de que la ley se presume —de derecho— conocida de todos.

Si se le entorpece el ejercicio de los citados controles por la no notificación del acto o su defectuosa notificación, la notificación por conducta concluyente, que constituye una preciosa garantía procesal para el administrado y en cierta forma una sanción para la administración incumplida, le permite a aquél, a su opción, interponer los recursos gubernativos de ley a partir de su conocimiento o acudir directamente a la jurisdicción administrativa.

Lo expuesto muestra que este cargo está íntimamente vinculado con el segundo, o sea, con el de violación del numeral 2º del artículo 135, que a la letra dice:

> "Para que los particulares puedan ocurrir ante los organismos de la jurisdicción contencioso administrativa a solicitar la nulidad de actos administrativos unilaterales y definitivos de carácter particular y concreto, será necesario:
>
> "1. .....
>
> "2. Que las autoridades no hubieran dado la oportunidad de ejercer los recursos existentes".

El texto tampoco deja dudas sobre su carácter procesal y su vinculación con el 48 estudiado es obvia.

No obstante se observa:

La oportunidad para interponer los recursos la señala la misma ley y ella se inicia con la notificación personal del acto al interesado. Si la Administración no la cumple, sino que acude a otra forma no autorizada o autorizada en subsidio, estará impidiendo el ejercicio de los recursos y no podrá alegar en su favor, como sucedió en el caso *sub júdice*, el no agotamiento de la vía gubernativa. En este campo también cabe recordar el aforismo *"nemo auditur propriam turpitudinem allegans"*.

Además y como reflexión final se observa:

El alegato del recurrente muestra que lo que quiere no es otra cosa que una nueva instancia. Es tan evidente esta aseveración que

este escrito se reduce a contradecir tanto los argumentos expuestos por la parte actora en la sustentación del recurso de apelación (a fl. 126) como los fundamentos de la sentencia recurrida.

En ese punto la Sala prohíja lo expuesto por el demandante en su alegato de oposición al recurso. Allí se lee:

"Son dos los cargos que plantea el recurso y a los cuales en el mismo orden hago referencia. En el primero de ellos se dice que la sentencia materia del recurso de anulación violó el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo por falta de aplicación, pues según el recurrente la parte actora si tuvo conocimiento de la existencia del acto administrativo acusado, el 28 de marzo de 1985 donde debió aunque fuera extemporáneamente interponer el recurso de apelación en lugar de recurrir directamente a ejercer la acción contenciosa administrativa, so pena de no haber agotado la vía gubernativa.

"Es pues como se puede leer fácilmente el mismo argumento que esgrimió el Tribunal Administrativo de Risaralda en la sentencia de 17 de enero de 1986, para declararse inhibido para fallar sobre el fondo del asunto debatido, la cual fue objeto de revocatoria por parte del honorable Consejo de Estado en la providencia de 31 de agosto de 1987, Sección Primera, que se encuentra ejecutoriada legalmente.

"Sería entonces ni más ni menos como lo pretende el recurrente con el recurso de anulación que aquí se examina, convertir el proceso en una tercera instancia, lo cual no está permitido por las normas de nuestro Código Contencioso Administrativo.

"Ya lo ha dicho insistentemente esa honorable Corporación que el recurso de anulación no puede considerarse como una instancia más del proceso para volver sobre los mismos hechos que fueron materia de controversia y decisión, sino que por el contrario su finalidad es bien distinta y está limitada únicamente a la violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva, pero nunca a la ley de procedimiento como se configura en el presente caso, razón por la cual el recurso no está llamado a prosperar y debe rechazarse de plano por no reunir las exigencias legales correspondientes".

Por lo expuesto la 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 de agosto 31 de 1987, dictado por la Sección Primera de esta Corporación, en el proceso de la referencia.

Sin costas.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 30 de agosto de 1988.

Carmelo Martínez Conn, Presidente; *Carlos Betancur Jaramillo, Jaime Abella Zárate,* Con aclaración de voto; *Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Antonio José de Irisarri Restrepo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penen Deltieure, Alvaro Lecompte Luna,* Con aclaración de voto; *Euclides Londoño Cardona,* Con aclaración de voto; *José Ignacio Narváez García, Carlos Ramírez Arcila, Consuelo Sarria Olcos,* Con aclaración de voto; *Julio César Uribe Acosta,* Con aclaración de voto.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

ACTO ADMINISTRATIVO.— NOTIFICACION.

El sentido natural y obvio del numeral 2º del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo indica que equivale a no permitir en alguna forma la vía de reclamación que la ley le otorga al ciudadano.

Notificación por conducta concluyente: Su efecto no es el poder acudir directamente a la jurisdicción en una especie de recurso per saltum, *sino el de utilizar los recursos de que hubiera gozado de haberse realizado en forma normal la notificación.*

La interpretación errada del artículo 48 lleva a una también equivocada interpretación del literal b) del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo que autoriza acudir a la jurisdicción "cuando las autoridades no hubieren dado oportunidad de ejercer los recursos existentes". El sentido natural y obvio de esta frase indica que equivale a no permitir o impedir en alguna forma la vía de reclamación que la ley le otorga al ciudadano. Supone la existencia de una actuación arbitraria del funcionario.

Aclaración de voto de los *doctores Consuelo Sarria Olcos y Jaime Abella Zárate.*

Bogotá, D. E., doce de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Referencia: Expediente número A-60. Actor: Sociedad "La Angelita Ltda.". Recurso de anulación.

Aunque la Sala convino en calificar el aspecto central de este negocio en procesal no solucionable por la vía del recurso extraordinario de anulación, consideramos necesario expresar nuestro desacuerdo con la interpretación que hace la providencia (así como la sentencia de la Sección Primera de agosto 3 de 1987), del artículo 48 del Código Contencioso Administrativo y del literal b) del artículo 135 en lo tocante a la notificación de los actos por conducta concluyente y el agotamiento de la vía gubernativa como condición para llegar a esta jurisdicción.

En el citado artículo 48 se consagra la "eficacia" del acto administrativo, con todas las consecuencias que de ello se derivan, a partir de la notificación bien hecha del mismo; la falta o la irregularidad en la notificación la sanciona con la falta de eficacia del acto. Estos conceptos los consagra la primera parte del artículo cuando dice:

"Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión..."

De allí se deriva que el acto no notificado o mal notificado no es nulo sino ineficaz.

A continuación el artículo regula la situación del ciudadano que llega a conocer del acto administrativo sin que se le haya hecho notificación en debida forma y la ley le da una opción: Obedecer y cumplir el acto sin protesta alguna o utilizar los recursos legales.

Esta parte final del artículo que indica uno de los extremos de la opción cuando expresa "...o utilice en tiempo los recursos legales", debe interpretarse en el sentido de que se trata de los recursos que proceden en caso de haberse hecho normalmente la notificación, o sea, los mismos de que hubiera gozado de haberse realizado ésta en forma normal. No hay nada en el texto que haga suponer recursos distintos, especiales o extraordinarios, de donde se concluye que "los recursos legales" de que trata esta norma son, en primer lugar, los que corresponden por la vía gubernativa (los de reposición y apelación, según la regla general).

Menos aún puede afirmarse que de la norma comentada surge el acceso a la jurisdicción en forma directa como en una especie de recurso *per saltum*. Esto en ninguna parte lo insinúa el texto legal.

Al contrario, tal interpretación lleva a una también equivocada interpretación del literal b) del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, como pasa a exponerse:

Consagra este artículo el principio de previa contradicción o debate entre administrado y administración con relación al acto particular, principio al cual ya se había referido de manera general el artículo 82 al enseñar que esta jurisdicción está instituida para dirimir las controversias originadas en la actividad administrativa de donde se infiere que, en principio, si no existió controversia carece de objeto la intervención de la jurisdicción.

Por eso el artículo 135 se refiere en primer lugar al agotamiento de la vía gubernativa como condición para ocurrir ante órganos jurisdiccionales. Y el concepto de "agotar vía gubernativa" está previamente señalado en los artículos 63 y 62 como uno de los casos en que los actos adquieren firmeza cuando contra ellos no procede ningún recurso o fueron decididos los que se interpusieron.

Eso es lo normal, pero adicionalmente este mismo artículo 135 autoriza el acceso a la jurisdicción en dos casos especiales: Cuando se ha operado el silencio frente a los recursos interpuestos (art. 60) y cuando "las autoridades no hubieren dado oportunidad de ejercer los recursos existentes".

El sentido natural y obvio de esta última frase indica que equivale a no permitir o impedir en alguna forma la vía de reclamación que la ley le otorga al ciudadano. Supone la existencia de una actuación arbitraria del funcionario para impedir el ejercicio de un derecho consagrado en la ley.

Pero el solo hecho de omitir la notificación o incurrir en irregularidades en ella, no equivale a "no dar oportunidad" o impedir el ejercicio de los recursos.

La lógica indica que el ciudadano debe reclamar ante la propia administración por la falta o las fallas de la diligencia de notificación y en caso de demostrarlas, aquélla no podrá alegar extemporaneidad en la interposición del recurso, pues precisamente esta es la utilidad de la figura de la notificación por conducta concluyente.

En los anteriores comentarios justificamos nuestro respetuoso pero firme desacuerdo con la tesis expuesta en el fallo, en el sentido de que la no notificación del acto o su defectuosa notificación permiten al administrado acudir directamente a la jurisdicción administrativa.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate.

Aclaración de voto del *doctor Euclides Londoño Cardona.*

Referencia: Expediente número A-060. Actor: Sociedad "La Angelita Ltda.". Recurso de anulación.

Las consideraciones que el suscrito Consejero tuvo en cuenta para votar afirmativamente la ponencia presentada por el honorable Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo en el proceso de la referencia, están recogidas de manera razonada, juiciosa y cabal en la aclaración de voto de los honorables Consejeros doctores Consuelo Sarria Olcos y Jaime Abella Zárate, en el escrito que obra de folios 236 a 239. Por tal razón, no habiendo argumentaciones adicionales para abundar sobre el tema, acoge el contexto integral de dicha aclaración de voto, como fundamento de la suya.

Bogotá, D. E., dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Euclides Londoño Cardona.

ACTO ADMINISTRATIVO.— NOTIFICACION.

El acto que no haya sido notificado conforme a los requisitos legales, no producirá efectos, no es eficaz.

Aclaración de voto del Consejero *Alvaro Lecompte Luna* en la sentencia de siete (7) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, durante la sesión de treinta (30) de agosto de dicho año.

Referencia: Expediente número A-060. Recurso extraordinario de anulación. Actor y recurrente: Sociedad "La Angelita Ltda.".

Pese a que el suscrito Consejero coincide con la no prosperidad del recurso extraordinario de anulación que acogió la Sala, con todo respeto se aparta de algunas de las motivaciones y de la manera como se plantean ciertas conclusiones acogidas en su texto, a saber:

a) La interpretación del artículo 48 del Código Contencioso Administrativo vigente y del literal b) del artículo 135 *ibídem*. Dice aquél: "Sin el lleno de los anteriores requisitos (o sea, los descritos en los arts. 43, 44, 45, 46 y 47) *no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión*, a menos que la parte interesada, *dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales*. Tampoco producirá efectos legales las decisiones mientras no se hagan las publicaciones respectivas en el caso del artículo 46" (subrayas y paréntesis no son del texto transcrito).

Esto significa, en inteligencia del suscrito, que el acto que no haya sido notificado conforme a los requisitos legales, *no producirá efectos, no es eficaz, mas ello no quiere decir que sea nulo*, si bien pueda ser declarado tal por defecto de algunos de sus caracteres básicos, pero no, se repite, por la ausencia de la notificación, incluyendo en esta noción la denominada "notificación por conducta concluyente" que también contempla la norma. La notificación de un acto que haya debido serlo no influye en su existencia o en su validez y goza de sus prerrogativas o presunciones esenciales, puesto que la falta de notificación en forma sólo impide su operatividad, dado que la notificación no es una propiedad ni una cualidad inseparable del acto en sí considerado. Es algo contingente que puede existir o no. Es más: Es, en lógica, posterior al acto en sí mismo considerado.

Claro es que la no notificación obstruye la posibilidad de ocurrir ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo como dice el

artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, pero esto sucede precisamente porque el acto es ineficaz, y la posibilidad de ocurrir a la jurisdicción es uno de los efectos del acto debidamente notificado cuando necesita de ese elemento contingente denominado por los doctrinantes "ejecutoriedad".

A grandes rasgos, pues, el suscrito está de acuerdo con la aclaración de votos de los honorables Consejeros doctores Consuelo Sarria Olcos y Jaime Abella Zárate y a ella se remite para mayores y mejores explicaciones de su pensamiento;

b) Por otra parte, toda sentencia, incluyendo la que ponga fin a un recurso judicial, ordinario o extraordinario, ha de ser un silogismo y de allí que deba constar, en ese orden, de una premisa mayor, de una premisa menor y de una conclusión, pero no, en sentir del suscrito, en forma inversa.

Si se ha hecho énfasis en esto que apreció el suscrito en la redacción de la aludida providencia, ha sido quizá fruto de su manía de perfeccionismo jurídico y judicial;

c) Sea pertinente aclarar, por último, que el suscrito está perfectamente concorde, como ya indicó, con la no prosperidad del recurso extraordinario de anulación, pues lo que ha dicho en los acápites anteriores son temas de índole adjetiva o accesoria, ajenos a la causal única precisada por el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo.

Respetuosamente,

Alvaro Lecompte Luna.

Bogotá, D. E., 15 de septiembre de 1988.

NORMA DE HABILITACION.—

Consejo de Estado.—

Aclaración de voto del Consejero ponente *doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Número A-060. Actor: Sociedad "La Angelita Ltda.".

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 procesos 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,* mientras 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 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 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 Universitario 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 CONTRADICCION 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 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 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 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 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 *HABILITACION*...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 SENTECIAS 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 desaprobatorio 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 creción 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 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 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, *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 del 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 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, 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 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 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 les 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.

Septiembre 21 de 1988.

CADUCIDAD.— Término.

El momento en que comienza a correr el término de caducidad, es aquel en el cual el afectado se entera de la decisión administrativa ya sea por su publicación, por su notificación, por su conocimiento o por su ejecución, según el acto de que se trate.

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., veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente número R-083. Actor: Luis Ramón Castañeda Contreras. Recurso de anulación.

El señor Luis Ramón Castañeda Contreras, por conducto de apoderado especial, dentro de la oportunidad señalada para ello interpuso el recurso extraordinario de anulación previsto en el artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, vigente en ese entonces, contra la sentencia proferida por la Sección Segunda de la Sala Contenciosa de esta Corporación con fecha 24 de abril de 1985, por medio de la cual se declaró la caducidad de la acción de plena jurisdicción por aquél ejercitada y tendiente a abtener la nulidad de los actos administrativos proferidos por el Instituto de Crédito Territorial por medio de los cuales se le separó del servicio público, y el consiguiente restablecimiento del derecho.

Contra la sentencia impugnada formula el recurrente, por separado, 4 cargos que bien pueden reducirse a 3, a saber:

I. Violación directa del artículo 26 de la Constitución Política de la República y de los artículos 128 y 131, numeral 6, del Decreto-ley 01 de 1984 (C. C. A.), en razón de haber conocido y resuelto el Consejo de Estado a través de la Sección Segunda de su Sala Contenciosa, la acción de restablecimiento de derecho promovida ante ella por el actor, estando la competencia radicada "en primera instancia" en los Tribunales Administrativos, concretamente en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

II. Violación directa del artículo 152, numerales 2 y 4 del Código de Procedimiento Civil, por carecer el Juez de competencia para dictar la sentencia recurrida, y por haberse seguido un procedimiento distinto del que legalmente le correspondía al proceso.

III. Violación directa del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto la Sección Segunda del Consejo de Estado contó el término de caducidad de la acción desde el 16 de mayo de 1983, fecha de comunicación del último acto administrativo acusado, y no desde el 14 de junio del mismo año, día hasta el cual laboró el actor al servicio de la demandada y se le pagaron los salarios y prestaciones sociales correspondientes a su empleo. Es decir, por haber tomado como punto de partida del término de caducidad de la acción, la fecha de comunicación del acto demandado supuestamente ilegal, y no la ejecución del acto, o sea aquella hasta la cual prestó efectivamente sus servicios y se le reconocieron salarios y prestaciones sociales.

Ordenada la reconstrucción del proceso, destruido como consecuencia de los luctuosos acontecimientos de 6 y 7 de noviembre de 1985, mediante proveído de noviembre 6 de 1986 se admitió el recurso extraordinario de anulación, interpuesto por el actor, "por reunir los requisitos exigidos por los artículos 196 y siguientes", el cual debe decidirse mediante ponencia redactada por el Consejero a quien correspondió el negocio en reparto efectuado el 2 de junio del corriente año. No obstante los notorios defectos que en su formulación contiene el escrito en el cual se planteó a los cuales ahora no es del caso referirse por no ser ésta la oportunidad procesal para ello, se procede al estudio de los cargos formulados contra la sentencia, en la siguiente forma:

Primer cargo: Violación directa del artículo 26 de la Constitución Política y de los artículos 128 y 131-6 del Código Contencioso Administrativo.

Para la Sala es claro e incontrovertible que tratándose de una acción de plena jurisdicción —denominación que el C. C. A. de 1941 le daba a la actual acción de restablecimiento de derecho— de carácter laboral no proveniente de un contrato de trabajo, correspondía conocer de ella, desde su iniciación, a la Sección Segunda del Consejo de Estado, por virtud de lo dispuesto en el artículo 30, ordinal 1, literal g), del Decreto-ley 528 de 1964, modificatorio del artículo 34 de la Ley 167 de 1941 que señalaba la competencia del Consejo de Estado, en razón de que: 1. La entidad demandada es el Instituto de Crédito Territorial, establecimiento público del orden nacional; 2. La acción promovida es una de plena jurisdicción de carácter laboral, no proveniente de un contrato de trabajo en la cual se controvierte un acto del orden nacional; y 3. La cuantía de la acción en el momento de su iniciación, o sea, el 14 de octubre de 1983, era superior a los $ 50.000.00 señalados en el precitado artículo 30, ordinal 1, literal g), del Decreto-ley 528 de 1964, aumentados a $ 150.000.00 por el artículo 12 de la Ley 22 de 1977 y efectuada la liquidación conforme a lo preceptuado en el Decreto reglamentario 2061 de 1965, artículo 2º, literal b), es decir, la suma de los emolumentos debidos, según la propia estimación que se hizo en el libelo, desde que se causaron hasta

la presentación de la misma (el actor devengaba un sueldo superior a los $ 50.000.00 según lo expresó el apoderado del actor, y la demanda se presentó cuando habían transcurrido más de 3 meses).

El planteamiento del actor, según el cual el proceso no debía haber sido fallado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, porque, de un lado, conforme al artículo 128 del Código Contencioso Administrativo actual (Decreto-ley 01 de 1984) esta clase de juicios no están expresamente atribuidos a la Corporación en única instancia, y porque, de otro lado, el artículo 131, numeral 6, literal b), del actual Código Contencioso Administrativo le asigna la competencia "en primera instancia" (sic) a los Tribunales Administrativos, concretamente al de Cundinamarca, no es admisible, porque el inciso final del artículo 266 del Decreto-ley 01 de 1984, al prever y reglar lo atinente al tránsito de legislación, expresamente dispuso: "...los procesos existentes que eran de única instancia ante el Consejo de Estado y que según este Código deban tener dos seguirán siendo conocidos y fallados por dicha Corporación".

El actor, en su propósito de sacar avante el cargo que formula contra la sentencia recurrida, no tiene inconveniente en pretender inducir a error al juzgador al expresar que el negocio le correspondía en primera instancia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, conforme a lo previsto en el artículo 131 del Código Contencioso Administrativo, cuando es evidente que dicha norma señala los procesos de conocimiento de los Tribunales Administrativos en única instancia. Sin embargo, como ya se expresó, es claro que el proceso en el momento de su iniciación era de conocimiento del Consejo de Estado en única instancia y que en virtud de haber entrado a regir el Decreto 01 de 1984, el día 1º de marzo de ese mismo año, sería un juicio que debía tener dos instancias, y en tales condiciones conforme a lo señalado en el precitado artículo 266 del Código Contencioso Administrativo no debía ser remitido al Tribunal Administrativo correspondiente sino que debía seguir siendo conocido y fallado por el Consejo de Estado, como efectivamente lo hizo.

En consecuencia, debe concluirse que la Sección Segunda de esta Corporación no quebrantó el artículo 26 de la Carta que garantiza el debido proceso, ni los artículos 128 y 131-6 —debió haberse indicado el artículo 132-6— del Decreto-ley 01 de 1984, al continuar tramitando y fallar el proceso que culminó con la sentencia impugnada.

Por lo dicho no prospera el cargo formulado.

Segundo cargo: Violación directa de los numerales 2 y 4 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil por carecer el Consejo de Estado de competencia para dictar la sentencia y haberse seguido un procedimiento distinto al que legalmente le correspondía.

Este cargo tampoco está llamado a prosperar, por las mismas consideraciones expuestas al analizar y rechazar el 1º de los cargos formulados contra la sentencia recurrida, o sea, en síntesis, que la Sección Segunda del Consejo de Estado sí era competente para continuar tramitando y fallar la contención planteada ante ella durante la vigencia del artículo 30 del Decreto-ley 528 de 1964, subrogatorio del

artículo 34 de la Ley 167 de 1941, según lo preceptuado en el inciso final del artículo 266 del Decreto-ley 01 de 1984, porque el proceso debía tener dos instancias según el nuevo estatuto contencioso administrativo (art. 132, numeral 6), ya que el sueldo del actor era superior a los $ 50.000.00 mensuales que rigieron como factor de competencia, desde el 1º de marzo de 1984 hasta el 31 de diciembre de 1985, cuando la cuantía se aumentó de $ 50.000.00 a $ 80.000.00 por el Decreto 3687 de 1985, y porque, además, la cita del artículo 131-6 del Código Contencioso Administrativo, fue equivocada.

En consecuencia, no prospera el cargo formulado.

Tercer cargo: Violación directa del artículo 136, inciso 2 del Código Contencioso Administrativo, por haberse contado en la sentencia el término de caducidad de la acción desde el día de la comunicación del acto acusado, y no desde su ejecución.

Para decidir sobre la procedencia o improcedencia de este cargo formulado contra la sentencia debe precisarse, en primer término, si la norma contenida en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo que consagra el término de caducidad de las diferentes pretensiones que se pueden plantear en la acción contenciosa administrativa, es de carácter sustancial, o por el contrario es de carácter adjetivo o procesal.

Sobre el particular la Sala reitera lo dicho en providencia de 7 de marzo del corriente año (Expediente número R-018, Ponente doctor Antonio José de Irisarri Restrepo, actor: Luis Bernardo Uribe), con motivo del recurso extraordinario de anulación formulado contra sentencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, por la cual se había declarado la caducidad de la acción instaurada. Dijo el Consejo de Estado en esa oportunidad:

> "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".

Partiendo de ese supuesto, es decir, el de que la disposición contenida en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo es de carácter sustancial, se procede a estudiar el cargo de violación directa del mismo por haberse contado en la sentencia recurrida el término de caducidad de la acción ejercitada, desde el día de la comunicación del acto administrativo acusado, y no desde su ejecución.

En relación con ello, esta Corporación en la misma providencia atrás citada que lleva fecha siete (7) de marzo del presente año, se pronunció en los siguientes términos:

"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 ineficiencia 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. 6, 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 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, 26, 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 1 y 2 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 pretende 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;

" '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 pretenda por la vía jurisdiccional;

" 'd) A partir de la notificación:

" '1. De la decisión cuestionada, cuando contra ella no procede ningún recurso por la vía gubernativa (art. 62, ordinal 1 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 1).

" '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 está en 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.).

" '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' ".

Los planteamientos hechos por esta Corporación en la sentencia parcialmente transcrita, reiteran lo que sobre el particular había expresado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 7 de abril de 1960, ponencia del Consejero doctor Carlos Gustavo Arrieta, Expediente número 66, Actor: Baudilio Bernal Guzmán y otros, en donde se expresó:

> "Prescribe el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo —se refiere a la Ley 167 de 1941— que la acción encaminada a obtener la reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de los 4 meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto. Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia por medio de las cuales fueron reemplazados los demandantes de los cargos de Magistrados de los Tribunales Superiores que venían desempeñando no requerían notificación ni estaban sometidas al requisito de la publicación en la forma que lo exige el Código Contencioso Administrativo. De acuerdo con este planteamiento, el término de caducidad de la acción se inicia con la ejecución del acto, es decir, con la posesión de las personas que hayan sustituido a los actores" (*Anales* Tomo LXII números 387-391, página 7, Criterio acogido por la Sección Segunda de la Sala Contenciosa, ponencia del Consejero doctor Eduardo Aguilar Vélez, actor: José Domingo Wilches Sales, fechada el 28 de septiembre de 1969).

La Corporación considera que las anteriores concepciones jurisprudenciales deben mantenerse, ahora con mayor razón en presencia de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 136 del Decreto-ley 01 de 1984, que hizo mención expresa de la *comunicación* del acto administrativo, pero sin prescindir de la *ejecución* del mismo como momento a partir del cual empieza a correr el término de caducidad de una acción de restablecimiento del derecho. Sin embargo, cabe precisar lo que allí se dijo sobre el aspecto ejecución del acto, en el siguiente sentido: El término de caducidad de la acción de restablecimiento de derecho de carácter laboral-administrativo debe contarse a partir de la ejecución del acto, y no de la fecha de su comunicación, cuando quiera que el funcionario público separado del servicio continúa en él con la adquiescencia de la administración pública en donde presta sus servicios y por ello se le cancelan salarios y se le reconoce dicho lapso para efectos prestacionales, como en el caso que nos ocupa, pues es en ese momento en que hace dejación del empleo y deja de percibir salarios y prestaciones sociales, cuando realmente sufre el perjuicio cuyo resarcimiento busca a través de la acción contenciosa pertinente.

En otras palabras, la ejecución del acto no sólo juega papel para efectos del término de caducidad de la acción, cuando la administración no dio oportunidad de ejercer los recursos existentes y ejecuta respecto del administrado el acto sin haberlo notificado, ni comunicado, ni publicado según el caso, sino igualmente cuando el acto administrativo, comunicado, notificado, o no, sólo es ejecutado por la Administración tiempo después de haberlo puesto en conocimiento del empleado público separado del servicio por declaratoria de insubsistencia, revocación del nombramiento, destitución, etc., y hasta entonces

reconoce al servidor público sus salarios y las prestaciones sociales que corresponda, pues, se repite, es esa ejecución la que determina el perjuicio que se busca restablecer con la acción judicial.

En consecuencia, está llamado a prosperar el cargo formulado contra la sentencia de la Sección, y 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. 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 corresponde (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, con fecha 24 de abril de 1985.

Segundo. Reconstrúyase el expediente a efecto de dictar la sentencia que debe sustituir la anulada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y una vez en firme este proveído devuélvase el expediente al Despacho.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día veinte (20) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Carmelo Martínez Conn, Ausente; *Antonio José de Irisarri Restrepo, Jaime Abella Zárate, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Hernando Herrera Vergara,* Conjuez; *Miguel González Rodríguez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona,* Con salvamento de voto; *José Ignacio Narváez García, Jorge Penen Deltieure, Carlos Ramírez Arcila,* Con salvamento de voto; *Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos,* Con salvamento de voto; *Amado Gutiérrez Velásquez,* Con salvamento de voto; *Julio César Uribe Acosta,* Con salvamento de voto.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

CADUCIDAD.— Término.

El momento en que comienza a correr el término de caducidad, 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.

CADUCIDAD. Naturaleza jurídica.

No es posible invocar como norma violada para efectos del recurso de anulación, la que regula la oportunidad para ejercer la acción, por no ser de carácter sustancial.

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

Salvamento de voto de la *doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación R-083. Actor: Luis Ramón Castañeda Contreras.

Las mismas razones que me llevaron a salvar el voto en la sentencia de 7 de marzo pasado, en el expediente número R-018, actor: Luis Bernardo Uribe, y la cual sirve de fundamento a la que resuelve el presente negocio, son las que debo plantear como fundamento de mi respetuosa discrepancia. Ellas son:

1. La oportunidad para presentar una demanda, forma parte de los requisitos y formalidades que debe reunir para ser admitida y esa oportunidad está definida a través de *la caducidad,* y define el lapso dentro del cual ésta debe interponerse.

Se determina así "el tiempo" que el administrado tiene para hacer valer sus derechos, y este aspecto como los requisitos formales, de trámite, probatorios, de competencia, etc., constituye cuestión puramente procesal.

Así cuando el particular no cumple con la norma que le define la oportunidad para ejercer sus acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no puede afirmarse que se extinguió su derecho, sino que se trata simplemente del no ejercicio de una posibilidad de acción que la ley le reconoce.

Por lo anterior, a la luz del artículo 197 del Decreto 01 de 1984, no es posible invocar como norma violada para efectos del recurso

de anulación, la que regula *la oportunidad* para ejercer la acción, por no ser de carácter sustancial y por ello el recurso no ha debido prosperar.

2. El mismo cuestionamiento es válido, con relación al cargo que en la sentencia cuestionada se analiza, sobre *la competencia* del Consejo de Estado, Sección Segunda, para resolver la controversia de la instancia, por tratarse también, la que regula la competencia de los Jueces, de una norma de carácter procesal.

3. 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 un acto administrativo por el cual se declara la insubsistencia de un nombramiento, la providencia aprobada por la Sala afirma, que, la caducidad de la acción se debe contar desde la ejecución y no desde su comunicación.

Afirma 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 julio 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 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.

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 precisamente de la cesación en el ejercicio de su cargo.

4. Por otra parte, es del caso recordar que tal como lo ha dicho en forma reiterada la Sala Plena Contenciosa, el recurso de anulación no puede prosperar cuando la sentencia recurrida es inhibitoria.

La sentencia aquí recurrida no contiene pronunciamiento de fondo, se refiere únicamente a la caducidad de la acción y sin embargo, para la Sala prospera el recurso interpuesto.

Así las cosas, en el caso de autos, el recurso de anulación no ha debido prosperar, toda vez que se interpuso enfrente a una sentencia que no contiene pronunciamiento de fondo, que se alegó violación de normas de carácter procesal y que no hubo desconocimiento de la norma que regula la oportunidad de la acción.

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha *ut supra.*

CADUCIDAD.— Naturaleza jurídica.

La caducidad es norma de carácter procesal.

Salvamento de voto de los Consejeros *doctores Carlos Ramírez Arcila, Amado Gutiérrez Velásquez y Euclides Londoño Cardona.*

Referencia: Expediente número R-083. Actor: Luis Ramón Castañeda Contreras. Sentencia de fecha 21 de septiembre de 1988.

Con todo el respeto que se merece la decisión mayoritaria, los suscritos Consejeros nos apartamos del criterio expuesto en la motivación del fallo de la referencia y consecuentemente de su resultado, en cuanto se relaciona con el punto de la sustantividad del instituto de la "caducidad".

Comenzamos por reconocer que el ponente tuvo que sortear la dificultad que para él implicaba el volver atrás respecto de un criterio jurisprudencial recientemente rectificado, lo cual lo condujo a seguir una lógica de conducta con independencia de la precisión conceptual.

En el fallo objeto del presente salvamento, se reitera lo ya aprobado por la Sala en providencia de 7 de marzo del corriente año (Expediente número R-018), con ponencia del Consejero doctor Antonio José de Irisarri Restrepo, al considerar que la norma que consagra la caducidad "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 que hace imposible su tutela por la jurisdicción..."

Con lo anterior no estamos de acuerdo, porque consideramos que la "caducidad", al contrario de lo que se afirma en la sentencia, es norma de naturaleza procesal. La caducidad no constituye una sanción, como tampoco lo constituyen los plazos que se fijan para hacer uso de determinadas cargas procesales. Precisamente en esto difiere la "carga" de la "obligación". Al tratar de esta diferencia, Carnelutti define la carga "como el ejercicio de una facultad cuando dicho ejercicio aparece necesario para el logro del propio interés. Obligación y carga tienen de común el elemento formal. Los dos vinculan la voluntad del individuo, pero en la obligación la voluntad está vinculada para realizar el interés ajeno, mientras que en la carga se protege al interés propio".

"La carga —enseña Liebman— es el comportamiento que alguno debe tener, si quiere conseguir un resultado favorable a su propio interés".

En cuanto a la actividad de las partes se ha dicho del proceso que es un sistema de cargas. Existe la carga de la demanda, la carga de la prueba y la carga del estímulo procesal, la carga de la apelación, etc. Como se ve, no se trata de una sanción ni tampoco de una obligación. Simplemente es una facultad procesal que se ejercita para el logro del propio interés. En cuanto a la caducidad, se presenta por el no uso de una carga, es decir por el no ejercicio de un derecho dentro de determinado plazo.

La caducidad no se puede suspender, ni puede ser objeto de modificación por convenio entre las partes. Es de orden público lo mismo que lo es el proceso. Si se tratara de un derecho material podría ser objeto de renuncia o de modificación.

A la caducidad la denominan algunos "decadencia" aunque no faltan quienes encuentren sutiles diferencias entre estos dos conceptos. El ilustre procesalista italiano Santi Romano, reputado como máxima autoridad en esta materia, al hablar sobre la decadencia y distinguirla de la prescripción, explica: "La prescripción determina la extinción de un derecho, la decadencia, no es la extinción de un poder, sino la imposibilidad de ejercitarlo en un caso singular, pese a que dicho poder continúe en vida para todos los demás casos en que se presente... Los poderes o las potestades, como lo he puesto de relieve en los escritos arriba indicados, son indisponibles, porque son inalienables, intrasmisibles, irrenunciables, imprescriptibles... Cuando para su ejercicio en este o el otro caso se prescribe un plazo perentorio, el transcurso de ese plazo importa la decadencia, no ya del poder, sino de la posibilidad de ejercitarlo limitadamente al caso de que se trata..." (Diccionario Jurídico, Edit. ESEA, págs. 124 y ss.).

Por el fenómeno de la caducidad, lo mismo que por el no ejercicio de la acción, no puede decirse que se extinga un derecho sino que simplemente no se ejercita una facultad. No se trata, pues de una norma sustantiva. Normas sustantivas o sustanciales, en cambio, son, como lo ha dicho la Corte, "aquellas que en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre personas implicadas en tal situación" (sentencia de 26 de octubre de 1975).

Para Carnelutti, "la norma jurídico-material es aquella que compone inmediatamente un conflicto de intereses, imponiendo una obligación o atribuyendo un derecho; la norma jurídico procesal no compone el conflicto de intereses, pero en cambio establece los requisitos y condiciones para llegar a la composición del conflicto de intereses; en este sentido es un instrumento para la solución de los conflictos de intereses. La norma material establece que 'los pactos deben ser cumplidos', que frente al Juez solamente constituye una *regla de juicio*, pero en forma alguna le indica cómo debe hacer para llegar a concretar la regla de juicio; la norma jurídico procesal, en cambio, no establece una regla de juicio para solucionar el conflicto de intereses pero establece las condiciones y requisitos para que el

conflicto de intereses sea solucionado: Designa qué Jueces son los competentes para conocer, cuáles son los requisitos de la demanda, los medios de prueba, las formas de los actos procesales, e impone al Juez el deber de dictar una sentencia" (Cita de Clemente A. Díaz: Instituciones de Derecho Procesal, Parte General, pág. 58).

Por todo lo anterior, hemos considerado que la norma que se refiere a la caducidad, no es de carácter sustancial y que por lo mismo a ella no puede aplicarse el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo para efectos de la anulación.

Para terminar, no sobra agregar que si en la sentencia que se anula, se declaró la caducidad y por lo mismo el *a quo* se inhibió de fallar en el fondo, tal sentencia de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corporación, no podía, tampoco, ser objeto del recurso mencionado.

Las anteriores son, brevemente expuestas, las razones que motivan nuestro disentimiento con la opinión mayoritaria de la Sala.

Carlos Ramírez Arcila, Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona.

Bogotá, D. E., 28 de septiembre de 1988.

Consejo de Estado.—

Salvamento de voto del *doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: R-083. Actor: Luis Ramón Castañeda Contreras.

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 ejecutoriadas 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 sólo 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 lo pertinente 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 identidad jurídica de partes".

C) Es indiscutible, igualmente, que el ordenamiento jurídico colombiano está concebido como una plenitud hermética, conclusión que fluye 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 esa normatividad es la filosofía que se recoge en el artículo 4º de la misma ley cuando recuarda 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 colide 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 directivas incompatibles, a las cuales no es posible ajustarse simultáneamente, bien sea porque imponen dos obligaciones en sentido opuesto o porque una prohíbe lo que la otra permite y no hay, por tanto, medio de conformarse a una sin violar la otra". Agrega luego: "...Así entendidas, las antinomias no 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 consiguiente, 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 Bobbio, 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 que 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 'se derrumba' un sistema 'si existen en él proposiciones indecisas', deberíamos tener buenas razones para creer que no se derrumba el sistema jurídico, ni tampoco la posibilidad de una ciencia jurídica, *por el solo 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 sí, 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 ELIMINACION 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 SOLUCION.* Se puede añadir que de hecho, respecto a las cuestiones antinómicas, el principio de la certeza del derecho es violado continuamente porque *EN LA PRACTICA UN JUEZ ACEPTA, FRENTE A UNA PROPOSICION 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 forence, 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 antinomias, 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 positivo.

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 o 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 registrar 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 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 identidad jurídica de partes..." (arts. 174 y 175 del C. C. A.).

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".

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 indicaran 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. C.), 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 UN FALLO FIRME.* Y ciertamente no participamos de aquel criterio que atribuye a la revisión el carácter de recurso especialísimo o *'sui géneris'*, 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 su cautela y la prestigia en cuanto puede impedir que se transforme en su 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 impugnativa 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 inherente 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 la 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, el acampo de la

significativa preocupación contemporánea de la doctrina procesal 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 ss.).

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 liberad de acoger una proposición jurídica u otra, como lo destaca muy bien Norberto Bobbio, la Sala opta, en el *sub lite*, por el 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 *ingenuss*, 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 condenada 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 NINGUN 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, aun 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, págs. 193 y ss.).

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 Luz 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 me lo dispusta, 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, o por otra parte, sería mucho mayor la dosis de injusticia que significaría atentar contra la seguridad, permitiendo la posibilidad de procesos continuos y de fallos contradictorios sobre un mismo negocio mil veces resuelto. Aquí, la injusticia material de unos cuantos casos representa frente a la seguridad —lo que el interés particular, que debe ceder ante el interés general— precisamente por exigencia de la justicia" (Filosofía del Derecho. Bosch, págs. 620 y 621).

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 hermática, 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 JURIDICO 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 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 HABILITACION*...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 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 '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 transcendental 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 VALORACION JURIDICA 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 intersubjetividad un estado ambiental contra lo que ella califica de entuerto, el Juez se decida a fallar CONTRA LEY mediante la HABILITACION como recurso extremo.* Sólo en semejantes hipótesis su sentencia tendría

todavía fuerza de convicción. Con esto se viene a decir que la fuerza de *CONVICCION MATERIAL O AXIOLOGICA* 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 ESTA 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 INTERPRETACION.* 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 ss.) (Subraya la Sala).

Transitando por el mismo sendero conceptual, ENRIQUE AFTALION, 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 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 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 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, 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, 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, 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 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 HABILITACION* 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 CREACION Y CONTENIDO DE DICHA NORMA" (Obra citada, págs. 950 y ss.).

También ANTONIO LUIZ MACHADO NETO, en su obra 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 probelma de las sentencias contra legem se resuelve por la NORMA DE HABILITACION 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 confirme 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".*

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 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 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* (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 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 una 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 habilitada, 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, convocación para ella, por la vía del artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, así se disimule el adefesio con la calificación de recurso extraordinario.

En sana lógica no tiene presentación alguna que donde no es posible interponer un recurso ordinario, si sea permitido uno extraordinario.

Cuarta antinomia.

Tesis:

"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".

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 a la ley 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 ponía tacha al tipificar el primero, dijo en el artículo 268 de la citada obra:

"Deróganse ...la Ley 11 de de 1975..."

Correspondió a la Corte Suprema de Justicia, en su fallo de 30 de agosto de 1984, proceso 1149, 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 una 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, y creando dos recursos distintos que se refieren claramente a materia y causales totalmente diferentes, de validez, de nulidad, de juridicidad, de prueba, pero no de precedente jurisprudencial armónico como lo son los recursos de revisión (Código nuevo, art. 183)...*Por más esfuerzo que se haga no podrá llegarse válidamente a la afirmación de que los actuales recursos contenciosos de revisión o anulación son apenas sustitutivos o supletivos del recurso de súplica, o que lo absorven 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 llegó 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 artículo 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 implícito en todas las Constituciones 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, exige 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 1848, cuando termina el

de los Reyes, pero que sólo tiene su realización práctica a mediados del siglo XIX. Respecto de los nocivos alcances de esta 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 las 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 qué 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 iliberal que el sistema político despótico. Celosamente codiciosos 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 donde 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. 'TU ERES LIBRE ¡OH JUEZ!' Solamente debes observar un millón de artículos* (Beradt).

"Es difícil de comprender, a la verdad, 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 empleado 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 CODIFICACION*. 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 DEMAS 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 siglo XIX, desde el Código general de Comercio Alemán hasta el Código Civil, la Ordenanza de procedimiento civil Austriaca 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 OBLIGACION 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 ésta 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 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 Juez 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 malhumor, 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 voluntas regis*, sin salvedades, *a la voluntas legis*. El Juez vió 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 consecuencia 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 austriaca), 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 esto quedaba cumplida su tarea. No necesitaba sumirse en profundas meditaciones; el legislador, éste *'gran sociólogo'*, pensaba por él. Era ésta 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 impetuoso, una barrera firme.

"b) Pero frente a estas ventajas, aun cuando sean 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 ésta 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 quién 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 confirma 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 sentencia sea un medio para seguir la ley, *pierde lentamente 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 subterfugios 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 ésta suerte aquél método, que un nuevo polemista ha denominado *cristosociológico.* Sobre el vocablo, que me parece errado, no he de discutir; las cosas pasan de ésta suerte: Primeramente pregunta el Juez a su sentido jurídico, y obtiene un resultado que le parece justo, y después interroga a la ley. Si ésta coincide con aquél resultado bien; pero si no ocurre así, entonces, o la ley no está expuesta con libertad, o se comprueba que existe una laguna, *o se adopta una resolución contraria a la ley, hay oposición jurídica 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, queden 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 de una deficiencia de esa voluntad' " (Reflexiones sobre la ley y los Principios Generales del 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 coordinación, *con sometimiento pleno a la ley y al derecho".*

Segunda. "...el dogma de la posición del Juez como *bouche qui proce les paroles de la loi,* como *être inanimé,* en la clásica expresión de Montesquio 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 Bulow, 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 este 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 una gran civilista dogmática, 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 fuctuantes. *Ello hace necesariamente de la jurisprudencia una auténtica fuente del derecho*, y entre las más efectivas, y éste es un *fáctum* contra el que nada las declaraciones formales del propio ordenamiento...El último estudio 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 entre ley y razón, y a la vez, en cuanto construido sobre los dogmas rousseaunianos, partía de la estricta correspondencia entre ley, como emanación de la voluntad general, y libertad humana. El advenimiento de «el reino de la ley» fue saludado así como la autora de una época nueva y luminosa en la que la «alineación» del individuo en sociedad (que había hecho de aquél un ser «encadenado» desde los orígenes mismo de la historia) quedaría definitivamente rota, y fundado con ello la posibilidad de un hombre nuevo. Aquellas ideas y estas esperanzas se han quemado del todo desde que fueron propuestas. La sociedad actual no las comparte ya, y, mucho más, ocurre todavía que, como un resultado de la experiencia histórica inmediata *ha comenzado a ver en la ley algo en sí mismo neutro, que no sólo incluye en su seno necesariamente la justicia y la libertad, sino con la misma naturalidad puede convertirse en la más fuerte y formidable «amenaza para la libertad». INCLUSO EN UNA FORMA DE ORGANIZACION DE LO ANTIJURIDICO, O HASTA EN UN INSTRUMENTO PARA «LA PERVERSION DEL ORDEN JURIDICO»*. 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 que 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. Ellas, como lo predica Kelsen, son un marco de posibilidades de interpretación. Por lo menos dos, la de ser aplicadas o no aplicadas. Por ello es posible que todos los Jueces de la República, frente

a una 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 no puede dar pié para concluir que el principio constitucional de '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 Reich 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 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 equivocaciones 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 Radbruch, tomándolo de Petrasyski, y que se concreta así:

"En el andén de una estación ferroviaria de Polonia había un letrero que transcribía un artículo del reglamento de ferrocarriles, cuyo 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 tamaño' 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 dé 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 los perros.

"Sin embargo, no sólo todo jurista, sino incluso cualquier lego en materia del derecho pero con sentido común, habrá de reputar como descabellada 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 Porrua, pág. 165).

Finalmente, Eduardo García de Enterría también se ocupa del estudio de éste aspecto relacionado con la ley clara, para enseñar:

"El viejo apotegma *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 eludirla, aunque lo quisiera. Debe obediencia a la ley, pero, en la lúcida frase de Philip Meck, se trata de una *'OBEDIENCIA PENSANTE'* (deenkenden Gehorsam); debe pensar, en efecto, cómo puede ser más fiel a esa obediencia, como 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 jurídica dedica Luis Recasens 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 formas 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:

ORIENTACION: "...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 Enterría, obra citada, pág. 102).

Es Ch., Perelman, en su obra la Lógica Jurídica y la Nueva Retórica, quien predica que: "La revelación que hoy nadie discute, de los crímenes cometidos por la 'policía' estaliniana, plantea de una manera cruel el problema del derecho positivo de un país dado. Lo determinan únicamente los textos constitucionales y legislativos válidos y formalmente 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 promulgados 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 Nuretang, 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 corriente, 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 la ley. La solución buscada no sólo debe poder insertarse en el sistema, sino también ..... como social y moralmente aceptable* para las partes y para el público ilustrado...'

"Después de algunas decenas de años asistimos a una reacción, que, sin llegar a retornar al derecho natural a la manera que éste se presentó en los siglos XVII y XVIII, sin embargo, confía al Juez la misión de buscar, para cada litigio 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 ésta 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. 178 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 subsumtionsapparap, el puro mecánico 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 éste 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 regu-*

lación orgánica. A LA JURISPRUDENCIA PURAMENTE HERMENEUTICA 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 Norte Americana. 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 ésta se cambia 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 da definiciones en términos aparentemente precisos, pero cuyo contenido concreto necesita definirse en cada caso: Es el procedimiento que se podrá denominar de definiciones estables con contenido variable. *En otros, regímenes jurídicos diametralmente opuestos coinciden con conceptos antinómicos, en los que la línea fronteriza está definida de una manera tal, que el Juez puede moverla discrecionalmente en cada caso, de tal forma que el régimen deseado por el Juez condiciona la determinación de la noción: Fórmula que se denomina de nociones limítrofes con fronteras variables. A veces se tiene la impresión*

de que algunas ventajas se conceden en bloque para 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 ESOTERICO,* 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: *'CONSTRUCCION INTELECTUAL ORIGINAL QUE ALIA CURIOSAMENTE EMPIRISMO Y SENTIDO DE LA REALIDAD, SUTILEZA Y GUSTO POR LAS MATIZACIONES* (Rivero). *Todas estas características, bien conocidas, se imputan generalmente al carácter jurisprudencial de este derecho'.* Más éste factor no es el único ni, probablemente, el más importante.

"La razón fundamental de la existencia de estos métodos desconcertantes reside en la ambigüedad básica de una disciplina que pretende ser a la vez instrumento de liberalismo y garante de la acción administrativa, protectora del ciudadano contra el Gobierno y medio para la manifestación de la voluntad gubernamental. La solución de estos problemas tenía necesariamente que hacerse con sutileza, y puede decirse que el título más glorioso del Consejo de Estado es haberlo conseguido de la forma menos mala posible" (Obra citada, págs. 51 y ss.).

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 resposabilidad 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 probeyeron 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, prevé 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 existe 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 Porrua, S. A., págs. 157, 158 y ss.). Con toda consideración,

Julio César Uribe Acosta.

Bogotá, octubre 12 de 1988.

NORMA SUSTANTIVA.— Determinación.

El que una norma esté contenida en un Código de Procedimiento, no es suficiente para determinar su naturaleza.

SENTENCIA. Naturaleza jurídica.

El artículo 170 del Código Contencioso Administrativo —precepto dirigido al Juez— no es norma de derecho sustancial.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintitrés de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Ramírez Arcila.*

Referencia: Expediente número 4846. Actor: Limbania Farfán. Demandado: Municipio de Ibagué.

Se procede a resolver el recurso de anulación que por medio de apoderado interpuso la señora Limbania Farfán, contra la sentencia de 17 de marzo de 1986 del Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso de reparación directa y cumplimiento, promovido contra el Municipio de Ibagué.

La sentencia impugnada:

En la providencia, cuya anulación se solicita, se dice en sus consideraciones:

"Se encamina esta acción a obtener que el Municipio de Ibagué, sea condenado a pagar a Limbania Farfán, las indemnizaciones correspondientes con motivo del fallecimiento de su hijo legítimo Sigilfredo Farfán, al configurarse una falla del servicio público, tanto en la entidad que ordenó la obra defectuosa, en quien la ejecutó y en quien debió supervigilar la obra como interventor, como en las autoridades municipales propietarias del escenario deportivo a quienes correspondía el mantenimiento, la conservación e inspección periódica del estadio Murillo Toro".

"El mandatario judicial de la entidad demandada Municipio de Ibagué, ha propuesto la excepción de *falta de legitimación en causa pasiva,* la cual hace consistir en que si el Municipio de Ibagué, no

tenía la Administración del Estadio el día del siniestro, no puede atribuírsele responsabilidad por una falla del servicio que no estaba bajo su administración".

"....."

"En un caso similar, esta Corporación, en sentencia de 4 de marzo de 1983, con ponencia de quien redacta esta sentencia, en el expediente 3676, expresó":

" 'De conformidad con los medios probatorios aportados al expediente, se tiene que el Municipio de Ibagué fue desplazado de la Administración de los escenarios deportivos al entrar en vigencia la Ley 47 de 1968 cuyo artículo 8º expresa: «El Gobierno nacional creará en el Distrito Especial y en las capitales de cada uno de los Departamentos, Intendencias y Comisarías, Juntas Administradoras de estos fondos con representación de la Nación, el respectivo Departamento y los Municipios para la organización, fomento y desarrollo de los deportes, así como para la planeación y ordenamiento de las construcciones de las instalaciones deportivas y la adquisición de equipos e implementos que el deporte requiera en cada región»' ".

" 'Parágrafo. En los Departamentos del Valle del Cauca y del Tolima, las Juntas creadas por este artículo serán designadas y entrarán a funcionar seis meses después de realizados los Sextos Juegos Panamericanos y los Novenos Juegos Nacionales, asumiendo las Juntas, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los respectivos comités' ".

" 'La Ley 30 de 1970 y su Decreto reglamentario 021 de enero 13 de 1972, crearon el impuesto del 10% sobre espectáculos públicos, que viene cobrando Coldeportes Seccional Tolima, conforme lo acredita la certificación que obra a folio 22 del expediente' ".

" 'A su vez, el artículo 10 del Acuerdo número 051 de 20 de julio de 1980 proferido por el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, determina que, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 47 de 1968 y 30 de 1971, los recursos de las Direcciones Regionales sólo podrán ser invertidos en... d) Construcción de instalaciones deportivas, *adecuación y mantenimiento*' (Se subraya)".

" 'Finalmente, el Director de la Oficina Regional de Coldeportes del Tolima, en la diligencia de inspección judicial practicada el 9 de julio pasado, en forma expresa al relatar los antecedentes atinentes a construcción y administración del Estadio San Bonificacio hoy Manuel Murillo Toro, admite que dicha Administración por la época en que se sucedió el accidente que originó este proceso, estaba radicada en la oficina bajo su dirección. Al efecto expresó: ...referente a la Administración del Estadio desde mi posición como Director de Coldeportes Regional, continúe con lo establecido por mi predecesor administrando el Estadio de Ibagué o San Bonifacio...' (fl. 36)".

"Es indudable, acorde con las anteriores normas y pruebas que el ente público denominado Municipio de Ibagué no tenía a su cargo al momento del accidente en que falleció Manuel José Romero Valbuena —18 de noviembre de 1981— la Administración del escenario deportivo denominado Estadio San Bonifacio conforme lo sostiene el

demandado, siendo en consecuencia procedente la excepción *'falta de legitimación pasiva en la causa'* denominada impropiamente ilegitimidad de personería del demandado".

"La legitimación para obrar, es parte integrante de la acción o pretensión".

"La Corte dice: 'De estos fenómenos llamados y configurados según se deja visto, es necesario distinguir otros que no se refieren a la existencia del proceso sino a la del derecho de acción (pretensión) en el demandante; se conocen como condiciones de la acción y miran no a que sobrevenga un fallo que solucione la resolución procesal, sino una decisión favorable a la súplica de la demanda; no es posible discriminar y sistematizar las condiciones de la acción como se hace con los presupuestos procesales porque mientras éstos reflejan en el fenómeno público y general llamado proceso, aquella inciden en el funcionamiento de cada derecho subjetivo de cada acción condicionado por las circunstancias individuales de quien lo ejerce y del fin con el cual lo hace; las condiciones de cada acción difieren como los sujetos de cada uno y como las situaciones singulares que cada acción contiene o revela; no obstante en esta multiplicidad hay un fenómeno constante que siempre recoge una buena suma de condiciones de la acción llamada interés público, o, en sentido procesal más exacto, legitimación para obrar; ésta no es susceptible de confundirse con presupuesto procesal alguno porque sin ella el proceso puede constituirse aunque sin éxito para el actor, ni con la personería sustantiva la cual reside en los particulares, que se dejaron vistos ya; la falla de los presupuestos procesales apareja, por regla general, nulidad; la de legitimación en causa, el insuceso de la gestión actora' (G.J., Tomo LXIV, pág. 712)".

"....."

"El honorable Consejo de Estado refiriéndose a las diferencias entre la *legitimation ad caussam* y *legitimation ad processum*, expresa":

"'Una es *legitimation ad caussam* y otra *legitimation ad processum*. La primera es un presupuesto material de la sentencia favorable vinculado a la personería sustantiva y la segunda es un presupuesto procesal referido única y exclusivamente a la capacidad para comparecer al proceso' ".

"'Como se observa esa capacidad para comparecer al proceso no puede confundirse ni con la capacidad para ser parte ni con la legitimación en la causa' ".

"'Como ha dicho reiteradamente la jurisprudencia la causa de nulidad reconocida como falta o ilegitimidad de personería reza con la personería adjetiva o indebida representación en el juicio de las partes, más no con la sustantiva o de fondo' ".

"'Así como son figuras diferentes, poseen también diverso trato. La *legitimatio ad processum* se estudia por el Juez al admitir la demanda y la legitimación en la causa, como fenómeno de fondo que es, se evalúa en la sentencia' (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 26 de marzo de 1982. Consejero ponente. Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 3454)".

" 'No existiendo legitimación pasiva en el caso materia de estudio, la sentencia debe ser absolutoria, toda vez que mal podría condenarse a quien no es la persona que debe responder del derecho reclamado, 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 iniciará así una cadena interminable de inhibiciones' ".

"Como los hechos que dieron margen a este proceso, se sucedieron el 18 de noviembre de 1981, fecha para la cual el Municipio de Ibagué, no tenía la Administración del estadio, es procedente la excepción de falta de legitimación pasiva en la causa denominada impropiamente ilegitimidad de personería del demandado".

"El señor Fiscal Quinto de la Corporación en su concepto de fondo, reflexiona así":

" '...Por tal razón, considera que jurídicamente no es procedente accionar contra el Municipio de Ibagué, porque el mantenimiento de estos escenarios deportivos corresponde a las Juntas Administradoras de Deportes, proponiendo en consecuencia la excepción de *falta de legitimación en causa pasiva*' ".

" 'Frente a la pretensión del demandante, el demandado plantea su oposición en ejercicio del derecho de contradicción, fundado en el hecho de que conforme a la ley sustancial no está legitimado para discutir u oponerse a las pretensiones del demandante' ".

" 'Razón le asiste al demandado, porque los diversos medios de prueba aducidos al proceso, se desprende que el Municipio de Ibagué, para la fecha en que ocurrieron los hechos, noviembre 18 de 1981, no tenía la Administración del Estadio San Bonifacio, y así lo revela, no sólo la prueba documental, sino también el Director Regional de Coldeportes, durante la diligencia de inspección judicial (prueba trasladada), practicada el 9 de julio de 1982' " (fls. 91 a 96, cuaderno 2).

Motivos y causales de anulación:

Al respecto afirma el recurrente:

"I. En la sentencia impugnada se declara por el Tribunal de instancia 'probada la excepción denominada falta de legitimación en causa pasiva y en consecuencia se absuelve al Municipio de Ibagué de todos los cargos formulados en la demanda', excepción propuesta por el señor apoderado de la entidad demandada, en consideración a que, de un lado, según la 'prueba trasladada' aportada al proceso por la demanda y consistente en copia autenticada de la diligencia de inspección judicial practicada por el mismo Tribunal Administrativo con fecha 9 de julio de 1982, dentro del juicio indemnizatorio radicado bajo el número 3676, para la fecha en que ocurrieron los hechos —noviembre 18 de 1981— el Municipio de Ibagué no tenía la Administración del Estadio San Bonifacio o Murillo Toro de esa ciudad, según lo expresó en su declaración el señor Director Regional de Coldeportes, y porque, de otro lado, como se expresó por el mismo Tribunal en sentencia de marzo 4 de 1983, que se transcribe

parcialmente, conforme a la Ley 47 de 1968 y al artículo 10 del Acuerdo número 051 de 20 de julio de 1980 del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, dictado con fundamento en aquella ley y en la número 30 de 1971, corresponde a las Juntas Administradoras del Deporte y a las Direcciones Regionales de Coldeportes todo lo relacionado con la planeación, construcción y ordenamiento de las instalaciones deportivas".

"En conclusión, según la sentencia, por dichas consideraciones, hay falta de legitimación pasiva en la causa al demandar al Municipio de Ibagué, debiendo según ello —aun cuando no se dice así expresamente en la sentencia— haberse accionado contra Coldeportes, Junta Administradora Seccional de Deportes del Tolima".

"II. Con los anteriores considerandos que le sirven de fundamento jurídico a la parte resolutiva de la sentencia impugnada, el Tribunal Administrativo del Tolima quebrantó la Constitución y la ley sustantiva, según los siguientes cargos".

"a) Se quebrantó directamente el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil (Decreto-ley 1400 de 1970), en concordancia con los artículos 174, 177, 178 y 179 *ibídem* y los artículos 168 y 170 del Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984), normas de carácter sustantivo aun cuando se encuentran en códigos de procedimiento, ya que tienen que ver con lo que el Código Civil denomina 'De la Prueba de las Obligaciones' en el Título XXI, Libro 4º, artículos 1757 a 1770, en consideración a que, conforme a dicho artículo 185 del Código de Procedimiento Civil para que se pueda considerar como 'prueba trasladada' un medio probatorio de los autorizados por ley, es necesario que el respectivo medio probatorio que se traslade de un proceso a otro en copia auténtica, se hubiere practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con 'audiencia de ella', y es claro que en el 'proceso primitivo', o sea, en el distinguido con el número 3676 promovido por otra persona diferente a mi representada contra el Municipio de Ibagué, la señora Limbania Farfán no fue parte y no siéndolo mal podía solicitar la prueba que ahora se aduce por el Tribunal contra ella, ni podía tampoco practicarse con su audiencia".

"En síntesis, el Tribunal no podía en su sentencia fundar la parte resolutiva de ésta, con lo que denominó 'prueba trasladada' y consistente en la copia auténtica de una diligencia judicial en donde un funcionario público hizo o rindió una declaración sobre que la administración del estadio Murillo Toro corresponde desde hace varios años a la Junta Administradora de Deportes del Tolima y no a la entidad propietaria del mismo, o sea, el Municipio de Ibagué, porque mi poderdante no fue parte en el proceso primitivo de donde se trasladó el medio probatorio mencionado";

"b) Se quebrantó directamente el artículo 8º de la Ley 47 de 1968, por aplicación indebida, ya que dicha ley que ordenó crear dichos fondos administradores de impuestos con destinación especial para la organización, fomento y desarrollo de los deportes, *'así como para la planeación y ordenamiento de las construcciones de las instalaciones deportivas* y la adquisición de equipos e implementos para el deporte que requiera cada región', no le señaló a ellos la función, atribución

o facultad de administrar instalaciones deportivas, como estadios de fútbol, de propiedad de las entidades territoriales, como si lo vino a hacer la Ley 49 de 1983, artículo 5º, numeral 5, que hubo necesidad de dictar cuando nuestros Jueces declararon jurisdiccionalmente que las tales Juntas Administradoras Seccionales o Regionales de Deportes, eran unos organismos administrativos sin personería jurídica alguna".

"Y si ello es cierto, es decir, si es cierto que antes de la expedición de la Ley 49 de 1983, las Juntas Administradoras Regionales o Seccionales de Deportes, como la del Departamento del Tolima, no tenían como función la de administrar instalaciones deportivas, especialmente las de propiedad de los entes territoriales, pues la Ley 47 de 1968 no lo dispuso así, es claro que indebidamente se aplicó al caso *sub júdice* esa norma y con ello se la quebrantó directamente".

"Pero, además se quebrantó dicha Ley 47 de 1968, en concordancia con la Ley 49 de 1983 que vino a constituir las denominadas Juntas Administradoras Seccionales de Deportes, en definitiva —repito que antes no tenían personería jurídica como lo expresaron nuestros Jueces administrativos—, porque no teniendo esas Juntas Administradoras de Deportes personería jurídica en el mes de noviembre de 1981, cuando acontecieron los hechos, mal podía decirse en la sentencia —tanto en la parte resolutiva como en la motiva— que era la Junta Administradora de Deportes del Tolima, y no el Municipio de Ibagué propietario del estadio en donde acontecieron los hechos, la que debió de ser llamada al proceso o demandada";

"c) Se quebrantó directamente el artículo 16 de la Constitución Nacional, fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado fundada en la falla del servicio, porque la sentencia se absuelve a la entidad demandada con el argumento de que no era ella sino otra entidad pública la encargada de la administración y mantenimiento de la instalación deportiva en donde acontecieron los hechos determinantes de la responsabilidad estatal, cuando es claro y evidente, de una parte, que la responsabilidad estatal no se invoca por falta de mantenimiento de las instalaciones deportivas sino por construcción deficiente, dirección y supervisión errónea de los trabajos como claramente surge del dictamen pericial traslado al proceso penal, y cuando, de otra parte, es también claro y evidente que no existía en el año de 1981, época de los hechos, el establecimiento público denominado Junta Administradora de Deportes del Tolima, creado sólo a raíz de la expedición de la Ley 49 de 1983, dictada cuando el Consejo de Estado determinó que las que existían hasta ese entonces con ese nombre no eran entidades públicas con personería porque la Ley 47 de 1968 no se la dio, que pudiera ver comprometida su responsabilidad administrativa y citado por ello a un proceso administrativo. Y se quebrantó dicha norma constitucional, porque se dejó de aplicar para gobernar la situación procesal, del Municipio de Ibagué, entidad propietaria del estadio, cosa o hecho que nadie ha negado o desconocido, ya que simplemente lo que se ha sostenido por el apoderado y por el Tribunal en la sentencia impugnada, es que la administración del estadio no la tenía el Municipio sino la Junta Administradora de Deportes del Tolima, que asumió esa administración 'de oficio', término que no se sabe a qué corresponde en el mundo del derecho";

"d) Finalmente, se quebrantó el artículo 26 de la Constitución Nacional, en concordancia con los artículos 217 y siguientes del Código Contencioso Administrativo que regulan el proceso especial denominado 'Proceso relativo a contratos y de reparación directa y cumplimiento', porque, las personas residentes en el país deben ser juzgadas, por el Tribunal competente, *observando la plenitud de las formas propias de cada juicio,* y es claro que ello no aconteció en el caso *sub júdice,* siguiendo para ello lo dispuesto en el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, concordante con las disposiciones del Código de Procedimiento *sobre denuncia del pleito*".

"En efecto, es lo normal, es lo usual que cuando un demandado propone en un proceso, sea civil, laboral o administrativo, el medio de defensa procesal denominado 'Denuncia del Pleito', procedente por mandato de lo dispuesto en el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, como aconteció en el caso que nos ocupa, un Juez idóneo —el Tribunal del Tolima parece no tener esa idoneidad si miramos lo de la denominada 'prueba trasladada' y ahora esta otra inobservancia de la Constitución de la ley procesal— no puede continuar el proceso sin darle a esa denuncia el trámite previsto en el artículo 56 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en el proceso contencioso administrativo en razón de lo preceptuado en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, pues de lo contrario se infringe la citada norma constitucional consagrada en el artículo 26 de nuestra Carta Política" (fls. 4 a 6, cuaderno 1).

Oposición de la parte demandada:

El apoderado del Departamento del Tolima al impugnar los cargos del recurrente, afirma que "no demuestran ni la violación directa de la Constitución ni la violación directa de la ley sustantiva", y agrega:

"El primer cargo del recurso anulatorio acusa la sentencia de quebranto directo del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, que el recurrente califica como norma de carácter sustantivo 'aun cuando se encuentran en Códigos de procedimiento...', en cuanto la prueba trasladada como medio probatorio autorizado por la ley, no podía ser estimado como tal, porque la señora Limbania Farfán, la demandante, no fue parte en el proceso primitivo de donde se solicitó dicha prueba. Resulta por lo menos curioso que decretadas las pruebas solicitadas por la parte actora, el apoderado de esta última no se hubiera enterado de las formalidades cumplidas dentro del proceso para allegarlas y para estimarlas como elementos probatorios determinantes de las resoluciones del fallo proferido por el honorable Tribunal. Aún más; el mismo alegato de conclusión hubiera sido el escenario adecuado para formular sus reparos sobre la falta de idoneidad legal de la prueba, que supuestamente para el recurrente, no había sido trasladada en legal forma. El mismo Código de Procedimiento Civil, al cual hace alusión el recurrente, en sus artículos 174, 177, 178 y 179, determinan junto con el artículo 185, *ibídem,* el régimen probatorio imperante en los procesos. Pues bien; si el apoderado advierte que han dejado de cumplirse las formalidades exigidas por las normas legales en la producción de las pruebas, era su deber

expresarlo así en sus alegaciones de conclusión o de manera incidental como lo prevé el artículo 152 del mismo Código de Procedimiento Civil. Si no lo hizo, su silencio tuvo la virtud de sanear las irregularidades que hubieren podido presentarse, tal como lo afirma el inciso 9, parte última del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil cuando dispone: '...*Las demás irregularidades del proceso se tendrán por saneadas si no se reclaman oportunamente por medio de los recursos que este Código establece*" (subrayo). Es justamente por esta consideración que el recurso extraordinario de anulación sólo es procedente por violación directa de la Constitución o de la ley sustantiva, pues los vicios de procedimiento son corregibles por las partes dentro del proceso".

"Pero además, honorables Consejeros, es la misma prueba aportada por la parte demandante Limbania Farfán, la que exonera al Municipio de Ibagué, de responsabilidad alguna en el siniestro ocurrido el 18 de noviembre de 1981 en el Estadio Manuel Murillo Toro (antes San Bonifacio) de Ibagué".

"Efectivamente, aportado por la misma parte el dictamen pericial presentado por los doctores Alirio Hidrobo, Francisco de Paula Moreno y Edilberto Torres, a nombre de la Sociedad Tolimense de Ingenieros, dentro del proceso tramitado en el Juzgado Cuarto Superior de Ibagué, este experticio dice lo siguiente":

"'...Sí era posible determinar con anterioridad el estado de la estructura, mediante prueba de carga y medición de deformaciones; lo cual habría indicado que de no ser arreglada fallaría. Esto implica un programa serio de control y análisis periódico de estructuras que debe de estar incluido dentro de lo que se denomina *mantenimiento*, pero que desafortunadamente no existió, ni existe, para esta como para ninguna otra estructura de cierta importancia' (Mía la subraya)".

"Y, en el punto quinto de sus conclusiones dice el dictamen aportado por la demandante":

"'...*Se hace notar que la estructura afectada fue una adición hecha con posterioridad a la construcción del resto de la tribuna occidental adición que se apoyó en una forma estructuralmente extraña, de unos anclajes que sobresalen de las columnas* como lo demuestra el detalle 4 y es la única parte de la tribuna occidental *de la que no se encontró plano estructural alguno*' (subrayo)".

"Si el mismo dictamen aportado como prueba por parte de la demandante está afirmando que la estructura que se vino a tierra fue una adición hecha con posterioridad a la estructura inicial del Estadio San Bonifacio, hoy Manuel Murillo Toro, y dicho escenario deportivo fue sacado de la administración municipal de Ibagué, por obra y gracia de la Ley 47 de 1968, resulta obvio que por lo menos desde la vigencia de esta ley, el Municipio de Ibagué, ha estado ajeno a la administración de éste y de todos los escenarios deportivos construidos en la ciudad con motivo de la celebración de los IX Juegos Nacionales".

"Tampoco se quebrantó el artículo 8º de la Ley 47 de 1968 como lo señala erradamente el recurrente en su escrito".

"La parte recurrente afirma que se quebrantó el artículo 8º de la Ley 47 de 1968, 'por aplicación indebida, ya que dicha ley que ordenó crear dichos fondos administradores de impuestos con destinación especial para la organización, fomento y desarrollo de los deportes, así como para la planeación y ordenamiento de las construcciones de las instalaciones deportivas y la adquisición de equipos e implementos para el deporte que requiera cada región', no les señaló a ellos función, atribución o facultad de administrar instalaciones deportivas, como estadios de fútbol, de propiedad de las entidades territoriales, como si lo vino a hacer la Ley 49 de 1983, artículo 5º..."

"Esta aseveración del recurrente, no es del todo exacta, pues si bien es cierto que el artículo 8º de la Ley 47 de 1968, determinaba que el Gobierno nacional crearía en el Distrito Especial, y en las capitales de cada uno de los Departamentos, Intendencias y Comisarías, Juntas Administradoras de éstos Fondos, en los Departamentos del Valle del Cauca y del Tolima, según el parágrafo único del artículo 3º de la citada Ley 47 de 1968, el recaudo se entregaba a los Comités Organizadores de los Sextos Juegos Panamericanos y de *los IX Juegos Nacionales respectivamente, hasta que estos comités sean sustituidos por las citadas Juntas Administradoras, de conformidad con el parágrafo del artículo octavo de esta ley*".

"No es válida la argumentación del recurrente de que antes de la expedición de la Ley 49 de 1983, las Juntas Administradoras Regionales o Seccionales de Deportes, como la del Departamento del Tolima, 'no tenían como función la de administrar instalaciones deportivas, especialmente las de propiedad de los entes territoriales, pues la Ley 47 de 1968 no lo dispuso así', pues queda demostrado, con el texto de la citada ley que en el caso del Tolima y del Valle del Cauca, los recaudos ordenados por los conceptos estipulados en ella, se entregaron desde su expedición —7 de diciembre de 1968— a los respectivos Comités (IX Juegos Nacionales y VI Juegos Panamericanos respectivamente); y que dichos comités utilizaron los fondos recaudados en la forma ordenada por el artículo 4º de la misma Ley 47 de 1968".

"Tampoco es del todo cierto que antes de la Ley 49 de 1983 ninguna entidad tenía función administradora de los escenarios deportivos; baste examinar la Resolución número 51 de 1980 del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, fechada el 20 de junio de 1980, 'que creó las Direcciones Regionales del Deporte, como Dependencias del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte en cada uno de los Departamentos...' y les asignó entre otras funciones 'c) Administrar los equipos, instalaciones y programas deportivos que les encomienden las entidades territoriales...' Y el literal a) del mismo artículo 2º de la citada Resolución le impone como función 'la de administrar los bienes y auxilios que a cualquier título se hayan adquirido con los dineros provenientes de la destinación específica de impuestos efectuada por la Nación, por medio de las expresadas leyes, como la 47 de 1968 por ejemplo' ".

"Y si fuera poco el artículo 10 de la misma Resolución 051 en en su literal d) sobre inversiones, señala la siguiente entre otras: d) 'Construcción de las instalaciones deportivas, adecuación y mantenimiento' ".

"Y nótese que el dictamen de los señores peritos que aportó la demandante Limbania Farfán al proceso administrativo, señala que hubo falta de mantenimiento de los escenarios deportivos, y ésto ocurre en 1981 —noviembre— cuando ya hacía más de 13 años que el estadio San Bonifacio había dejado de estar administrado por el Municipio de Ibagué".

"Es preciso hacer notar que la demandante en este recurso de anulación sostiene que la sentencia recurrida erró cuando sostuvo que para la fecha del siniestro la Junta Administradora del Deporte del Tolima, no tenía la administración de los escenarios deportivos, cuando es lo cierto que la misma Ley 47 de 1968, en su parágrafo del artículo octavo prevé dichas Juntas Administradoras, como arganismos que empezaban a funcionar 'seis meses después de realizados los Sextos Juegos Panamericanos y los Novenos Juegos Nacionales, asumiendo dichas Juntas, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los respectivos comités'. Incurrió pues el señor apoderado de la demandante, en el error de no leer el texto completo de la norma que apenas citó parcialmente, con los resultados omisivos apuntados".

"No hubo quebranto alguno de la norma del artículo 16 de la Constitución Nacional como lo supone el otro cargo atribuido a la sentencia del honorable Tribunal".

"Yerra también en este punto la demanda, pues ciertamente la doctrina de la responsabilidad extracontractual del Estado por falla en el servicio no se fundamenta sobre la propiedad o titularidad de los bienes con los cuales se presta el servicio, sino sobre la relación de causalidad entre el daño ocasionado y el agente generador del mismo por deficiencias en la prestación del servicio; y si, como ha quedado establecido, para la época del siniestro el servicio de mantenimiento de los escenarios deportivos, incluido el estadio Manuel Murillo Toro, de la ciudad de Ibagué, se hallaba, como se halla actualmente, bajo la administración de la oficina Regional de Coldeportes o Direcciones Regionales de Deportes, 'como dependencias del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte', según lo dispone el artículo primero de la Resolución 051 de 20 de junio de 1980, no asiste razón alguna a la demandante para hacer esta censura a la sentencia del honorable Tribunal Administrativo. Si el honorable Consejo de Estado en sentencias posteriores, como lo afirma el recurrente, ha afirmado que las Juntas creadas por la Ley 47 de 1968 'no eran entidades públicas con personería porque la Ley 47 de 1968 no se la dio...', ésto no obsta para que los actos, hechos y omisiones asumidos por los respectivos organismos de creación legal, no asuman responsabilidad alguna frente a los servicios que asumieron y en cuyo desempeño ocasionaron daños a los usuarios de dichos servicios".

"Tampoco hubo quebranto alguno de la normatividad consagrada en los artículos 26 de la Constitución Nacional y 217 del Código Contencioso Administrativo, como lo afirma la demanda".

"Otra deplorable equivocación de la demanda, la constituye la suposición infundada de que no se cumplió con el mandato legal del debido proceso porque el Municipio de Ibagué, no le denunció el pleito a la Junta Administradora del Deporte del Tolima, y especial-

mente porque el Tribunal Administrativo no tuvo la iniciativa de considerar una especie de denuncia 'implícita del pleito'..." (fls. 24 a 26, cuaderno 1).

El concepto Fiscal:

La Fiscal Segunda doctora Edné Cohen Daza, luego de transcribir algunos apartes de la fundamentación que hace el recurrente, concluye:

"Estudiados los argumentos que presenta el recurrente este despacho se permite observar lo siguiente".

"El primer cargo se fundamenta en la violación del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, norma esta del derecho procesal y que no deja de serlo por el simple hecho de afirmarlo así el recurrente".

"El análisis probatorio que se tendría que realizar para determinar el cargo anterior, es propio de un recurso de apelación, pero resulta extraño en el extraordinario de anulación que ahora se estudia".

"La norma del Decreto 10 de 1984 que estableció la causal de anulación de una sentencia, así como las diferentes providencias del Consejo de Estado que se han referido a ella, establecen que los cargos contra la sentencia objeto del recurso extraordinario se deben referir a la violación directa de la Constitución Nacional o a una ley sustantiva".

"En el presente caso, la ley que se dice violada es una norma de procedimiento. En consecuencia el cargo no puede prosperar".

"El cargo segundo, se refiere también a la interpretación y estimación que de la Ley 47 de 1968 realizó el Tribunal referente a las Juntas Administradoras Regionales o Seccionales de Deporte. Este cargo aún en el supuesto de ser cierto lo que allí se dice, resulta que no incide en forma directa en el hecho de que el ente demandado —Municipio de Ibagué— no sea el llamado a responder por la supuesta falla del servicio. Aún aceptando que la mencionada Junta carecía de personería jurídica para la época en que se sucedieron los hechos en omisiones por los cuales se demanda, no se puede deducir de lo anterior que esos hechos o esas omisiones le sean atribuibles necesariamente al Municipio. El cargo pues, tampoco puede prosperar".

"Afirma también el recurrente, que la sentencia que acusa, dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, viola los artículos 16 y 26 de la Constitución Nacional".

"En relación con el artículo 16 de la Constitución Nacional el cargo no resulta directo, pues a él se llega a través del quebrantamiento de una norma de procedimiento, sobre arrimo de pruebas al proceso y su estimación por parte del Juez".

"Respecto al artículo 26 de la Constitución Nacional en relación con la norma 217 del Código Contencioso Administrativo sobre denuncia del pleito, este despacho observa que en el presente caso no

era aplicable esa norma. A ese punto se refiere y con acierto, el representante del ente demandado en el alegato visible a folios 21 y siguientes" (fls. 40 y 41, cuaderno 1).

Consideraciones de la Sala:

El recurso de anulación se fundamenta en los siguientes cargos:

a) "Se quebrantó directamente el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con los artículos 174, 178 y 179 *ibídem* y los artículos 168 y 170 del Código Contencioso Administrativo". En síntesis —se dice—, el Tribunal no podía en su sentencia fundar la parte resolutiva de ésta, con lo que denominó "prueba trasladada y consistente en la copia auténtica de una diligencia judicial..." (fl. 4).

Como se trata de un recurso de anulación, para su prosperidad exige el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo que con la sentencia se viole directamente la Constitución Política *o la ley sustantiva.*

En el cargo que se estudia se parte de la base de que tanto el artículo 185, como sus concordantes, según afirma el recurrente, son "normas de carácter sustantivo aun cuando se encuentran en códigos de procedimiento".

En verdad, el que una norma esté contenida en un Código de Procedimiento, no es suficiente para determinar su naturaleza. El artículo del Código de Procedimiento Civil, que se ha mencionado como base de concordancia, expresa: Artículo 185. *"Prueba trasladada.* Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de parte contra quien se aducen o con audiencia de ella".

A simple vista, bien claro resulta su carácter procedimental, ya que se refiere al traslado de pruebas y a la forma como deben ser aplicadas por el Juez, "sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubiera practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella".

Del análisis del texto antecitado, no puede, llegarse a la conclusión de que sea una norma atributiva de derechos y obligaciones, por tanto de naturaleza sustancial, sino que se trata de prescribir reglas de conductas procesales. Esta conclusión se refuerza al mirar las disposiciones del mismo código que se enuncian como concordantes, o sean, los artículos 174, sobre *necesidad de la prueba;* 175, sobre *rechazo in límine* y 179, sobre *prueba de oficio y a petición de parte;* y los artículos del Código Contencioso Administrativo: 168, referente a *pruebas admisibles* y 170 sobre el *contenido de la sentencia,* de cuya naturaleza procesal no puede dudarse. Aunque de esta última norma se ha dicho por algunos que es sustantiva "porque prescribe, al Juez cómo debe cumplir el acto más importante del proceso, cual es la sentencia", esta apreciación podría servir, más bien, para reforzar su naturaleza procesal, porque siendo la sentencia no sólo la más

importante resolución judicial, es también el más importante acto procesal, y aunque con su ejecutoria generalmente termina el proceso, no por eso deja de pertenecer a éste y si la sentencia es procesal, las normas que regulan su contenido no pueden catalogarse de naturaleza diferente.

En refuerzo del criterio anterior, conviene acudir a lo que sobre la *"naturaleza de la norma procesal;* enseña el ilustre procesalista argentino Clemente A. Díaz, según el cual, 'la ubicación de la norma nada indica ni aclara con respecto a su naturaleza y condición' ":

"b) Partiendo de la idea del destinatario de la norma jurídica, se ha pensado que el elemento diferencial de la norma procesal consiste en que, mientras en la norma material, el Juez solamente realiza una función de *intermediación* entre aquélla y los sujetos de derecho (justiciables), en la norma procesal el Juez es el destinatario del mandato".

"Esta tesis ha sido perfilada por CALAMANDREI, aunque sin darle mayores desarrollos dogmáticos, y en cierto modo cuenta con el apoyo de ALLORIO. De acuerdo a ella, se distinguen entre las normas que regulan la relación jurídica material y que constituyen el tema de la decisión, de aquellas que regulan la relación jurídico procesal y que constituyen un medio de instrumento para llegar a la decisión; de las primeras, el Juez no es un sujeto de derecho, pues la norma material no impone directos e inmediatos mandatos dirigidos al Juez: Las normas que regulan el contrato no originan derechos u obligaciones del Juez que es ajeno a la disposición contractual celebrada entre las partes; la norma procesal, en cambio, representa un directo e inmediato mandato dirigido a la actividad del Juez incluso en el acto decisorio, por cuanto la norma procesal no le dirá cómo debe fallar, pero le impondrá el deber de fallar".

"....."

"c) El núcleo de teorías más importantes sobre la naturaleza de la norma procesal se atiene a la *finalidad* de la misma, el objetivo que persigue la norma procesal, tratándola de diferenciar de la finalidad y objetivo de la norma jurídico-material".

"Esta corriente de opinión se inicia con BINDING, quien con referencia al derecho penal, distinguía entre normas de valuación y normas de determinación: ..."

"....."

"CARNELUTTI, inspirado fuertemente por esta corriente, contrapone las normas materiales y las normas procesales, a las que caracteriza por su instrumentalidad. La norma jurídico-material es aquella que compone inmediatamente un conflicto de intereses, imponiendo una obligación o atribuyendo un derecho; la norma jurídico procesal no compone el conflicto de intereses, pero en cambio establece los requisitos y condiciones para llegar a la composición del conflicto de intereses; en este sentido es un instrumento para la solución de los conflictos de intereses. La norma material establece que 'los pactos deben ser cumplidos', que frente al Juez solamente constituye una

regla de juicio, pero en forma alguna le indica cómo debe hacer para llegar a concretar la regla de juicio; la norma jurídico-procesal, en cambio, no establece una regla de juicio para solucionar el conflicto de intereses pero establece las condiciones y requisitos para que el conflicto de intereses sea solucionado: Designa qué Jueces son los competentes para conocer, cuáles son los requisitos de la demanda, los medios de prueba, las formas de los actos procesales, e impone al Juez deber de dictar una sentencia" (págs. 55 a 57 "INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL", parte general).

Concretamente, respecto a la sustantividad del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo ya el Consejo de Estado tuvo oportunidad de fijar su criterio en providencia de Sala Plena, de fecha 26 de febrero de 1988, en la cual dice: "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..."

"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".

Lo dicho respecto al artículo 170, se puede aplicar con mayor razón a las demás normas cuyo quebrantamiento se ha señalado igualmente. Por lo anterior no prospera el cargo.

b) Según el recurrente, "se quebrantó directamente el artículo 8º de la Ley 47 de 1968, por aplicación indebida, ya que dicha ley ordenó crear dichos fondos administradores de impuestos con destinación especial para la organización, fomento y desarrollo de los deportes, *'así como para la planeación y ordenamiento de las construcciones de las instalaciones deportivas...'*" (fls. 4 y 5, cuaderno 1).

No ve la Sala cómo puede haber sido violada directamente esta norma, pues mediante ella se ordenó la creación de unos fondos y la planeación y ordenamiento de las instalaciones deportivas; su cumplimiento sería apenas lógico, y lo contrario, o sea que se hubiera incumplido, no aparece probado y para esto habría que ocurrir a las pruebas lo que implicaría que la violación no sería directa. Además del artículo 8º de la Ley 47 de 1968, agrega el recurrente que se quebrantó dicha ley en concordancia con la Ley 49 de 1983 que vino a constituir las denominadas juntas administradoras seccionales de deportes, lo cual en lugar de reforzar la fundamentación del cargo, al generalizarlo, lo diluje, absteniéndose así de expresar "la incidencia de la violación de la norma legal concreta en la parte resolutiva", requisito éste exigido por el artículo 199 del Código Contencioso Administrativo.

Al estudiar el cargo siguiente se verán mejor las razones para que el anterior tampoco pueda prosperar.

c) En la expresión del tercer cargo se afirmó el quebrantamiento directo del "artículo 16 de la Constitución Nacional, fundamento de

la responsabilidad extracontractual del Estado... y se quebrantó dicha norma constitucional, porque se dejó de aplicar para gobernar la situación procesal del Municipio de Ibagué, entidad propietaria del estadio, cosa o hecho que nadie ha negado o desconocido..."

La confrontación que se hace en este cargo tampoco resulta ser directa ya que su análisis habría que hacerlo mediante el examen del acervo probatorio, pero si aún fuera permitido acudir a éste y al aspecto de la carga de la prueba, el resultado también sería negativo.

Obsérvese al efecto que se demanda al municipio para que se le declare como "administrativamente responsable del fallecimiento o muerte del señor Sigifredo Farfán como consecuencia del desplome de una de las tribunas del Estadio... de propiedad del citado municipio..." (fl. 3), pero la parte demandante no sólo no demostró que el Estadio fuera del municipio, sino que el representante judicial de éste probó que la administración correspondía a Coldeportes. Aunque al expediente se allegó una "prueba trasladada" de otro proceso en el cual se practicó sin audiencia de la parte demandante en el presente proceso, su apreciación, sin embargo no estuvo ausente de toda formalidad (art. 185, C. C. A.), sino que, hubo ratificación por parte de los deponentes, si bien en forma deficiente, deficiencia que se procuró subsanar con el aportamiento de las copias de unas sentencias, donde se resuelve sobre pretensiones similares con fundamento en los mismos hechos, siendo de gran importancia para la decisión de la *litis*, el examen de las normas que allí se analizan y que conduce a la convicción del fallador de que a la fecha del accidente (18 de noviembre de 1981) la administración del Estadio corría por cuenta de Coldeportes.

Por lo anterior, tampoco prospera este cargo.

d) Finalmente, se fundamenta el último cargo en la violación del artículo 26 de la Constitución en concordancia con el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, por no habérsele dado el trámite a la "Denuncia del Pleito" que "implícitamente" presentó el apoderado del Municipio de Ibagué.

Como puede verse, se trata de revivir una cuestión de trámite del proceso que nada tiene que ver con el contenido de la sentencia cuya anulación se demanda lo que, por lo mismo, la coloca en la imposibilidad de una violación directa.

Lo anterior quiere decir, que este cargo también es improcedente.

Como nota marginal, la Sala lamenta que la improsperidad de los cargos no le permita hacer algunas precisiones de carácter conceptual contenidas en la sentencia acusada, como aquella de que "la legitimación para obrar, es parte integrante de la acción o pretensión" (fl. 93, cuaderno 2) o que "la legitimación sólo se presenta cuando acciona quien tiene, por ley sustancial facultad para ello" (fl. 94, cuaderno 2), etc.

Por lo demás, y sin que sean necesarias otras consideraciones, 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 prospera el recurso de anulación interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de marzo de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión de fecha 23 de septiembre de 1988.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta,* Con aclaración de voto.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

NORMA DE HABILITACION.—

Consejo de Estado.—

Aclaración de voto del Consejero ponente *doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Número 4843. Actor: Limbania Farfán.

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,* mientras 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 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 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 Universitario 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 CONTRADICCION 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 parace 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 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 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 *JURIDICAMENTE HABILITADA*, por esta norma subsidiaria que SCHREIER ha llamado norma de *HABILITACION*...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 anti-normativo 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 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 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, *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 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, *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 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 jurisprudencial, 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 HABILITACION IMPLICA, EN GENERAL, LO SIGUIENTE: SI UN HECHO DE POSTULACION DE GRADO INFERIOR REBASA LOS LIMITES QUE LE SEÑALA LA SIGNIFICACION DEL GRADO SUPERIOR, DEBEN PRODUCIRSE LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS ESTABLECIDAS POR LA NORMA NULA. DE ESTE MODO Y MEDIANTE UN RODEO A TRAVES DE LA NORMA DE HABILITACION EL PRECEPTO NULO QUEDA INCLUIDO EN EL DERECHO POSITIVO CORRESPONDIENTE Y SE TRANSFORMA EN UN PRECEPTO VALIDO.*

"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, septiembre 30 de 1988.

SENTENCIA.— Motivación.

La motivación de los fallos no tiene una formalidad especial.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO.

La causal de exculpación aceptada (legítima defensa) no podía aplicarse sino en el campo penal, y eso como justificación del hecho delictuoso que se le imputaba al agente; pero no en el campo de la responsabilidad estatal; regulado por otras normas diferentes y en el que la conducta que se tiene en cuenta es la de la persona pública demandada y no la personal del funcionario.

COSA JUZGADA. LITISCONSORCIO FACULTATIVO.

La parte demandante en los procesos acumulados conformó un litisconsorcio facultativo; las personas que no interpusieron la anulación se conformaron con la sentencia del Tribunal; la que para ellos quedó definitivamente ejecutoriada.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., catorce de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 4972. Recurso de anulación. Actor: Arnulfo Castillo Sierra.

Procede la Sala a desatar el recurso extraordinario de anulación incoado por el señor apoderado de los actores en el proceso de la referencia, contra la sentencia de 26 de mayo de 1986.

Los hechos:

Según el escrito introductorio de la impugnación los hechos se resumen así:

1. Los hermanos Castillo Sierra, tres en total, tenían formado un conjunto musical que amenizaba fiestas y reuniones en establecimientos públicos los fines de semana.

2. El dos de marzo de 1980 a eso de las 7:30 p.m. llegaron al restaurante "El Paisa" ubicado en el barrio de Las Américas en la ciudad de Buenaventura, en donde se encontraba el agente de la Policía Nacional Robinson Gamboa Alomía, quien vestido de uniforme y portando arma de dotación oficial, cumplía funciones propias de su cargo.

3. Al representante de la autoridad no le agradó la música que interpretaba el conjunto y "como parecía tener algunos tragos encima", trató de impedir que los músicos siguieran cumpliendo con su trabajo, lo que condujo a un "malentendido" entre éstos y aquél, que terminó con la muerte de Luis Francisco y José Manuel Castillo Sierra y lesionado su hermano Arnulfo, a raíz de los disparos efectuados con su arma de dotación oficial por el señor Gamboa Alomía (fl. 5, cuaderno 1).

La sentencia recurrida:

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca absolvió a la Nación con la tesis de que "permite deducirse con certeza la existencia de un hecho específico cual fue la legítima defensa personal del uniformado que debió repeler el ataque so pena de ser víctima. Con todo, esta conducta de un agente de la administración, dada su causa inmediata, no constituye falla del servicio" (fl. 105, cuaderno 1 bis).

Los cargos al fallo:

1. En primer término se acusa a la sentencia de violar directamente el artículo 163 de la Constitución Nacional.

Estima el recurrente que el *a quo* alteró la jurisprudencia sentada por la sección en sentencia de octubre 28 de 1976 (Actor: Banco Bananero; expediente 1482; Ponente: Jorge Valencia Arango) y por lo tanto "la motivación del fallo recurrido y atinente a estos razonamientos, con base en una jurisprudencia adulterada, no constituye realmente una motivación de la sentencia como lo exige el artículo 163 de la Carta Política del país. Constituye, más bien, una apariencia de motivación" (fl. 13, cuaderno número 1).

Con base en el anterior razonamiento considera el impugnante que "el artículo 163 de la Constitución haya sido violado, en forma directa, por falta de aplicación".

2. Se acusa también a la sentencia de violar el artículo 16 de la Constitución Nacional por interpretación errónea ya que el Tribunal se apartó de los lineamientos señalados en la jurisprudencia citada en el numeral anterior.

La parte central de la inculpación se transcribe a continuación:

> "Pero la interpretación errónea del artículo 16 de la Carta, por el Tribunal, en relación con la mencionada teoría, permitió a dicho Tribunal afirmar la existencia de la 'relación de causalidad

entre la falta o falla en el servicio y el daño', sobre una base extraña al artículo 16 y a la teoría predicha una presunta legítima defensa por parte del policía.

"La interpretación del Tribunal, errónea, permitió a éste creer así afirmarlo y resolverse el proceso sobre esa errónea creencia jurídica, que las autoridades colombianas no están instituídas para proteger la vida y honra y los (sic) bienes de los residentes en el país, sino todo lo contrario: Para sacrificarlos imprudentemente.

"La legítima defensa, cierta o presunta, que ejerce en un procedimiento un uniformado, al tenor de la interpretación del artículo 16 de la Carta y su aplicación a la teoría de la responsabilidad del Estado y por falta o falla del servicio, no es motivo, razón o causal de exoneración de la responsabilidad del Estado, como es fácil constatar.

"La interpretación errónea del artículo 16, por parte del Tribunal, le permitió, en la sentencia recurrida, darle un sentido distinto del que tiene, casi contrario, o contrario totalmente. El verdadero alcance del artículo 16 de la Carta, al tenor de la jurisprudencia antes transcrita del honorable Consejo de Estado, no es la que dio el Tribunal en su sentencia" (fls. 17 y 18, cuaderno 1).

3. En el tercer cargo se acusa a la sentencia de violar en forma directa por falta de aplicación los artículos 16 de la Constitución Nacional; 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 23 del Decreto 2137 de 1983 y por aplicación indebida de los artículos 29 y 30 del Código Penal; 24 a 30 del Código Penal Militar.

A juicio del recurrente las anteriores normas se conculcaron porque no existió la legítima defensa en que se fundamentó la absolución de la demanda.

A continuación se transcribe la parte más importante de la argumentación de este cargo:

"Como el policía victimario, no dio muerte a una persona, sino a dos e hirió a una tercera persona, a quien quiso matar, pero se salvó fingiéndose muerta, es obvio que esa múltiple acción criminal no la ejecutó de un solo golpe, sino en forma sucesiva.

"Así, mató primero a quien el fallo admite que tenía un revólver y atacó —según ese fallo— al policía. Mató luego a una segunda persona, que no portaba arma alguna, pues el revólver no podían portarlo las tres víctimas al mismo tiempo. Y luego trató de matar a la tercera persona, hiriéndola, pues no consiguió el policía su objetivo inicial. Y esa persona estaba desarmada.

"De qué se defendía el policía, al menos respecto de las dos personas víctimas, que estaban desarmadas, mientras el policía accionaba su letal arma de dotación?

"Aquí no hubo legítima defensa, conforme al literal a) de la Resolución número 00168 de 1961 —que es aplicable a procesos como

el presente—, a diferencia de normas del Código Penal y del Código Penal Militar, sino el derecho de carácter punitivo ejercido por la policía, estando ello vedado, prohibido por el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional como acaba de verse atrás.

"Según el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional, en el caso presente la legítima defensa como derecho —que es lo aceptado por el fallo causado— para el policía o en su favor, desapareció desde el momento en que dio muerte a quien de las tres personas portaba el revólver. Las otras dos personas no ofrecían peligro para él, ya estaban inermes.

"De allí la irregularidad del procedimiento adelantado por el policía, que conduce directamente a la falta o falla en el servicio a él correspondiente, como se explicó en cada libelo de demanda y en el alegato de conclusión de la parte demandante.

"El Tribunal, en su sentencia acusada, no aplicó, entonces, el artículo 16 de la Carta Constitucional, ni sólo, ni en armonía con los Reglamentos de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional, o sea la Resolución número 00168 de 1961, literal a) artículo 74.

"Aplicó, por el contrario, los artículos 29 y 30 del Código Penal y 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30 del Código de Justicia Penal Militar, dejando de aplicar los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 23 del Decreto 2137 de 1983.

"Los artículos mencionados de los Códigos Penal y de Justicia Penal Militar, que aplicó, no debieron haberse aplicado, por cuanto en procesos como el presente no se trata ni resuelve nada relacionado con la responsabilidad penal personal del sindicado (agente administrativo, en este caso, o Policía Nacional), sino acerca de la falta o falla en el servicio o anónima de la administración o, lo que es igual, sobre o acerca de la responsabilidad extracontractual de la Nación (Policía Nacional), con base en esa falta o falla.

"Las normas penales son extrañas a procesos como el presente. No tienen ni deben tener aplicación en él, por ello el Tribunal aplicó esa norma (sic) en forma indebida y les hizo tener un alcance que no tienen" (fls. 20 y 21, cuaderno 1).

La defensa de la entidad demandada:

La mandataria judicial de la Policía Nacional se opone a los pedimentos del recurrente con los argumentos que a continuación se sintetizan:

1. En lo que hace relación con el primer cargo opina la apoderada de la Nación que: "No obstante lo ya señalado, claro que el recurrente hace un análisis del fallo del honorable Tribunal Administrativo del Valle, pero, haciendo énfasis en que este hizo una valoración de la prueba, punto de derecho, que como ya lo tiene averiguado la jurisprudencia, se refiere a violación indirecta, que no es recibo en anulación.

"Por lo señalado, es claro que el cargo no puede prosperar, ya que éste no viola directamente, por falta de aplicación, el artículo 163 de la Constitución Nacional" (fl. 42, cuaderno 1).

2. Al segundo cargo se le rebate afirmando que "como puede observarse, no existe interpretación errónea del artículo 16 de la Carta Fundamental, en el fallo recurrido; con todo respeto lo que existe es una interpretación restringida del mismo, por parte de la parte demandante" (fl. 44, cuaderno 1).

3. Sobre el tercer cargo se argumenta que: "El abogado hace un análisis de la violación de la prueba que hizo el Tribunal, para proferir el fallo que hoy se acusa de anulación" lo que de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado no es causal de infirmación de la sentencia.

Además cree que "era imperativo para el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 30 del Código de Procedimiento Penal toda vez que es norma de orden público de imperativo cumplimiento; además, una nueva valoración no puede hacerse, por impedirlo el fenómeno de la cosa juzgada" (fls. 45 y 46, cuaderno 1).

El concepto del Ministerio Público:

La señora Fiscal se opone a la prosperidad del recurso por las siguientes razones:

1. En cuanto a la violación del artículo 163 de la Constitución Nacional conceptúa que: "Lo único que se puede sacar en claro del escrito es que habiendo alegado falta de motivación del fallo, demostró exactamente que sí la hubo, ahora que si la motivación fue equivocada o sus fundamentos mal utilizados, en manera alguna estas circunstancias, por sí solas la suprimen, pero si en gracia de discusión aceptamos que tal equivocación se presentó en el fallo recurrido, tampoco ella constituye causal de anulación. Finalmente, en este primer cargo no fue expresada la incidencia de la violación del artículo 163 de la Constitución en la parte resolutiva del fallo" (fls. 51 y 52, cuaderno 1).

2. Al segundo cargo se opone porque: "El recurso extraordinario de anulación no tiene como meta unificar las decisiones de los Tribunales, sometiéndolas a la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta clase de argumentaciones valdría para el extraordinario de súplica, si estuviéramos frente a una decisión proferida por una de las Secciones del Consejo de Estado que estuviera abiertamente contraria a la jurisprudencia de la Corporación, y no para sustentar un recurso extraordinario de anulación; a las fallas de orden técnico anotadas, se agrega la no expresión de la incidencia de la violación del artículo 16 de la Constitución Nacional en la parte resolutiva del fallo acusado..." (fl. 52, cuaderno 1).

3. Sobre la tercera acusación afirma que: "La motivación de este cargo, se redujo a expresar afirmaciones de manera general contra la sentencia sin llegar a establecerlas por la vía de la demostración" (fl. 53, cuaderno 1).

Para resolver, se considera:

Primer cargo:

Para decidir su no prosperidad sería suficiente repetir lo dicho por el Ministerio Público o por la apoderada de la Policía Nacional. Montar la argumentación en la falta de motivación de la sentencia porque ésta no coincide con las apreciaciones personales de quien la alega es, quizás, exceso de imaginación. Como también lo es dar a entender que la jurisprudencia del Consejo es norma de obligatorio acatamiento.

La motivación de los fallos no tiene una formalidad especial. Por eso el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil enuncia únicamente, en líneas generales, cuál es su contenido. Así, la norma prevé que deberán analizarse los hechos, las pruebas en su conjunto, las normas jurídicas pertinentes y los argumentos de las partes; para con base en dichos análisis resolver las pretensiones. Este es el marco, pero no exige la ley que lo dicho tenga que coincidir con el querer de la parte que busca una sentencia en determinado sentido, o que la motivación deba someterse a tal o cual molde formal.

Vista la decisión recurrida, se observa de folios 88 a 105 una extensa motivación, en la que se destaca el análisis de los hechos y su comprobación, a más de las apreciaciones jurídicas de rigor.

Segundo y tercer cargo:

La Sala estima que estos dos cargos deberán ser estudiados en su conjunto, dada su íntima relación. Para el recurrente, la decisión del Tribunal del Valle viola directamente los artículos 16 de la Constitución; 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 23 del Decreto 2137 de 1983, por falta de aplicación; 29 y 30 del Código Penal; y 24 a 30 del Código de Justicia Penal Militar.

En su escrito estima el impugnante que la legítima defensa no es causal de exoneración de la responsabilidad estatal, como la calificó el Tribunal; que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que una es la responsabilidad penal del agente infractor de la ley penal y otra diferente la patrimonial del ente estatal al que está vinculado dicho funcionario. Pero que, además, ni siquiera en el presente caso puede hablarse de legítima defensa porque el agente actuó por fuera de reglas del servicio público, en forma excesiva e innecesaria.

Considera el recurrente, en un primer enfoque, que la sentencia del Tribunal viola el artículo 16 de la Carta, por interpretación errónea y por haberse apartado de los lineamientos de la jurisprudencia.

Lo así alegado escapa a la técnica misma del recurso de anulación y más parece un cargo propio del recurso de súplica por infracción o desconocimiento de la jurisprudencia de la Corporación.

Pero para ese mismo recurrente la sentencia viola la Constitución en su artículo 16 y las normas citadas, al aplicar a la responsabilidad estatal una causal de exoneración contemplada en la ley, que no opera sino en el campo penal y eso como justificación del hecho punible.

Para la Sala el fallo sí viola en forma directa las normas citadas, tal como pasa a explicarse:

Se aclara en primer término y para evitar equívocos, que en torno a la situación fáctica no existe discrepancia alguna. Mientras la justicia penal calificó la conducta del agente como enmarcada en una causal de justificación y lo sobreseyó, la sentencia del Tribunal aceptó la circunstancia anotada pero para absolver a la administración de responsabilidad patrimonial.

Se recalca la no discrepancia probatoria para poder afirmar que la evaluación de las pruebas no tuvo incidencia en la violación de las normas citadas y para reafirmar que su infracción fue directa. Se evidencia este tipo de infracción al constatar que el Tribunal le dio a las reglas sobre legítima defensa un alcance y un campo de aplicación que no tienen. La causal de exculpación aceptada (la legítima defensa) no podía aplicarse sino en el campo penal, y eso como justificación del hecho delictuoso que se le imputaba al agente; pero no en el campo de la responsabilidad estatal regulado por otras normas diferentes y en el que la conducta que se tiene en cuenta es la de la persona pública demandada y no la personal del funcionario. Tan cierto es esto que cuando el hecho perjudicial se debe exclusivamente a su culpa personal, deslindada en un todo del servicio público, cabe hablar de su responsabilidad pero no de la del ente público a que pertenece.

Aunque el Tribunal no lo diga explícitamente sí está dando a entender con su fallo que la absolución de la Nación se debió a la legítima defensa que se le reconoció al agente. Con esto equivocó la aplicación del derecho porque le hace producir a la causal de exculpación penal una consecuencia por fuera de su órbita propia.

No puede olvidarse —se repite— que una es la responsabilidad penal por los delitos o las culpas y otra la responsabilidad del Estado por falla del servicio. Mientras aquélla es personal, la falta del servicio es normalmente anónima. El hecho de que frente a ésta pueda darse también la identidad del funcionario que con su conducta puso de presente esa falla, no varía el enfoque del asunto; como tampoco lo varía que esa conducta personal, por su lado, deba ser calificada penalmente. Quiere decir, entonces, que el hecho podrá juzgarse con sujeción a la ley penal si revela una conducta punible en el agente y podrá ser confrontado con las normas que regulan la prestación del servicio público como indicio de un mal funcionamiento de éste.

Y pese a que en estos casos la responsabilidad penal no condiciona a la administrativa, ya que el agente puede ser absuelto de la imputación penal y condenada la entidad pública por falla en el servicio o viceversa (de allí la no prejudicialidad penal en los asuntos de responsabilidad estatal), la conducta del agente público y la de la víctima, como reveladoras de la forma como se desarrollaron los hechos, no podrán ser del todo ajenas en la definición del litigio de responsabilidad patrimonial de la administración.

En este orden de ideas, no es lo mismo, v. gr., que el agente del orden, en horas de servicio, en estado de embriaguez y en ejecución

de un procedimiento irregular, hiera o mate a un particular inerme sin que medie provocación alguna, a que la muerte o las lesiones se daban al hecho de que agredió en forma injusta, desproporcionada y grave al agente y éste, en legítima defensa, haya disparado el arma de dotación oficial como única salida válida y posible para salvar su vida.

Mientras en el primer caso no existe duda sobre la responsabilidad de la administración por falla del servicio (éste funcionó mal o en forma inadecuada), en el segundo, esa responsabilidad, en principio, no se da, por culpa exclusiva de la víctima; o, en otros términos, porque no existe la relación de causalidad entre el hecho de la administración y el daño. Aquí éste se debió, con exclusividad, a la conducta injurídica de la víctima y no al hecho de la administración.

Por otra parte alguna ha dicho la jurisprudencia que las autoridades militares o de policía no puedan defenderse legítimamente de una injusta y desproporcionada agresión y que siempre que lo hagan se dará la falla del servicio. No, éste no puede ser el enfoque del problema, no sólo porque son dos situaciones diferentes, sometidas a régimenes distintos, sino porque su aceptación (el condicionamiento de una conducta por la otra) rompería los esquemas de la racionalidad y colocaría a la autoridad en un plano de inferioridad al imponerle, como principio, la indefensión.

Si los miembros de las Fuerzas Armadas no pudieran defenderse legítimamente, se estaría patentando la libre agresión contra éstos.

Producido el hecho delictuoso, se dijo atrás, la conducta del agente público se subsume en la normatividad penal. El Juez en este campo no puede salirse de los supuestos legales del tipo penal correspondiente. Pero no quiere decir ésto, que el Juez de la responsabilidad administrativa esté ligado por el mismo marco normativo como si su responsabilidad fuera indirecta, por el hecho ajeno o de las personas que están bajo su cargo o dependencia. No, desde hace muchos lustros se definió esa responsabilidad como directa, porque el funcionario que actúa es el Estado mismo y no un simple dependiente suyo.

En los casos de falla del servicio del funcionario identificado la responsabilidad administrativa no varía; lo que sucede es que es más fácil su definición porque al evaluar su conducta se puede concluir con mayor certeza que el servicio funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente.

En suma de lo expuesto, se anota:

La sentencia recurrida violó las normas sustantivas (arts. 3º y ss. del Decreto 2137 de 1983; 29 y 30 del C. de J. P. M.) que regulan el alcance y los efectos de la legítima defensa, por indebida aplicación; como también infringió el artículo 16 de la Carta por interpretación errónea; violó aquéllas porque las aplicó a un evento que no lo per-

mitía (la legítima defensa en el campo de la responsabilidad estatal por falla del servicio); e infringió éste al darle un alcance diferente al que se desprende racionalmente de su texto.

Lo precedente es suficiente para anular el fallo del Tribunal.

Para tomar la decisión de instancia, se considera:

Como es obvio, en este orden de ideas la Sala no entra a cuestionar la legítima defensa que se le aceptó al agente homicida como justificación de su delito. Pero esto no quiere significar que esa conducta no pueda subsumirse en las reglas que gobiernan la responsabilidad estatal, para inferir de ella si el servicio policivo funcionó correctamente o si, por el contrario, ese funcionamiento no sólo fue inadecuado sino perjudicial.

Para la Sala, la falla del servicio sí se puso de presente, porque existen pruebas dentro del proceso que muestran el procedimiento irregular, innecesario e imprudente del agente Robinson Gamboa Alomía, el que con su accionar desencadenó la tragedia que culminó con la muerte de los hermanos Castillo Sierra (Luis Francisco y José Manuel) y con las lesiones de Arnulfo, hermano de los anteriores.

Aunque la prueba testimonial no es por sí sola suficiente para declarar la existencia de la falla del servicio policivo, existen en el expediente las copias de las providencias mediante las cuales se decidió la investigación disciplinaria seguida por la autoridad competente (Comando del Departamento de Policía Valle y Dirección General de la Policía) contra el agente Gamboa A. que acreditan la existencia de esa falla en forma plena o suficiente.

Del proveído de primera instancia (abril 15 de 1980, a fl. 17, cuaderno número 3) se infiere que el agente Gamboa Robinson fue declarado responsable disciplinariamente de los hechos que culminaron con la muerte de los hermanos Castillo Sierra y las lesiones de Arnulfo y debió ser retirado en forma definitiva del servicio por haberse comprobado que al momento de la tragedia estaba ingiriendo licor en un establecimiento público (cantina), uniformado y portando su armamento de dotación.

El fallo de segunda instancia (confirmatorio del anterior, julio 14 de 1980 a fls. 19 y ss.) es más elocuente aún. Para muestra se transcriben los siguientes apartes:

> "Que a través del informativo de carácter disciplinario adelantado en el Departamento de Policía Valle, se observa que el AG. Gamboa Robinson es responsable de cometer faltas que por su naturaleza y trascendencia lesionan gravemente la moral y prestigio de la institución, consistente en dedicarse a ingerir licor en un establecimiento público, en traje de uniforme y portando su arma de dotación oficial, haciendo de éste uso innecesario, resultando como consecuencia la muerte de los señores Luis Francisco y José Manuel Castillo Sierra y herir a Arnulfo Castillo Sierra en actos fuera del servicio ni por circunstancias inherentes al cargo. Hechos ocurridos el día 2 de marzo de 1980 en la ciudad de Buenaventura.

"En mérito de las anteriores consideraciones, el suscrito Director General de la Policía Nacional, en uso de sus atribuciones reglamentarias,

"RESUELVE:

"1. Separar de modo absoluto de la institución al AG. Gamboa Robinson identificado con la cédula de ciudadanía número 6.172.613 de Buenaventura por habérsele comprobado que incurrió en faltas constitutivas de mala conducta, sancionadas en el artículo 126 del R. D. H. consistentes en dedicarse a ingerir licor en establecimientos públicos, en traje de uniforme, portando el arma de dotación oficial y hacer uso de ésta innecesariamente, resultando como consecuencia de estos hechos las muertes de los hermanos Castillo Sierra e hiriendo a Arnulfo Castillo Sierra, en concordancia con lo previsto en el artículo 37, literal b), numeral 2º del Decreto 609 de 1977.

"Declárase que la decisión disciplinaria es independiente de la acción penal a que haya lugar".

En la hoja de vida del agente (a fl. 27 del cuaderno número 2, Aurora Fernández de Castillo) figura la siguiente leyenda que coincide con la transcripción que precede. Allí se lee:

"Con fecha 4 de agosto de 1980, retírase del servicio activo de la Policía Nacional del Departamento de Policía Valle, en forma absoluta por mala conducta comprobada consistente en dedicarse a ingerir licor en traje de uniforme y arma de dotación oficial y hacer uso de ésta innecesariamente resultando como consecuencia de estos hechos las muertes de los hermanos Castillo Sierra e hiriendo a Arnulfo Castillo Sierra, decisión disciplinaria independiente de la acción penal a que haya lugar".

Los perjuicios:

La falla del servicio produjo perjuicios a las personas damnificadas. Pero éstas no podrán ser en este nuevo fallo de instancia las mismas que fueron aceptadas como partes en los procesos números 3527, 3840, 2947 y 3387 porque no todas formularon el recurso de anulación. Para confirmar este aserto basta observar los poderes otorgados para el efecto.

La restricción anotada obedece al hecho de que la parte demandante en los procesos acumulados conformó un litisconsorcio meramente facultativo; en el cual cada uno de ellos podía considerarse como un litigante separado, con actuaciones personales que no redundan en provecho o beneficio de los demás, sin que por ello, como lo dispone el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil, se afecta la unidad del proceso.

En los casos de litisconsorcio meramente facultativo los litisconsortes habían podido demandar cada uno por separado.

Esto explica que las personas que no interpusieron la anulación se conformaron con la sentencia del Tribunal; la que para ellos quedó

definitivamente ejecutoriada. En cambio, para los recurrentes en anulación la nueva sentencia de instancia (consecuencia de la prosperidad del recurso) sólo los favorecerá a ellos.

El punto está íntimamente vinculado con la cosa juzgada, en la forma como aparece regulada para los procesos de reparación directa en el inciso final del artículo 175 del Código Contencioso Administrativo. Por lo tanto, la nueva sentencia de reemplazo de la del Tribunal no podrá aprovechar sino a los que intervinieron en el proceso de anulación.

Precisado lo anterior, se observa:

Proceso 3527.

De las personas tenidas como demandantes, no pidieron anulación las siguientes: Jorge Eladio, Carlos Julio y Aura Rosa Castillo S. (hermanos carnales de José Manuel); Ramón Hernando, José Gonzaga, Blanca Inés y José Evert Castillo F. (hermanos medios del mismo). No se incluyen aquí las pretensiones de Rosa Tulia, Adonaí, Héctor y María Teresa Castillo F., porque su demanda fue rechazada inicialmente.

Proceso 3840. De los demandantes aceptados, porque su documentación se ajustaba a la ley, no formularon anulación: Mariela Tórres García de Castillo, Nury Nalda y Ladi Castillo T.; Aura Rosa, Carlos Julio y Jorge Eladio Castillo S.; María Aurora Fernández de C., Ana Tulia Castillo F., Ramón Hernando, José Gonzaga, Blanca Inés, José Evert y Doneys Castillo F., Héctor Euclides, Adonaí y María Teresa.

Proceso 2947. De los demandantes aceptados, no pidieron la anulación: Carlos Julio, Aura Rosa y Jorge Eladio Castillo Sierra (hermanos de Francisco Luis). Se observa que en este proceso no se aceptó la demanda en relación con Arnulfo Castillo S. e hijos y Aurora Fernández de C.

Proceso 3387. De los demandantes tenidos en cuenta, no dieron poder para la anulación: Aurora Fernández de Castillo, Ramón Hernando, José Gonzaga, Blanca Inés, José Evert y Doneis Castillo F., Rosa Tulia Castillo F., Adonaí, Héctor y María Teresa Castillo F.

Proceso 4972. En éste, que es propiamente el recurso de anulación, da poder Luz Estela Castillo sin haber sido aceptada como parte en la instancia.

Las personas que por exclusión, quedan cubiertas por este fallo acreditaron dentro del proceso su legitimación activa, de conformidad con la ley.

En ese orden de ideas, la sentencia no podrá favorecer sino a las siguientes personas: Alicia Castillo de Castillo, María Fanny, Rosa Edith, Jimena, José Edwing y Johny Mauricio Castillo.

Proceso 3527. Arnulfo Castillo S., Nidia Patricia, Yon Fredy y William Castillo T. Proceso 3840. María Deyanira Castillo de C. María Margarita, Aracelli, Ercilia, Luis Ferney y Olairo Castillo Castillo (Proceso 2947).

Los perjuicios sufridos por estas personas.

Según las pretensiones éstos fueron tanto morales como materiales.

Para los primeros, dados los vínculos de parentesco y la jurisprudencia reiterada de la Sala, se impondrá condena en gramos oro, con su equivalencia en pesos colombianos así, según la certificación que a la fecha de ejecutoria de esta providencia expida el Banco de la República.

Para Alicia Castaño de Castillo (cónyuge sobreviviente de José Manuel Castillo S.), María Fanny, Rosa Edith, Jimena, José Edwin y Johny Mauricio Castillo Castaño (hijos legítimos del matrimonio Castillo Castaño); María Deyanira Castillo de C. (cónyuge sobreviviente de Luis Francisco Castillo S.), María Margarita, Aracelli, Ercilia, Luis Ferney y Olairo Castillo Castillo (hijos legítimos del matrimonio Castillo Castillo), el equivalente de 1.000 gramos de oro para cada uno. Arnulfo Castillo Sierra el equivalente a 700 gramos de oro.

Para Nidia Patricia, Jon Fredy y William Castillo Torres de a 500 gramos de oro para cada uno.

No excede la Sala el máximo señalado por la jurisprudencia, pese a la magnitud de la tragedia porque el máximo de dolor que puede sufrirse por la pérdida de los seres queridos no es susceptible, racionalmente, de acumulación.

En cuanto a los perjuicios materiales sufridos por los damnificados, se anota:

Familia Castillo Castillo.

Se desprende de la prueba testimonial que el señor Luis Francisco Castillo S. velaba por el sostenimiento de su cónyuge e hijos, pero la prueba testimonial que obra en el expediente (proceso 2947) no es suficiente para determinar sus ingresos laborales, por no hacer referencia a las actividades que cumplía en Buenaventura, ciudad en la que estaba domiciliado en la fecha de su muerte. Por lo tanto, la condena tendrá que hacerse en abstracto para su liquidación incidental. De no probarse esos ingresos, la liquidación deberá hacerse con base en el salario mínimo de la época, para el sector primario. En este evento, de la cifra así establecida, se tomará un 50% para su familia y el resto para su propia subsistencia.

En el primer caso, ingresos laborales por encima del mínimo, la proporción será del 75% para su familia, entendiendo sólo su cónyuge y los hijos menores hasta la mayoridad.

Familia Castillo Castaño.

Testimonialmente se acreditó que el señor José Manuel Castillo velaba por el sostenimiento de su familia, compuesta por su señora Alicia Castaño de Castillo y por sus hijos legítimos. Pero esa prueba no es suficiente para determinar sus ingresos y menos para precisar qué percibía en sus múltiples actividades: cacharrero o comerciante, músico, peluquero y sastre. En el incidente, porque esta condena

también será en abstracto, deberá precisarse su ingreso promedio mensual. De lo contrario se hará en la forma indicada para la familia Castillo Castillo.

En cuanto al señor Arnulfo Castillo S. no existe prueba que acredite los perjuicios materiales que sufrió, aunque se estableció que fue herido por el agente Robinson Alomía, en un pié. Pero no existe prueba de que de allí se derivó una incapacidad física o se produjo una merma de capacidad laboral; y que, además, tuvo que hacer determinados gastos para su recuperación. La constancia del doctor Carlos Situ López (cuaderno número 2, proceso 3840), aunque no es plena prueba, es un indicio de que la herida fue leve y no dejó secuelas.

La liquidación que deberá hacerse tendrán en cuenta los períodos aceptados tradicionalmente para la indemnización consolidada y para la futura; y deberá sujetarse a las tablas matemáticas para su reajuste, con base en los índices de precios al consumidor que certifique el DANE, con referencia a la fecha del suceso trágico y a la de ejecutoria de esta sentencia. La actualización de la condena está expresamente solicitada en las distintas demandas acumuladas.

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:

1. Anúlase la sentencia de 29 de mayo de 1988 dictada por el Tribunal Administrativo del Valle. En su lugar y como fallo de instancia, se dispone:

a) Declárase responsable a la Nación —Policía Nacional— por la muerte de los señores José Manuel y Luis Francisco Castillo Sierra y por las heridas sufridas por Arnulfo Castillo Sierra;

b) En consecuencia: Condénase a la citada entidad a pagar a las siguientes personas, por concepto de perjuicios morales, la equivalencia en pesos de las cantidades que se enuncian a continuación en gramos de oro, así: Alicia Castaño de Castillo, María Fanny, Rosa Edith, Jimena, José Edwing y Johny Mauricio Castillo Castaño, María Deyanira Castillo de Castillo, María Margarita, Aracelly, Ercilia, Luis Ferney y Olairo Castillo Castillo, de a 1.000 gramos de oro para cada una de las personas citadas. Para Arnulfo Castillo Sierra 700 gramos de oro.

Nidia Patricia, Yon Fredy y William Castillo Torres de a 500 gramos de oro para cada uno.

La equivalencia en pesos la hará el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta providencia. Se entiende esta condena en concreto;

c) Condénase igualmente a la citada entidad a pagar perjuicios materiales, en abstracto, a los damnificados de los señores Luis Francisco y José Manuel Castillo S., o sea en su orden a favor de María Deyanira Castillo Castillo, cónyuge del primero y de sus hijos legíti-

mos María Margarita, Aracelli, Ercilia, Luis Ferney y Olairo Castillo; Alicia Castaño de Castillo (cónyuge sobreviviente de José Manuel) y de sus hijos legítimos María Fanny, Rosa Edith, Jimena, José Edwing y Johny Mauricio Castillo Castaño; y Arnulfo Castillo Sierra.

La concreción de la condena deberá hacerse con sujeción al trámite indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y de acuerdo con las precisiones hechas en la motivación.

Deniéganse las demás súplicas de los procesos acumulados números 3527, 3840, 2947 y 3327.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 13 de octubre de 1988.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta*, Con aclaración de voto.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

Consejo de Estado.—

Salvamento de voto del *doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: 4972. Actor: Arnulfo Castilla Sierra.

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* dictadas 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 ejecutoriadas 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 sólo 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 lo pertinente 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 identidad jurídica de partes".

C) Es indiscutible, igualmente, que el ordenamiento jurídico colombiano está concebido como una plenitud hermética, conclusión que fluye 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 coincide 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 LOGICA JURIDICA Y LA NUEVA RETORICA", Ch. Parelman enseña que "...nos encontramos en presencia de una *antinomia* cuando, con referencia a un caso concreto, existen, en el referido sistema, dos directivas incompatibles, a las cuales no es posible ajustarse simultáneamente, bien sea porque imponen dos obligaciones en sentido opuesto o porque una prohíbe lo que la otra permite y no hay, por tanto, medio de conformarse a una sin violar la otra". Agrega luego: "...Así entendidas, las antinomias no 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 consiguiente, 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 Bobbio, en su obra "Contribución a la Teoría del Derecho", y bajo el rubro *"las antinomias jurídcas"*, 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 dependan precisamente de la falta de rigor*. Se puede decir que 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 'se derrumba' un sistema 'si existen en él proposiciones indecisas', deberíamos tener buenas razones para creer que no se derrumba el sistema jurídico, ni tampoco la posibilidad de una ciencia jurídica, *por el solo 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 sí, 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 ELIMINACION 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 SOLUCION.* Se puede añadir que de hecho, respecto a las cuestiones antinómicas, el principio de la certeza del derecho es violado continuamente porque *EN LA PRACTICA UN JUEZ ACEPTA, FRENTE A UNA PROPOSICION 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 antinomias, 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 positivo.

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 o 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 registrar 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 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 identidad jurídica de partes..." (arts. 174 y 175, C. C. A.).

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".

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 indicaran 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. C.), 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 o *'sui géneris'*, 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 su 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 impugnativa 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 le puede encuadrar en el marco del derecho de recurrir, considerando como posibilidad inherente 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 la 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 ACCION QUE INAUGURA UN NUEVO PROCESO* que se dirige contra otro proceso generalmente corrompido por el fraude. Se incorpora, pues, el acampo de la significativa preocupación contemporánea de la doctrina procesal 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 ss.).

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 el 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 condenada 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 NINGUN SENTIDO QUE LOS DERECHOS DE LAS PARTES NO SE VEN AFECTADOS POR LA SENTENCIA...* Las sentencias no pueden ser correcta 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, aun 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, págs. 193 y ss.).

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 me lo disputa, aunque la razón esté de parte de mi vecino. Pero el Juez tiene que proceder conforme a lo alegado y probado y por eso puede decirse que es siempre más justo que el legislador, porque aprecia mejor la individualidad del caso. Como obra humana, su sentencia está sujeta a error; pero las posibilidades de injusticia material están reducidas al extremo límite por la segunda instancia y la casación, 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 representa frente a la seguridad —lo que el interés particular, que debe ceder ante el interés general— precisamente por exigencia de la justicia" (Filosofía del Derecho. Bosch. págs. 620 y 621).

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 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 JURIDICO 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 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 HABILITACION...* 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 puesto 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 cualquier 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 transcendental 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 VALORACION JURIDICA 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 intersubjetividad un estado ambiental contra lo que ella califica de entuerto, el Juez se decida a fallar CONTRA LA LEY mediante*

la HABILITACION como recurso extremo. Sólo en semejantes hipótesis su sentencia tendría todavía fuerza de convicción. Con esto se viene a decir que la fuerza de *CONVICCION MATERIAL O AXIOLOGICA* 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 sentencia 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 ESTA 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 INTERPRETACION.* 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 ss.) (Subraya la Sala).

Transitando por el mismo sendero conceptual, ENRIQUE AFTALION, 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 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 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 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, 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 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, 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 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 HABILITACION* es una alternativa que, a lo largo de la creación graduada del derecho, *PER-*

MITE CONFERIR VALIDEZ A CUALQUIER NORMA SURGIDA DE LA MISMA CUALQUIERA SEA EL PROCEDIMIENTO DE SU CREACION Y CONTENIDO DE DICHA NORMA" (Obra citada, págs. 950 y ss.).

También ANTONIO LUIZ MACHADO NETO, en su obra 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, hay 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 HABILITACION 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 confirme 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*".

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 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 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 anterior, le damos el nombre de *norma de habilitación* (Rechtskrafnorm). *LA NORMA DE HABILITACION IMPLICA, EN GENERAL, LO SIGUIENTE: SI UN HECHO DE POSTULACION DE GRADO INFERIOR REBASA LOS LIMITES QUE LE SEÑALA LA SIGNIFICACION DEL GRADO SUPERIOR, DEBEN PRODUCIRSE LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS ESTABLECIDAS POR LA NORMA NULA. DE ESTE MODO Y MEDIANTE UN RODEO A TRAVES DE LA NORMA DE HABILITACION EL PRECEPTO NULO QUEDA INCLUIDO EN EL DERECHO POSITIVO CORRESPONDIENTE Y SE TRANSFORMA EN UN PRECEPTO VALIDO.*

"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 una 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 habilitada, 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 des-

centralizadas 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, convocación para ella, por la vía del artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, así se disimule el adefesio con la calificación de recurso extraordinario.

En sana lógica no tiene presentación alguna que donde no es posible interponer un recurso ordinario, si sea permitido uno extraordinario.

Cuarta antinomia.

Tesis:

"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".

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 a la ley 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 ponía tacha al 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 1149, 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, y creando dos recursos distintos que se refieren claramente a materia y causales totalmente diferentes, de validez, de nulidad, de juridicidad, de prueba, pero no de precedente jurisprudencial armónico como lo son los recursos de revisión (Código nuevo, art. 183)...*Por más esfuerzo que se haga no podrá llegarse válidamente a la afirmación de que los actuales recursos contenciosos de revisión o anulación son apenas sustitutivos o supletivos del recurso de súplica, o que lo absorven 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 complementarios 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 llegó 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 artículo 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 implícito en todas las Constituciones 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, exige 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 1848, cuando termina el de los Reyes, pero que sólo tiene su realización práctica a mediados del siglo XIX. Respecto de los nocivos alcances de esta 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 las 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 éste 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 iliberal que el sistema político despótico. Celosamente codiciosos 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 donde ha sido posible, se le ha cercenado la libertad de movimiento al Juez; recelosa y desconfiadamente se le ha secuestrado su arbitrio. *Apenas si 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. 'TU ERES LIBRE ¡OH JUEZ! Solamente debes observar un millón de artículos'* (Beradt).

"Es difícil de comprender, a la verdad, 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 empleado 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 CODIFICACION*. 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 DEMAS 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 siglo XIX, desde el Código general de Comercio Alemán hasta el Código Civil, la Ordenanza de procedimiento civil Austriaca 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 esta 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 OBLIGACION 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 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 Juez 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 malhumor, 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 voluntas regis,* sin salvedades, *a la voluntas 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 austriaca), 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 MAS COMODA Y MAS FACIL 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 esto quedaba cumplida su tarea. No necesitaba sumirse en profundas meditaciones; el legislador, éste *'gran sociólogo'*, pensaba por él. Era ésta 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 DESVIA DE EL. ES AUN PARA EL JUEZ POCO INTELIGENTE, UNA GUIA SEGURA LA LEY CLARAMENTE ESCRITA, Y PARA EL DE CARACTER IMPETUOSO, UNA BARRERA FIRME.*

"b) Pero frente a estas ventajas, aun cuando sean 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 ésta 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 quién 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 confirma 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 JURIDICO ORIGINARIO DEL QUE APLICA LA ULTIMA.*

"Cuando el Juez se contenta y a de contentarse con que su sentencia sea un medio para seguir la ley, *PIERDE LENTAMENTE LA AGUDEZA DE SENTIDO PARA EL PROBLEMA DE DETERMINAR SI SU RESOLUCION ESTA TAMBIEN 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 subterfugios para doblegarla. Esto ocurre en la ense-

ñanza 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 CRISTOSOCIOLOGICO. Sobre el vocablo, 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 ésta coincide con aquél resultado bien; pero si no ocurre así, entonces, o la ley no está expuesta con libertad, o se comprueba que existe una laguna, *o se adopta una resolución contraria a la ley, hay oposición jurídica 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 de una deficiencia de esa voluntad" (Reflexiones sobre la ley y los Principios Generales del 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 coordinación, *CON SOMETIMIENTO PLENO A LA LEY Y AL DERECHO".*

"Segunda. ...el dogma de la posición del Juez como *bouche qui proce les paroles de la loi, como étre inanimé,* en la clásica expresión de Montesquio 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 Bulow Reichel e Isay en el mundo Germánico y Cardoso en el Anglosajón, entre otros muchos, hicieron patente defintivamente 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 CREACION O PRODUCCION DEL DERECHO,* que en toda interpre-

tación judicial de una norma hay necesariamente una conformación valorativa de esta norma, *QUE TODA DECISION JUDICIAL ENTRAÑA UNA DECISION ORIGINARIA SOBRE EL ORDEN JURIDICO...*" (García de Enterría. Obra citada, pág. 21).

Por este 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 una gran civilista dogmática, 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 *Decrecho 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 *fáctum* 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 entre ley y razón, y, a la vez, en cuanto construido sobre los dogmas rousseaunianos, partía de la estricta correspondencia entre ley, como emanación de la voluntad general, y libertad humana. El advenimiento de 'el reino de la ley' fue saludado así como la autora de una época nueva y luminosa en la que la 'alineación' del individuo en sociedad (que había hecho de aquél un ser 'encadenado' desde los orígenes mismos de la Historia) quedaría definitivamente rota, y fundo con ello la posibilidad de un hombre nuevo. Aquellas ideas y estas esperanzas se han quemado del todo desde que fueron propuestas. La sociedad actual no las comparte ya, y, mucho más, ocurre todavía que, como un resultado de la experiencia histórica inmediata *ha comenzado a ver en la ley algo en sí mismo neutro, que no sólo incluye en su seno necesariamente la justicia y la libertad, sino otra con la misma naturalidad puede convertirse en la más fuerte y formidable 'amenaza para la libertad'. INCLUSO EN UNA FORMA DE ORGANIZACION DE LO ANTIJURIDICO, O HASTA EN UN INSTRUMENTO PARA 'LA PERVERSION DEL ORDEN JURIDICO'.* 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 que 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. Ellas, como lo predica Kelsen, son un marco de posibilidades de interpretación. Por lo menos dos, la de ser aplicadas o no aplicadas. Por ello es posible que todos los Jueces de la República, frente a una 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 no puede dar pié para concluir que el principio constitucional de '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 Reich 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 fe la expresión paremiológica: *Lege non distinguente nece 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 equivocaciones 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 Radbruch, tomándolo de Petrasyski, y que se se concreta así:

"En el andén de una estación ferroviaria de Polonia había un letrero que transcribía un artículo del reglamento de ferrocarriles, cuyo 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 tamaño' 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 dé 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 los perros.

"Sin embargo, no sólo todo jurista, sino incluso cualquier lego en materia del derecho pero con sentido común, habrá de reputar como descabellada 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 éste 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 Porrua, pág. 165).

Finalmente, Eduardo García Enterría también se ocupa del estudio de este aspecto relacionado con la ley clara, para enseñar:

"El viejo apotegma *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 eludirla, aunque lo quisiera. Debe obediencia a la ley, pero, en la lúcida frase de Philip Heck, 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 jurídica dedica Luis Recasens 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 formas 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 estas 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:

ORIENTACION: "...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. Perelman, en su obra la Lógica Jurídica y la Nueva Retórica, quien predica que: "La revelación que hoy nadie discute, de los crímenes cometidos por la 'policía' estaliniana, plantea de una manera cruel el problema del derecho positivo de un país dado. Lo determinan únicamente los textos constitucionales y legislativos válidos y formalmente 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 promulgados 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 Nurentang, 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 pendiente, 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 la ley. La solución buscada no sólo debe poder insertarse en el sistema, sino también..... como social y moralmente aceptable* para las partes y para el público ilustrado..."

"Después de algunas decenas de años asistimos a una reacción, que, sin llegar a retornar al derecho natural a la manera que éste se presentó en los siglos XVII y XVIII, sin embargo, confía al Juez la misión de buscar, para cada litigio 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. 178 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 Subsumtionsapparap, 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 éste 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 HERMENEUTICA 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 Norte Americana. 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 ésta 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 qué ateneres, ha sido extremadamente difícil.
>
> "No puede entonces resultar extraño que el Consejo de Estado haya utilizado una metodología a menudo cambiante. En

unas ocasiones da definiciones en términos aparentemente precisos, pero cuyo contenido concreto necesita definirse en cada caso: Es el procedimiento que se podrá denominar de definiciones estables con contenido variable. *En otros, regímenes jurídicos diametralmente opuestos coinciden con conceptos antinómicos, en los que la línea fronteriza está definida de una manera tal, que el Juez puede moverla discrecionalmente en cada caso, de tal forma que el régimen deseado por el Juez condiciona la determinación de la noción: Fórmula que se denomina de nociones limítrofes con fronteras variables. A veces se tiene la impresión de que algunas ventajas se conceden en bloque para 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 arbitrado 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 ESOTERICO,* 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: *'CONSTRUCCION INTELECTUAL ORIGINAL QUE ALIA CURIOSAMENTE EMPIRISMO Y SENTIDO DE LA REALIDAD, SUTILEZA Y GUSTO POR LAS MATIZACIONES'* (Rivero). *Todas estas características, bien conocidas, se imputan generalmente al carácter jurisprudencial de este derecho.* Más este factor no es el único ni, probablemente, el más importante.

"La razón fundamental de la existencia de estos métodos desconcertantes reside en la ambigüedad básica de una disciplina que pretende ser a la vez instrumento de liberalismo y garante de la acción administrativa, protectora del ciudadano contra el Gobierno y medio para la manifestación de la voluntad gubernamental. La solución de estos problemas tenía necesariamente que hacerse con sutileza, y puede decirse que el título más glorioso del Consejo de Estado es haberlo conseguido de la forma menos mala posible" (Obra citada, págs. 51 y ss.).

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 al 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 probeyeron 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 esta 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, prevé 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. Que 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 existe 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 Porrua S. A., págs. 157, 158 y ss.).

Con toda consideración,

Julio César Uribe Acosta.

Bogotá, D. E., octubre 20 de 1988.

TITULO XII

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION.— Naturaleza y finalidad.

La revisión no está consagrada para subsanar posibles errores de procedimiento y menos de apreciación en que, a juicio del recurrente, hubiere podido incurrir el fallador; el recurrente tiene que ceñirse estrictamente a las causales que lo limitan. Con él se pretende la quiebra del fenómeno de la cosa juzgada.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., veintiséis de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Ramírez Arcila.*

Referencia: Expediente número R-015. Recurso de revisión contra la sentencia de 27 de septiembre de 1985, dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado. Actor: Basf Química Colombiana S. A.

Se procede a resolver el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la sociedad actora contra la sentencia de la referencia.

La providencia acusada en sus apartes principales, expresa:

"En grado de consulta procedente del Tribunal Administrativo de Antioquia ha llegado a esta Corporación la sentencia de mayo 25 de 1984, por la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda de revisión de impuestos a las ventas correspondientes al 2º semestre de 1978, formulada por el apoderado judicial de la sociedad 'Basf Química Colombiana S. A.' con NIT. 60.030.619".

"....."

"Se considera":

"Es norma general en el procedimiento contencioso de impuestos, diferente al de renta y complementarios, pagar previamente el gravamen que se va a discutir, o en defecto otorgar una caución para garantizar su pago".

"El artículo 86 de la Ley 167 de 1941 (antiguo Código Contencioso) señala al respecto en sus dos últimos incisos":

" '*Artículo 86.* A la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos' ".

" ' . . . . . ' "

" 'Si se trata de demanda de impuestos que se exigen o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público deberá acompañarse el respectivo comprobante de haberse consignado, en calidad de depósito, la suma correspondiente en la oficina recaudadora. Terminado el juicio respectivo, la cantidad deducida en la sentencia a cargo del contribuyente o deudor, ingresará definitivamente a los fondos del tesoro y se devolverá al interesado el saldo que resulte, si lo hubiere' ".

" 'El comprobante de depósito de que se trata se refiere a casos en que leyes especiales exijan la consignación previa de la suma liquidada o debida. En los demás, bastará que se otorgue caución a satisfacción del Magistrado sustanciador para garantizar el pago respectivo con los cargos a que haya lugar en cuanto fuere desfavorable lo resuelto' ".

"Surge del texto transcrito, que para poder acudir en acción de revisión de impuestos ante esta jurisdicción, es necesario acompañar a la demanda el comprobante de consignación del impuesto definitivamente liquidado por la Administración, o en su defecto deberá prestarse caución suficiente que garantice tal pago".

" . . . . . "

"En relación con el impuesto sobre las ventas es evidente que hasta el año de 1978, con la expedición del artículo 50 del Decreto 825 del mismo año, no existía disposición especial que exigiera la consignación previa del gravamen liquidado o debido, para acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa; en tal situación era aplicable el inciso 5º del artículo 86, en cuanto la obligación por parte de la contribuyente de otorgar caución para garantizar el pago del impuesto respectivo".

"Debe anotarse en lo atinente con el artículo 50 del Decreto citado, que esta Corporación anuló esta norma, al considerar que violaba en forma ostensible tanto el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional como el artículo 86 de la Ley 167 de 1941".

"De acuerdo con las anteriores consideraciones, anota la Sala que si bien no existía hasta la fecha de presentación de la demanda (29 de marzo de 1982), disposición especial que obligara la consignación previa del impuesto a las ventas definitivamente liquidado por la Administración, para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, era pertinente por parte de la sociedad actora prestar caución para garantizar el pago del gravamen a las ventas liquidado por las oficinas de impuestos, requisito cuyo cumplimiento fue omitido, pues se observa que la demandante únicamente acreditó el valor de la liquidación privada".

"Ante la realidad de los hechos, es claro que el *a quo* admitió la demanda sin el cumplimiento de la formalidad legal ya mencionada, siendo por lo tanto improcedente el fallo dictado, que exigía más bien sentencia inhibitoria, por ausencia de un presupuesto procesal".

"En tal virtud, 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 consultada y en su lugar se declara inhibido para el pronunciamiento de fondo" (fls. 11 a 15, cuaderno 2).

Fundamentos del recurso:

La revisión solicitada se apoya fundamentalmente en lo siguiente:

"....."

"13. Equivocadamente dice la sentencia, en el aparte que arriba ha subrayado, que la actora debía prestar caución para garantizar el pago del gravamen, y es equivocada, repito, porque la caución exigida por el inciso final del artículo 86 del antiguo Código Administrativo es *un acto procesal posterior a la presentación de la demanda y anterior a su admisión,* tal como lo enseña la norma comentada, con la expresión que utiliza de 'otorgar caución a satisfacción del Magistrado sustanciador'. Y adicionalmente la misma expresión reconoce en él un poder discrecional para fijarla cualitativa y cuantitativamente buscando la debida protección de los intereses del fisco, según la misma finalidad que reseña la norma 'garantizar el pago respectivo con los recargos a que haya lugar en cuanto fuere desfavorable lo resuelto' ".

"14. De lo anteriormente expresado se desprenden tres conclusiones importantes, las cuales permiten apreciar el yerro del juzgador en consulta, sobre las que no efectuó observación alguna":

"a) Que si la facultad es discrecional del Magistrado sustanciador, la caución no es un presupuesto o requisito de la demanda, valga decir: Carga para el demandante, porque sólo hasta que se radique el *petítum* y sea repartido, procesalmente existe 'un Magistrado sustanciador' facultado para decidir el monto de la caución a su satisfacción";

"b) Que al decir la disposición legal que el Magistrado sustanciador fija la caución a su satisfacción, le está asignado una competencia exclusiva para el cumplimiento de ese deber procesal; y"

"c) Que, siendo discrecional la determinación de la caución por parte del Magistrado sustanciador, él tiene la potestad de fijarla o no, según sea su leal saber y entender acerca del posible compromiso o no de los intereses del Estado, en cada caso concreto".

"15. Es evidente, entonces, la violación de la ley que hace la sentencia recurrida al errar sobre el significado de la norma y exigir el requisito de presentar la caución con la demanda cuando únicamente se pide aportar el comprobante de pago en los casos especiales en que la misma ley así lo reclama. De tal manera, en forma arbitraria y sin fundamento legal está imputando una carga para el actor que la legislación no consagraba ni consagra hoy y, adicionalmente, aplica indebidamente la misma disposición cuando sanciona una pretendida omisión procesal *cuando es discrecional del Magistrado sustanciador*

a quien se repartió el negocio, señalar la caución y su monto, siendo perfectamente posible que en ejercicio de esa amplia facultad que la norma le concede, considere que no haya lugar a la constitución de la caución por estar perfectamente garantizados los intereses del tesoro en caso de que no prosperen las pretensiones del demandante en juicio de impuestos".

"16. Es incomprensible cómo la sentencia impugnada da aplicación al mencionado artículo 86 del anterior Código Contencioso Administrativo y exige la caución por él aludida, sin advertir que dicha disposición no señala monto ni plazo para otorgarla, defiriendo la facultad al Magistrado sustanciador para determinarlos. El juzgador en grado de consulta no sólo inadvierte esta circunstancia sino que *arbitrariamente usurpa la competencia concreta que otorga la ley al Magistrado sustanciador del negocio en la instancia,* para trasladar a la parte actora el deber de la constitución de la caución prevista en la norma, haciéndola soportar las consecuencias de la máxima sanción de nulidad, por la 'pretendida omisión' de la carga procesal que nunca se creó en su cabeza".

"17. Es verdad que la actividad de las partes es relevante en la suerte de sus pretensiones. A ellas se les imponen determinadas conductas durante el desarrollo de toda relación procesal, determinando la mayoría de las veces la admisibilidad de sus actos de postulación, como sucede, por ejemplo, con el pago de costas, gastos periciales, constitución de cauciones, etc., conductas todas exigidas por la ley como requisito para adelantar un trámite procedimental. Estas situaciones jurídicas son llamadas dentro de la Teoría General del Derecho Procesal como *cargas procesales,* cuya esencia está en la exigencia legal de una conducta de realización facultativa, establecida en el exclusivo interés del propio litigante y cuya omisión o incumplimiento de su parte, trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como lo puede ser la pérdida de un recurso o la no práctica de una prueba".

"18. Siendo esto totalmente cierto, no menos es que el cumplimiento de una 'carga procesal' por parte del litigante, está subordinada o condicionada por un correlativo *deber del Juez,* también previsto en la ley, que es el presupuesto indispensable para cumplir con la carga procesal. Así es que de no existir, por ejemplo, de parte del Juez la tasación de unas agencias en derecho, le sería jurídicamente imposible a la parte cumplir con su pago; por *un cumplimiento del deber del Juez que la subordina,* sería ostensiblemente injusta la sanción que por tal hecho se le impusiera, fuera de que sería ilegal por irrogarle un castigo originado en el incumplimiento de un deber del Juez sancionador".

"19. La carga procesal que pretende asignar el fallador a la parte actora es improcedente, con su acción está usurpando una competencia que la ley exclusivamente le ha asignado al Magistrado sustanciador del negocio y parte de un error conceptual sobre la misma..."

"....."

"23. Existen poderosos razonamientos dentro de la técnica procesal para acusar que el juzgador en grado de consulta usurpó la competencia exclusiva del *a quo.* Como ya lo referíe (sic) en el numeral

7º de los hechos, el principio y garantía constitucional del debido proceso se concreta en materia administrativa en el estatuto procesal administrativo, la Ley 167 de 1941 en el presente caso por estar vigente al momento de la interposición de la demanda, cuyo artículo 282 (como también es el caso del artículo 267 del Código vigente) disponía":

" 'Los vacíos en los procedimientos establecidos en esta ley se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de las leyes que los adicionan y reforman, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponda a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo' ".

"A su turno el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil es enfático al señalar":

" 'El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos' (he subrayado)".

"Esta previsión es comentada por la honorable Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 22 de agosto de 1974, en los siguientes términos":

" 'El actual Código... adoptó como principio básico en materia de nulidades procesales el de la especificidad, según el cual no hay defecto capaz de estructurarla sin la ley que expresamente la establezca. Y como sobre el punto se trata de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, los motivos de nulidad ora sean los generales para todo proceso o ya los especiales para uno de ellos, son limitativos y por consiguiente no es posible extenderlos a informalidades diferentes..., por lo tanto, cualquier otra circunstancia no cobija como tal podrá ser una (cuyo efecto se puede impedir mediante la utilización de los recursos), *pero jamás servirá para fundamentar una declaración de invalidez de la actuación,* por cuanto, como bien lo hace notar GUASP, muchas veces chocaría contra la buena economía procesal, el que un acto por cualquier infracción legal que en su realización se descubriera, hubiera de considerarse como carente de eficacia en absoluto' (he subrayado)".

"....."

"Con gran claridad y certeza se puede entonces apreciar que los presupuestos procesales por el tratamiento con que fueron tomados por nuestra legislación procesal son causales de nulidad, salvo el de demanda en forma. Y por lo tanto deben plantearse como tales para no conducir a fallos inhibitorios, que no es otra situación que la antisentencia".

"32. Los principios rectores de la actuación administrativa antes referidos que la misma ley hizo extensivos en el inciso noveno del artículo 3º del Decreto 01 de 1984 *al procedimiento de los Tribunales contencioso administrativos,* fueron señalados siguiendo idéntico criterio y por eso ordenan a estos Jueces especiales, en aras del *principio de la eficacia, remover de oficio los obstáculos puramente formales con el fin de evitar fallos inhibtiorios.* Y es este especial

celo con que quiso orientar la ley a los administradores de justicia, el que fue totalmente desconocido por el fallador en grado de consulta quien equivocadamente revocó la decisión de primera instancia y se declaró inhibido para proferir un fallo sobre el fondo del negocio, al encontrar erradamente producida la única causa en la que resulta procedente adoptar esta drástica decisión, que no es otra que la de *la inepta demanda*".

"33. Pero sucede que en el negocio aquí tratado *es un imposible técnico y jurídico el que se haya producido el efecto de una demanda inepta* porque como se ha repetido en los hechos expresados, bajo ningún título constituía una carga para la actora la del otorgamiento de la caución, sino que era un deber procesal fijado en cabeza del Juez por la misma ley contenciosa procesal".

"....."

"La sentencia recurrida es violatoria de la causal sexta del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, que señala":

"'Procederá este recurso (...)'".

"'6. Cuando existiere nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era suceptible de recurso...'"

"La decisión de la Sección Cuarta del Consejo de Estado que se recurre es nula de acuerdo con el artículo 152, numeral 2, que dispone":

"'El procedimiento es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos'":

"'2. Cuando el Juez carece de competencia...'"

"Concreto la causal del recurso interpuesto y el motivo de nulidad de la sentencia atacada en concordancia de los hechos anteriormente señalados, en los siguientes razonamientos. La sentencia es nula porque":

"I. De acuerdo con el artículo 86 de la Ley 167 de 1941 no es requisito para presentar la demanda. Sí es requisito dentro del régimen aplicable a partir de la Ley 9ª de 1983, que no es pertinente al presente caso".

"II. La constitución de la caución es un acto procesal posterior a la presentación de la demanda, que implica un deber procesal anterior del Magistrado sustanciador del asunto y una consecuente carga para la parte demandante, que debe ser atendida dentro de las condiciones expresamente fijadas para que el mismo Magistrado continúe con el procedimiento".

"III. El artículo 86 antes citado guarda silencio respecto de la naturaleza, cuantía y plazo de la caución, razón por la cual con base en la remisión expresa que hacía el artículo 282 de la misma ley, el vacío se debe llenar con la aplicación del artículo 678 del Código de Procedimiento Civil".

"IV. De conformidad con el inciso final del artículo 86 de la Ley 167 de 1941, la caución es discrecional porque '...basta que se otorgue, ...a satisfacción del Magistrado sustanciador'".

"V. Esta competencia es exclusiva del Magistrado sustanciador porque la ley se refiere específicamente a él. En consecuencia, solamente a él corresponde fijar la caución de conformidad con la interpretación hecha por el honorable Consejo de Estado, Sección Cuarta, el auto de 1º de marzo de 1985. Según la misma providencia 'cualquier caución que otorgue el demandante producto de su criterio personal, entraría en una etapa evolutiva que no está en el procedimiento señalado'. Obligar al demandante a prestar caución a su criterio, para entrar a calificar después, va contra los principios orientadores del Código Contencioso Administrativo, el principio de economía consagrado en el inciso segundo del artículo 3º".

"VI. El Magistrado sustanciador ejerció su competencia exclusiva porque admitió la demanda sin exigir la caución, y porque mantuvo su decisión no obstante el concepto desfavorable del Fiscal".

"VII. El Magistrado fue consistente en su decisión al no ordenar la Constitución de la caución porque su ponencia, acogida en la sentencia de primer grado, fue totalmente favorable a la demandante".

"VIII. La decisión del Consejo de Estado de revocar la sentencia del Tribunal y declararse inhibido para fallar, configura la causal invocada de revisión y la razón de nulidad de la sentencia, por desconocimiento de la técnica procesal de las nulidades, el saneamiento de las mismas, la oportunidad del grado de consulta y los principios orientadores a las reglas de procedimiento en lo contencioso administrativo" (fls. 18 a 26, cuaderno 1).

Consideraciones de la Sala:

El recurso instaurado es el extraordinario de revisión que consagra el artículo 185 del Código Contencioso Administrativo para "las sentencias ejecutoriadas dictadas por el Consejo de Estado y por los Tribunales Administrativos con fundamento en alguna de las siguientes causales que prescribe el artículo 188 del mismo Código, así:

"1. Cuando se dictó la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados, o con base en declaraciones de personas condenadas por falso testimonio en razón de ellas".

"2. Cuando se recobraren piezas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales hubiese podido pronunciarse una decisión diferente".

"3. Cuando aparezca después de proferida la sentencia a favor de una persona, otra con mayor derecho para reclamar".

"4. Cuando la persona en cuyo favor se decretó por sentencia una pensión periódica no reúna, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o si con posterioridad a la sentencia hubiere perdido esa aptitud, o cuando sobreviniere alguna de las causas señaladas en la ley para la pérdida".

"5. Cuando se hubiere dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la providencia recurrida".

"6. Cuando existiere nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso; y"

"7. Cuando la sentencia fuere contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a la revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue denegada".

La causal alegada en el presente, caso se relaciona con la existencia de "nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso".

Esta causal la presenta el recurrente en la página 17 de la demanda después de haberse detenido en la explicación de otros aspectos diferentes a la nulidad misma de la sentencia, como son; los requisitos de forma que debía reunir la demanda conforme a lo dispuesto en el artículo 86 del Código Contencioso anterior, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 140 de actual (fl. 11). "Es evidente, entonces —se dice—, la violación de la ley que hace la sentencia recurrida al errar sobre el significado de la norma y exigir el requisito de presentar la caución con la demanda cuando únicamente se pide aportar el comprobante de pago en los casos especiales en que la misma ley así lo reclama..." (fl. 14). 2. En otros apartes se extiende el recurrente a explicar lo relacionado con los presupuestos procesales, y las diferencias que existen entre obligaciones, deberes y cargas procesales (fls. 16 y ss.) 3. También se hace un análisis en torno a la aplicación del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil en relación con la nulidad en que se puede incurrir dentro del proceso, y la forma como algunas de estas nulidades pueden ser subsanadas. 4. Se habla, igualmente, de "falta de competencia en el juzgador en grado de consulta; y la procedencia de ésta de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado" (fl. 20).

Como puede verse, toda la argumentación del recurrente está orientada a demostrar la falta de apoyo jurídico de la sentencia cuya revisión se pretende, pero en parte alguna se hace mención a la nulidad referente a la sentencia misma independiente del proceso, que es la que tiene que ver con la causal alegada.

En el recurso de revisión, no debe perderse de vista que se trata de una impugnación de naturaleza extraordinaria a la que de ningún modo se le puede dar un tratamiento equivalente al de una tercera instancia. Respecto de este recurso es aplicable lo que para el mismo, en el procedimiento civil, dijo la honorable Corte Suprema de Justicia con ponencia del Magistrado doctor Humberto Murcia Ballén, y de quien el recurrente citó, en su apoyo, una magnífica providencia relacionada con los presupuestos procesales pero que nada tiene que ver con el negocio a estudio. En la sentencia de fecha 16 de mayo de 1978 dijo la Corte:

"Pero, como exhaustivamente lo tienen dicho la doctrina y la jurisprudencia patrias con apoyo en el criterio que en la materia pregona la literatura jurídica universal, la revisión es recurso de naturaleza eminentemente extraordinaria y diferente por su finalidad propia de todos los demás medios de impugnación, incluso de la casación misma, por lo cual no es dable convertirla en un juicio contra la

sentencia por las apreciaciones que el fallador haya hecho de la demanda que con tal sentencia decide; pero ni muchísimo menos trocarla en medio para impedir la ejecución de fallos proferidos en procesos que se han rituado con plena observancia de sus formalidades propias".

"3ª Evidentemente, salvo en los supuestos de las causales 7ª, 8ª y 9ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, los aspectos formales de una sentencia, los vicios o irregularidades cometidos durante la tramitación del proceso en que ella se dicta, el quebranto de la ley procedimental o de la sustancial y los errores de apreciación probatoria en que haya podido incurrir el Juez al proferirla, son, en principio, aspectos extraños al recurso de revisión, por tratarse en ellos de yerros *in procedendo o in judicando*, para cuya corrección se han consagrado precisamente los demás recursos. Los vicios que pueden dar lugar a la anulación de una sentencia a través del recurso de revisión, han de manifestarse necesariamente en relación con situaciones o hechos producidos o conocidos con posterioridad a la providencia decisoria, precisamente porque el desconocimiento de esas situaciones o hechos por el Juez al dirimir el conflicto le impidió dictar una resolución justa".

"....."

"4ª Si, pues, la revisión es recurso excepcional y por lo tanto de naturaleza extraordinaria, una sentencia ejecutoriada sólo es procedente aniquilarla en casos igualmente excepcionales y extraordinarios. Dada su naturaleza jurídica, la finalidad del recurso de revisión está subordinada a que oportunamente se alegue y se demuestre, por parte legítima para ello, la existencia de alguna de las causales expresa y limitativamente previstas en la ley al efecto (arts. 380, 381 y 382 del C. de P. C.)".

En el mismo sentido y con referencia a la causal octava del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, exactamente igual a la sexta consagrada en el artículo 186 del Código Contencioso Administrativo, el profesor Hernando Morales, enseña: "*Octava.* Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso de apelación o casación, o anulación (laudo), pues en este caso debían utilizar los medios normales para decretar la nulidad, y si el recurso respectivo no se interpuso, advino su saneamiento. El caso ocurre, como ya se dijo, con la sentencia firmada con mayor o menor número de Magistrados o adoptada con un número de votos diverso al previsto por la ley, o la pronunciada en proceso legalmente terminado por desistimiento, transacción, perención, o suspendido o interrumpido. Esta causal, como la anterior, puede alegarse como excepción, respecto de sentencia de condena, en el acto o en el proceso en que se ejecuta, según quedó explicado" (Curso de Derecho Procesal Civil).

De todos los argumentos expuestos por el demandante en la fundamentación del recurso, en ninguno se hizo referencia a la nulidad de la sentencia misma, y al contrario se hizo hincapié en las nulidades del procedimiento que contiene el artículo 152 del Código de Procedi-

miento Civil y en especial a la de falta de competencia del numeral 2, lo cual lo coloca por fuera de toda posibilidad de éxito, pues esto nada tiene que ver con la causal alegada.

La revisión no está consagrada para subsanar posibles errores de procedimiento y menos de apreciación en que, a juicio del recurrente, hubiera podido incurrir el fallador, sino que tratándose de un recurso extraordinario, de naturaleza excepcional y por lo mismo especialísimo, el recurrente tiene que ceñirse estrictamente a las causales que lo limitan, pues no debe olvidarse que con él se pretende nada menos que la quiebra del fenómeno de la cosa juzgada, que es precisamente el soporte en que se estructura la seguridad de la sentencia.

Además, frente al recurso de revisión, que como se ha dicho es excepcional y el quebrantamiento que se produce lo recibe en primer término, la calidad de cosa juzgada de la sentencia, para lo cual la ejecutoria de que habla el artículo 185 del Código Contencioso Administrativo, no puede ser la ejecutoria que produce el efecto de cosa juzgada formal (como tampoco lo es en el evento del recurso de anulación) y de ahí que como en el *sub lite* la sentencia objeto del recurso es inhibitoria, sería este un motivo más, para declarar la improcedencia del recurso.

Por lo anterior, y sin que sean necesarias otras consideraciones 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:

Se *declara* improcedente, el recurso interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de septiembre de 1985, dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada en Sala en sesión de fecha 25 de octubre de 1988.

Anonio José de Irisarri Restrepo, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Ausente; *Aydée Anzola Linares,* Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker,* Ausente; *Guillermo Benavides Melo, Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, José Ignacio Narváez García, Jorge Penen Deltieure, Carlos Ramírez Arcila, Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta.*

Nubia González Cerón, Secretaria.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION.— Alcances.

La revisión extraordinaria de sentencias ejecutoriadas consulta a que, por circunstancias fácticas taxativamente señaladas por el legislador de trascendencia inusitada, que contradicen en sumo grado lo que se ha decidido en el respectivo fallo, aparezca la necesidad de que la cosa juzgada sufra un eclipse.

NULIDAD PROCEAL.

La nulidad originada en la sentencia "se genera cuando ella se dicta en un proceso terminado anormalmente por desistimiento, transacción o perención, o cuando se condena a quien no ha figurado como parte, o cuando el proveído se profiere estando legalmente suspendido el proceso. Igualmente cuando la sentencia aparece firmada con mayor o menor número de Magistrados, o adoptada con un número de votos diverso al previsto en la ley. Igualmente, la que provea sobre aspectos que no corresponde, ora por falta de jurisdicción. Podría darse también la causal cuando la providencia carece completamente de motivación, pues el artículo 163 de la Constitución Nacional ordena que 'toda sentencia deberá ser motivada'. En esta materia no puede confundirse la nulidad del proceso (art. 152 del C. de P. C.), con la generada en la sentencia".

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número REV-010. Recurso extraordinario de revisión. Actor y recurrente: Augusto Murillo Palacios.

Se decide acerca de la prosperidad del recurso extraordinario de revisión interpuesto por el señor Augusto Murillo Palacios, a través de apoderado, contra la sentencia de primero de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, de la Sección Tercera de esta Sala del Consejo de Estado, el cual se circunscribe a la denegatoria de las "demás pretensiones de la demanda" (punto 2º), o sea, la indemnización de los perjuicios materiales y morales, ocasionados con "la decisión de declarar la caducidad administrativa de un contrato celebrado entre el actor y Instituto Nacional de Fomento Municipal, que luego fuera cedido a la Empresa de Obras Sanitarias del Chocó Ltda., entidad

esta última que tomó tal determinación por Resolución número 060 de 31 de julio de 1978". El mencionado fallo accedió a la primera petición de la demanda, es decir, a la declaratoria de nulidad de ese acto administrativo.

Ha invocado el recurrente la causal sexta del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, y que a la letra dice: "Procederá este recurso (el de revisión)...'cuando existiere nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso'. Y dicha nulidad la hace consistir en la violación del artículo 26 de la Constitución Política, por cuanto 'no fueron observadas (sic) la plenitud de las formas propias del proceso, en la medida en que no se tuvieron en cuenta para decretar una condena *in género* y su posterior liquidación, las abundantes pruebas que se pidieron y practicaron dentro de la etapa procesal correspondiente y a que he hecho mención, tal como lo ordena el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y que perentoriamente también ordena tener en cuenta, analizar y sopesar el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, como parte integrante del contexto de la sentencia, de los extremos de la *litis*, para que así armonicen entonces con la parte resolutiva de la misma, formalidad que no se cumplió...'" (fl. 16, cuaderno principal).

I. De los antecedentes de la providencia recurrida:

A) La demanda que dio origen al juicio concluido mediante el fallo ahora censurado, impetró las siguientes declaraciones:

> "Primera: Es nula la Resolución número 060 de 31 de julio de 1978, emanada de la gerencia de la Empresa de Obras Sanitarias del Chocó Ltda., por la cual declara la caducidad administrativa del contrato número 37 de 1977, anexo C-87 de 1977 celebrado entre las entidades demandadas y mi poderdante.
>
> "Segunda: Que como consecuencia de la declaración anterior, el Estado colombiano, Ministerio de Salud (Instituto Nacional de Fomento Municipal, INSFOPAL y la Empresa de Obras Sanitarias del Chocó Ltda. —Empochocó—) son responsables de todos los daños morales y materiales sufridos por mi mandante, con motivo de la declaratoria de caducidad de dicho contrato.
>
> "Tercera: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, las entidades demandadas están obligadas a pagar a mi poderdante los valores que resulten establecidos en el presente juicio o mediante el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, pago que deberá hacerse dentro del término fijado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo" (fls. 74 y 74 vto., cuaderno del proceso).

B) A continuación se transcribe la relación de los *hechos* en que basa el libelo sus pretensiones:

> "1. El Ministerio de Salud Pública, a través del Instituto Nacional de Fomento Municipal —INSFOPAL— adscrito a dicho Ministerio y creado por el Decreto 503 de 1940 (marzo 8) DO 24325,

suscribió con mi mandante, doctor Augusto Murillo Palacios, el contrato administrativo número 87 de 1977, con el anexo número 1-C.87 de 1977; para la construcción de la terminación de la primera etapa de la planta de tratamiento, línea de impulsión y nueva captación para el acueducto de Quibdó en el Departamento del Chocó.

"2. Este contrato (87 de 1977) fue cedido por parte del Instituto Nacional de Fomento Municipal —INSFOPAL—, a la Empresa de Obras Sanitarias del Chocó Ltda. (Empochocó), según acta firmada el 9 de agosto de 1977, por el Director General de INSFOPAL y el Gerente de Empochocó, entidad autónoma que tiene como socios el Departamento del Chocó, los municipios del Departamento del Chocó y el mismo INSFOPAL.

"3. Fuero base para la firma del contrato 87 de 1977, entre otras, las siguientes cláusulas:

"a) El valor para la terminación de la primera etapa, evaluada inicialmente en $ 4.517.598.49; pero el valor de las obras, incluido el sobrecosto, materiales suministrados por el INSFOPAL, interventoría, administración, transporte, etc., se estimó en la suma de $ 9.130.665.00; quedando los pagos al contratista sujetos a las apropiaciones presupuestales, de acuerdo con la reserva número 609 de 1977;

"b) También se comprometió INSFOPAL a reajustar los valores con las actas mensuales de obras, para resolver las variaciones en los costos de mano de obra, materiales, herramientas, equipos, transportes, etc.;

"c) INSFOPAL se comprometió con mi mandante a entregarle como anticipo el 20% del valor aproximado del contrato, cuando él lo hubiere legalizado y constituido la garantía, cuyos dineros serían controlados por el INSFOPAL;

"d) Se acordó como plazo para la ejecución de la obra el de diez meses a partir de la fecha del contrato; y que el contratista se comprometería a iniciar la obra dentro de los 30 días a la fecha del contrato;

"e) INSFOPAL no solamente anticiparía el 20% del valor del contrato, sino también otros materiales, distintos de los de suministro, en tiempo oportuno;

"f) INSFOPAL verificaría por medio de un interventor los trabajos, quien le daría la orientación y la aprobación no definitiva, a los trabajos realizados;

"g) También convinieron las partes que en caso tal que los precios fueren variando, imprevisiblemente, serían convenidos nuevos precios;

"h) INSFOPAL podría caducar el contrato suscrito con base en causas claramente estipuladas por la entidad, con las consecuencias que resultaren de dicho procedimiento.

"4. Legalizado el contrato, por mi mandante empezó la entidad a faltar con las obligaciones pactadas, como es el hecho de que el anticipo se lo entregaron a mi protegido cinco meses después. El otorgó la fianza el 26 de julio de 1977 y el anticipo se lo entregaron a mediados de diciembre de ese mismo año y tan sólo el 20 de enero del año siguiente se hizo el acta de iniciación de trabajos.

"En cinco meses los precios se elevaron y había necesidad de reconsiderarlos, para evitar el despegue de la realización de la obra con la angustia del déficit.

"5. Mientras que, desde Bogotá, el doctor José T. Villamizar, Director de la División de Construcciones, autorizaba por teléfono al gerente, formular un proyecto de reajuste, con nuevos precios unitarios, el gerente de Empochocó de ese entonces, no acataba tan singular sugerencia.

"6. Ante tanta irresponsabilidad por parte de los funcionarios de Empochocó, mi mandante solicitó una prórroga, la que fue aceptada por la entidad; pero como la falta de cumplimiento ya era imputable a la empresa; mi protegido, para no insolventarse más de lo que la entidad había hecho insolventar, le pidió, dentro de la equidad, que fuera la empresa la que asumiera el pago de los derechos de la póliza ante la aseguradora, y la respuesta que dio la empresa fue la de caducar el contrato.

"7. El 31 de julio de 1978, la empresa, determinó caducar el contrato, sin importarle que una sanción de esta naturaleza le traería graves perjuicios a mi mandante y sin considerar, por algún medio que nadie puede castigar a otro, cuando ha dado los motivos para cometer la falta.

"8. La entidad motivó la determinación haciéndola consistir en la cláusula décimatercera del contrato, ordinales c) o sea, la incapacidad financiera del contratista; e) o sea, si el contratista no principia o concluye la obra dentro del plazo estipulado, o al finalizar la última prórroga que se haya concedido; g) o sea, por la mala organización de los trabajos a juicio del INSFOPAL; j) el incumplimiento por parte del contratista en la elaboración y ejecución de los planes mensuales de trabajo, según la reglamentación exigida en la cláusula sexta del contrato.

"9. Estas causales para caducar el contrato podrían ser cierta, si no se pudiera demostrar que quien incumplió con las cláusulas del contrato fue precisamente la demandada y enmascara la responsabilidad, imputándola a mi protegido sin querer sacar la verdad de la seguridad donde se encuentra.

"La realidad es que Empochocó le hizo creer a las jerarquías de Bogotá, que la obra se podía inaugurar con la venida del señor Presidente de la República, a quien le habían manifestado que la obra ya estaba terminada; pero jamás pensaron que el primer mandatario vendría al Chocó a inaugurar esta obra. La sorpresa fue grande cuando el Presidente anunció su viaje al Chocó; entonces había necesidad de cambiarle la información que ya se

le había suministrado y fue cuando las directivas de Empochocó, apresuradamente empezaron a buscar un chivo expiatorio y lo encontraron cerca, el contratista.

"10. El hecho anterior tiene su amparo en la copia del acta número 005 de 11 de septiembre de 1978, emanada de la Junta Directiva de la Empresa de Obras Sanitarias del Chocó Ltda., cuya copia sin firma de los que asistieron, pero respaldada por la certificación del actual gerente quien manifiesta que es auténtica, estoy acompañando con esta demanda.

"11. Posteriormente, apareció el epílogo de la comedia, consistente en la imposición de una multa por $ 451.759.85. Multa que posteriormente fue rebajada en $ 300.000.00 mediante acta número 005 de 11 de septiembre de 1978, emanada de la Junta Administradora de la Empresa y se le dio facultad al gerente por medio del Acuerdo de la Junta, en sesión de 9 de mayo de 1979, para hacer la rebaja total de la multa a mi protegido; decisión que se materializó con la Resolución número 040 de 18 de junio de 1979, con la cual quedó la empresa bien ante los superiores, pero dejó un reguero de descrédito, deshonra y mala fama en mi protegido.

"12. El 16 de agosto de 1978, mi mandante envió un extenso documento en donde solicita, no sólo la revocatoria de la determinación tomada por la Junta de la empresa, sino que detalla las obras realizadas, los nombres de las personas que trabajaron en la obra, quienes fueron utilizados para la continuación de los trabajos y los gastos ejecutados con el dinero recibido.

"Este documento jamás fue contestado, ni objetado lo más mínimo en su contenido.

"13. La obra que en 1977 tenía un precio aproximado de $ 9.130.665.00 y que debiera estar terminada en 10 meses; tuvo un valor aproximado de $ 25.000.000.00 y solamente fue inaugurada el 23 de febrero del año en curso, por un presidente distinto del que la había impulsado" (fls. 74 vto. a 76, cuaderno número 2).

II. De los alegatos opositores a la revisión:

A) El Instituto Nacional de Fomento Municipal, por conducto de su apoderado en este asunto, sostiene:

"Respecto a las normas citadas y al concepto de violación cabe hacer las siguientes anotaciones:

"Realmente la causal 6ª del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo no se tipifica en este caso, como lo estableceré más adelante. Parece que el apoderado del actor quisiera además inducir a pensar que hubo una nulidad constitucional, cuando dice que no se observaron los procedimientos existentes o preexistentes a que hace referencia el artículo 26 de la Carta. A este respecto debemos decir que en el proceso contencioso-administrativo no es procedente la llamada nulidad constitucional. Nuestro ordenamiento jurídico establece que ninguna actuación

del proceso puede ser nula si la causal no está prevista expresamente en la ley, de tal suerte que la nulidad, en nuestro caso, será siempre legal, por un lado y taxativa por el otro. Al analizar el concepto de violación y las normas legales citadas, encontramos que no constituye causal de nulidad la alegada y que no se ha violado ninguna norma con la expedición de la sentencia recurrida por las razones que expondremos a continuación.

"Como se anotó atrás, las causales de nulidad son limitativas y no es admisible extenderlas a informalidades o irregularidades diversas. La jurisprudencia tanto del honorable Consejo de Estado, como de la honorable Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que ninguna actuación del proceso puede ser declarada nula si la causal no está expresamente prevista en la ley.

"El caso que nos ocupa: Nulidad originada en la sentencia, o sea las irregularidades, capaces de constituir nulidad en que al tiempo de proferir la sentencia puede incurrir el fallador, se presentaría, según el Profesor Morales Molina, sólo cuando la sentencia es firmada con mayor o menor número de Magistrados, o adoptada con un número de votos diverso al previsto por la ley, o cuando se pronuncia en proceso legalmente terminado por desistimiento, transacción, perención, o suspendido o interrumpido.

"Al decir del profesor Devis Echandía, podría darse la nulidad de la sentencia cuando haya falta total de motivaciones, cuando se condene a un tercero que no figuró como demandante ni demandado ni intervino en el proceso y cuando se reviva un proceso concluido sólo para dictar sentencia, como serían los casos citados también por el profesor Morales, de desistimiento y transacción.

"Así las cosas, las causales determinantes de esta nulidad serían entonces: La falta de jurisdicción cuando se reviven procesos terminados, cuando se dicte la sentencia estando suspendido o interrumpido el proceso, cuando se condena a quien no es parte y cuando se firma o adopta la sentencia con mayor o menor número de Magistrados o de votos.

"La Corte ha confirmado lo dicho así: 'No se trata, pues, de alguna nulidad del proceso nacida antes de proferir este fallo..., sino de las irregularidades en que al tiempo de proferir la sentencia no susceptible de recurso de apelación o casación puede incurrir el fallador y que sean capaces de constituir nulidad como lo sería, por ejemplo, el proferir sentencia en proceso terminando anormalmente por desistimiento, transacción o perención; o condenar en ella a quien no ha figurado como parte; o cuando dicha providencia se dicta estando suspendido el proceso'. También la Corte da estos ejemplos: 'Si se hubiese dictado en proceso terminado..., o si no lo hubiese sido por el Juez o por la Sala correspondiente, sino únicamente por el Secretario; o si no lo fue por dicha Sala con el número de votos que exige la ley; o

si contiene una condena a cargo de quien no fuera parte en el proceso; o cuando se profiere durante el término de suspensión del mismo...' (CXLVIII, 185).

"Como se observa con claridad, ninguna de las causales a que hace referencia la doctrina y la jurisprudencia es la alegada por el recurrente, motivo por el cual, reitero que no se tipifica la causal 6ª del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo. Además no se ha violado norma alguna con la expedición de la sentencia recurrida, como lo expresamos atrás, en ella se cumplen los requisitos formales y se distingue la parte motiva de la resolutiva. Habiéndose originado en proceso contencioso-administrativo, contiene una relación concisa del litigio, de su objeto, de sus causas, hechos y sujetos, de las normas jurídicas y de las pruebas con sus correspondientes críticas. Las valederas razones expuestas para no condenar en perjuicios fueron la ausencia de pruebas en el proceso que obviamente impedían o impiden tal condena.

"Además la sentencia ha sido clara y precisa y ha resuelto en su parte dispositiva todas las peticiones. El artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, en su inciso 3º dispone que en la sentencia se declarará lo que resulte probado y se desestimará lo demás. Así se hizo en la sentencia recurrida, lo que por demás, después del análisis hecho, demuestra que cumplió y cumple todos los imperativos legales, especialmente el de los artículos 170 del Código Contencioso Administrativo y 303 del Código de Procedimiento Civil.

"La afirmación de que se violaron los artículos 172 y 178 del Código Contencioso Administrativo también es errónea, habida consideración de que el análisis que hace el apoderado del actor del primero de aquellos es superficial y no tiene en cuenta que el artículo al establecer la procedencia de la condena *in génere* dice que será viable cuando 'su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso'. No establecer la cuantía, como lo expresé al contestar el hecho número 9, es sustancialmente distinto de no haber probado los presuntos daños o perjuicios. De tal manera que para que sea posible la condena en abstracto a pagar perjuicios, es indispensable que se haya probado que existen y que sólo falte liquidar su monto.

"En el caso de autos ni se probó que existían perjuicios, ni se estableció, desde luego, su cuantía. No demostrados los perjuicios, no procedía aquella, y mucho menos condena en concreto, que sería el caso que demandaría la aplicación del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considero que para demostrar la existencia de perjuicios, en nuestro caso concreto, era menester probarlos específicamente, es decir, llevando al proceso elementos de juicios que acreditaran el aumento de los materiales en el mercado, por ejemplo, y así mismo en los demás aspectos en los cuales se dijo que se causó daño (fls. 39 y 40).

B) "Empochocó Ltda.", a su turno, a través de su procurador judicial, explica sus puntos de vista así:

"En cuanto se hace referencia, a la causal 6ª del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, como causal de revisión, en el caso en comento, no tiene aplicación, con claridad meridiana, no tiene asomo, nulidad alguna la sentencia proferida por la Sección Tercera del honorable Consejo de Estado, no se observa, la causal invocada por el ilustre apoderado del actor, ya que las causales de nulidad de una sentencia, son taxativas, analisadas (sic) las normas que se invocan en la demanda de revisión que nos ocupa y el concepto de violación, pués (sic) no tiene asidero la nulidad alegada, por lo que es claro que la sentencia proferida de la cual se solicita su revisión, no dejo espacio por donde se pueda observar la causal de nulidad alegada.

"El hecho de que la sentencia halla (sic) sido declarada nula, no quiere decir en manera alguna, que el actor probó la causación de perjuicios ni materiales ni morales, para que pudiera haber condena al respecto, lo contemplado en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo, se da cuando efectivamente se ha probado el o los perjuicios, lo que no ha sucedido en nuestro caso.

"El respetabilísimo e ilustre apoderado del actor, dice en el hecho sexto (6º), que la Sala no se *percató* de que al proceso sí se habían allegado pruebas suficientes para disponer la condena. Las pruebas no fueron suficientes, o mejor con ellas, no se demostró los perjuicios, cuando fueron puestas en la balanza, cuya observancia y examen determinaron la sabia decisión.

"No se puede predicar, de que en la decisión de la Sección Tercera del honorable Consejo de Estado, no se observaron la plenitud de las formas del proceso, y el hecho de que las pruebas sean abundandes no quiere decir sean eficaces" (fls. 46 y 47).

III. Alegato del recurrente:

El análisis que en abono de su tesis, ha hecho la parte recurrente, dice:

"El recurso extraordinario de revisión en la forma y amplitud como ahora existe es procedente contra las sentencias proferidas por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo e indicadas en el artículo 185 del Decreto 01 de 1984. Se puede afirmar entonces que es relativamente nuevo en la medida en que eliminó las restricciones de su aplicación en cuanto a la naturaleza de los fallos se refiere y aumentó las causales de su procedencia.

"En la Ley 167 de 1941 existía la revisión de sentencias 'que se hubieren dictado sobre reconocimientos que impongan al tesoro público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero', según se lee en su artículo 164, es decir, que sío (sic) procedía este medio de impugnación cuando el fallo respectivo versare 'sobre reconocimiento' periódicos a cargo del Estado como eran prácticamente las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, asignaciones de retiro o las sustituciones correspondientes.

"Las causales de revisión estaban taxativamente señaladas en en el artículo 165 *ibidem* y no figuraba allí la prevista ahora en el numeral 6º del artículo 188 del Decreto 01 de 1984, o lo que es lo mismo, el legislador extraordinario consideró estatuirla como remedio jurídico a situaciones excepcionales que se dan en un momento dado, como puede ser entre otras, que al proferir sentencia definitiva en su contexto o integración no se analicen las pruebas que oportunamente aportan las partes al proceso y que necesariamente conducen a orientar la decisión que se debe tomar respecto de las pretensiones aducidas por el demandante o como medios de defensa esgrimidos por el demandado.

"Si bien el artículo 267 del Decreto 01 de 1984 autoriza la aplicación del Código de Procedimiento Civil en aquellos aspectos no contemplados en dicho Decreto, sin embargo, tal aplicación la supedita a que sea 'compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo'.

"Nótese que sólo es posible darle aplicación, repito, cuando en el Código Contencioso Administrativo no se contemple el aspecto procesal pertinente.

"Para esta situación concreta el Código Contencioso Administrativo, expresamente ordena en su artículo 170 que '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*' (El subrayado es mío). Siendo esto así, el artículo 170 invocado según su texto es de carácter imperativo, señala la forma de la sentencia, sus requisitos o elementos, como garantía procesal para las partes intervinientes en el proceso, como conclusión de todo un debate que la ha precedido y por tanto obliga al fallador que la sentencia entre otras partes contenga el análisis de 'las pruebas en su conjunto' lo cual es elemental pues ellas, me refiero a las pruebas, son las que determinarán en un momento dado si le asiste la razón o no al actor en sus pretensiones o a *contrario sensu* a la demanda para la exoneración de cualquier responsabilidad o condena. Por eso muy claramente dispone la norma en cita seguidamente que si la sentencia se dicta cumpliendo con el análisis de todos los aspectos que ella contempla, en esta forma no quedará cuestión pendiente o no debe quedar cuestión pendiente entre las partes y los mismos hechos, dada la circunstancia de que si esto no fuere así los términos de la caducidad de la acción para promover una nueva y debatir las mismas cuestiones y los mismos hechos ya se habrían agotado, amén de la cosa juzgada que se consolida.

"Si en la sentencia no se analizaron o no se tuvieron en cuenta la totalidad de las pruebas que fueron pedidas y practicadas en oportunidad legal por la parte que represento y que demostraban genéricamente los perjuicios ocasionados al actor con la caducidad del contrato, cuya resolución fue declarada nula por el honorable Consejo de Estado, la conclusión no puede ser otra

que la sentencia así proferida adolece de nulidad insubsanable como respetuosamente pido declararla para que en su defecto se proceda a imponer una condena *in género* para su posterior liquidación incidental.

"No puede sostenerse válidamente que la omisión en la sentencia del análisis en su conjunto de las pruebas oportunamente practicadas y aportadas no determine la nulidad de esa misma sentencia, porque sería de una parte, desconocer el mandato del artículo 26 de la Constitución Nacional y la obligatoriedad de la observancia de los artículos 170, 172 y 178 del Decreto 01 de 1984, porque si no existe culpa del demandante en el allegamiento y aporte de pruebas para que consiguientemente se produzca una sentencia que satisfaga procesal y realmente sus intereses o pretensiones en juego, entonces se pregunta uno cuál sería el remedio jurídico cuando este error se presenta? No debe olvidarse que en estas eventualidades los términos de caducidad de la acción no se reviven; la cosa juzgada no se desdibuja, por lo que la solución jurídica es única y exclusivamente el recurso extraordinario de revisión fundamentado en la causal 6ª del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, más aun cuando contra la sentencia ningún grado de jurisdicción distinto a este que permita su impugnación.

"Pero es más honorables Consejeros de Estado, si se revisa el articulado del Código Contencioso Administrativo y demás normas que lo adicionen, reformen o complementen, por ninguna parte se encuentra que la causal 6ª del artículo 188 del mismo estatuto esté reglamentada, especificada o aplicada y que por ende restrinja los alcances de su aplicación práctica a determinadas situaciones o tipificaciones acaecidas con motivo de la sentencia que agota las instancias ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

"La causal invocada nítidamente hace relación a cuando 'existiere nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recursos', todo lo cual se da en esta situación *sub lite*, porque de no serlo así mi poderdante fue oído y vencido en juicio, pero sin la observancia plena de las formalidades propias del mismo, en la medida en que por un error desafortunado no se tuvieron en cuenta la integridad de los elementos probatorios allegados al plenario, que de no haberlo sido así seguramente la sentencia, parte resolutiva, en su ordinal segundo hubiese sido distinta. Este error no dependió en manera alguna de la voluntad de mi poderdante.

"De otro lado, la causal 6ª invocada no se relaciona necesariamente con las causales de nulidad de que trata el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, pues es *sui géneris* en su modalidad, sin que deseablemente exista una reglamentación al efecto, debiéndose remitir para su configuración a la supralegal prevista en el artículo 26 de la Carta, en armonía con el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo y demás normas concordantes.

"El distinguido apoderado del Instituto Nacional de Fomento Municipal al dar contestación a este recurso trata de desconocer, al igual que el señor apoderado de Empochocó Limitada, lo existente en el expediente en donde se dictó la sentencia objeto de la revisión y concretamente que no fueron tenidas en cuenta una serie de pruebas que determinaban la condena *in género* para su posterior liquidación incidental.

"De otra parte, ya sobre la procedencia y configuración de la causal invocada, aduce fallos de la honorable Corte Suprema de Justicia, los cuales fueron acogidos por algunos doctrinantes, según lo allí afirmado.

"Sin embargo, el señor apoderado de INSFOPAL no se detiene a pensar que esta causal es nueva dentro del recurso extraordinario de revisión que actualmente opera respecto de las sentencias definitivas dictadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que como tal no ha tenido oportunidad el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo de pronunciarse sobre su viablidad dada la forma y términos como se encuentra redactado el artículo 170 del Decreto 01 de 1984, es decir, que pretende se apliquen decisiones de la honorable Corte Suprema de Justicia a materias nuevas de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a sentencias dictadas en procesos de naturaleza distinta a la de la justicia ordinaria, con regulaciones legales también distintas.

"Por lo demás, sea pertinente anotar que los casos que pudieran dar lugar a la nulidad de una sentencia y a que se refieren los fallos transcritos por el mencionado apoderado, son única y exclusivamente por la vía del ejemplo ya que en el Código de Procedimiento Civil tampoco existe reglamentación, enumeración o algo similar respecto de la nulidad originada en la sentencia. Por consiguiente como ejemplos que son no tienen el carácter de taxativo, de camisa de fuerza, a los cuales tendrá que estar sujeta la jurisdicción de lo contencioso administrativo al estudiar el fenómeno *sub lite*.

"De los ejemplos que traen a colación los fallos transcritos por el señor apoderado del INSFOPAL, es fácil encontrar que varios de ellos, me refiero a los ejemplos, constituyen nítidamente *inexistencia* de fallo o sentencia más no propiamente *nulidad* de los mismos, toda vez que en derecho estos dos conceptos son totalmente distintos y con consecuencias jurídicas también distintas. Para los fallos inexistentes ni siquiera se hace necesario decretar su nulidad dada su misma naturaleza.

"Por todo lo anterior recabo una vez más del honorable Consejo de Estado se sirva acceder a las pretensiones contenidas en el recurso extraordinario de revisión, para de esta manera subsanar los errores cometidos en la sentencia de primero de agosto de 1985, proferida por la Sección Tercera de la misma Corpo-

ración, por ser este el medio jurídico que el Decreto 01 de 1984 y demás normas invocadas prevén en esta eventualidad" (fls. 58 a 62).

IV. Concepto del Ministerio Público:

Aduce la señora Fiscal Segunda de la Corporación lo siguiente, al descorrer el traslado:

"La jurisprudencia del Consejo de Estado, ha aceptado dos modalidades como causales de nulidad de la sentencia cuando pone fin a un proceso que no era susceptible de recurso alguno, ellas son:

"1. Las que se originan en errores que recaigan en la propia sentencia.

"2. Y las que se origina en la fase instructorial del proceso por violación de las normas que regulan las causales de nulidad y que no fueron saneadas en el curso del mismo (actor: Cartón de Colombia, expediente número 0394 de 1986, Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate).

"Por remisión del artículo 165 del Decreto 01 de 1984, las causales de nulidad de todos los procesos son las señaladas taxativamente en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil, de las cuales tan sólo la contenida en el numeral 6º *ibidem* se refiere al aspecto probatorio, cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas. Se excluye aquí cualquier criterio valorativo, toda vez que correspondiendo éste a la sana crítica, otorga al fallador toda la autonomía necesaria para aplicarlas en su conjunto, sin que para ello le sea señalada tarifa alguna para tasar las probanzas asignando un mayor valor a unas que a otras y que a su vez condicionen esa libertad de análisis valorativo.

"El recurrente impugna la sentencia, porque en ella no se tuvieron en cuenta las abundantes pruebas allegadas al proceso para decretar una condena *in génere*. Al respecto cabe anotar que para que proceda esta clase de condenas, es necesario establecer probatoriamente los perjuicios causados al demandante con elementos idóneos antes que abundantes y que ofrezcan a fallador el suficiente poder de convicción para emitir una decisión.

"Si el Consejo de Estado, no reconoció ni condenó al pago de perjuicios, se debió a que no encontró probados los mismos y si bien debe reconocerse el esfuerzo del memorialista para tratar de demostrar un motivo de nulidad en la sentencia, éste, como ya se observó, no corresponde a ninguna de las causales de nulidad de las relacionadas en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil ni a las originadas en la sentencia misma. En estas condiciones, el recurrente debe ser condenado al pago de las costas del proceso.

"De acuerdo con lo expuesto, no resulta procedente la revisión de la sentencia fechada el primero de agosto de 1985, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado" (fls. 56 a 57).

Para resolver, se considera:

1. *Filosofía y alcances del recurso de revisión.*

La institución de la cosa juzgada obedece, ante todo, a cuestiones de índole pragmático. Mediante ella, una vez ejecutoriada y en firme una sentencia, se crea en torno a la misma, una situación de estabilidad que veda que en el futuro se discuta nuevamente sobre el propio asunto en ella dirimido y entre las propias partes, lo que permite que se actúe en consonancia con lo resuelto por el fallo y que se pueda cumplir lo que por él se dispuso. Bien sea desde la perspectiva de sus efectos declarativos, bien desde la de sus efectos consumativos, la cosa juzgada se opone a las discusiones posteriores que puedan surgir en relación con las cuestiones fáctico-jurídicas existentes en el momento de la sentencia de que se trate. Por la institución de la cosa juzgada se pone fin a la controversia, se otorga seguridad a los planteamientos del Tribunal, hay un vencedor y un vencido. Como ha dicho la Corte, se alza con la cosa juzgada, la certeza en el resultado de los litigios, se definen concretamente las situaciones de derecho, se hacen "efectivas las decisiones jurisdiccionales" y se evita "que las controversias se reabran indefinidamente con perjuicio de la seguridad jurídica de las personas y del orden social del Estado. Si la función jurisdiccional busca el fin tanto dentro del campo del derecho privado como en el del público de dirimir con autoridad los conflictos que suscita la actividad de los particulares o de los funcionarios de la Administración, es claro que aquel objetivo no se alcanza sino mediante la desaparición de la materia contenciosa del litigio..." (G. J., número LIX, pág. 593).

Frente a la institución de la cosa juzgada, o mejor, como una medida que responde a más altos intereses de justicia, la revisión extraordinaria de sentencias ejecutoriadas consulta a que, por circunstancias fácticas taxativamente señaladas por el legislador de trascendencia inusitada, que contradicen en sumo grado lo que se ha decidido en el respectivo fallo, aparezca la necesidad de que la cosa juzgada sufra un eclipse. De esa suerte, si tiene lugar la revisión en virtud del éxito del recurso, se prescinde del efecto de la sentencia firme, se reabre el juicio y se vuelve a fallar conforme a la justicia que resulte de la causal de revisión esgrimida.

Sin entrar en disquisiciones un tanto bizantinas, acerca de si en estricto rigor, la revisión de sentencias es un recurso, como la ubican los códigos colombianos —con calco en los españoles—, o si es una nueva demanda en la cual se deduce una pretensión impugnadora, no inherente a la primitiva acción que se extinguió, al quererse por su medio, destruir los principios tutelares de la cosa juzgada y todo lo que ésta trae consigo, tendrán que aparecer de modo indubitablemente claros los motivos, las razones o las causales que la propia ley haya establecido para ello.

2. *De la revisión en derecho procesal contencioso-administrativo colombiano.*

Pese a que la revisión de sentencias ejecutoriadas en materia civil se remonta, en el medio colombiano, a la Ley 105 de 1931, en el viejo Código Contencioso Administrativo contenido en la Ley 167 de 1941, sólo aparece en lo que atañe a "las sentencias que se hubiesen dictado sobre reconocimientos que impongan al tesoro público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero" (art. 164), lo que podía intentarse "a solicitud de cualquier persona o del Ministerio Público", siendo competente para tal revisión, ya el Consejo de Estado, ya el respectivo Tribunal Administrativo. Con el nuevo Código Contencioso Administrativo ahora vigente (Decreto-ley 01 de 1984), se estructura la revisión como un recurso extraordinario, siguiendo más o menos igual orientación a la que se le da a la figura en el Código de Procedimiento Civil (Decretos-leyes 1400 y 2019 de 1970, arts. 379 a 385), localizándose la competencia para conocerla, siempre, en el Consejo de Estado, en Sala Plena Contenciosa o en la Sección correspondiente, según la sentencia del caso haya sido dictada por una de éstas o por un Tribunal administrativo (art. 186).

Para la prosperidad de la revisión, es decir, para que ella sea posible, es indispensable, amén de invocar una o varias de las causales indicadas en el artículo 188, que se cumplan los requisitos que señala el artículo 137 *ibídem* para la presentación de una demanda ordinaria, y que se precise la causal o las causales en que se basa el recurrente (art. 189), siempre y cuando que no hayan transcurrido dos (2) años a la ejecutoria de la respectiva sentencia.

3. *De la causal invocada por el recurrente.*

Como se ha visto arriba, quien pretende la revisión del fallo de 1º de agosto de 1985, de la Sección Tercera de la corporación, plantea como causal única la existencia de "nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso" (ordinal 6º, art. 188 del C. C. A.), que coincide con la octava del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, por violación del artículo 26 de la Constitución, debido a que no se analizaron las pruebas para así deducir de ella la obligación, por parte de los demandados, de indemnizar en abstracto o *in género*, los perjuicios materiales y morales que sufriera como consecuencia de la caducidad del contrato declarada por los actos que fueron demandados de nulidad en el *sub lite*. Y encuentra la nulidad supra legal en la no aplicación de los artículos 172 y 178 del Código Contencioso Administrativo, concordantes con el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, porque aquél habla de cuándo procede la condena *in género* y éste, de los "ajustes de valor" para "la liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo..."

Es de preguntar entonces: ¿Cuándo una nulidad se origina "en la sentencia que puso fin al proceso"?

Como recientemente tuvo oportunidad de decirlo la Sala en fallo de 6 de julio de 1988 (Expediente número RV-011; actor: Leonidas Pinzón Acosta; Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta), en esta materia los procesalistas están de acuerdo en enseñar que

la nulidad originada en la sentencia "se genera cuando ella se dicta en un proceso terminado anormalmente por desistimiento, transacción o perención, o cuando se condena a quien no ha figurado como parte, o cuando el proveído se profiere estando legalmente suspendido el proceso. Igualmente, cuando la sentencia aparece firmada con mayor o menor número de Magistrados, o adoptada con un número de votos diverso al previsto en la ley. Igualmente, la que provea sobre aspectos que no corresponde ora por falta de competencia, ora por falta de jurisdicción. Podría darse también la causal cuando la providencia carece completamente de motivación, pues el artículo 163 de la Constitución Nacional ordena que 'toda sentencia deberá ser motivada' ". En esta materia no puede confundirse la nulidad del proceso (art. 152 del C. de P. C.), con la generada en la sentencia, que sólo admite el manejo fáctico que se ha dejado precisado, en todos los casos en que el fallo no era susceptible de otro recurso.

Ahora bien, el único párrafo objeto de revisión según el recurrente, porque sirve de motivación a la denegación de la indemnización que impetrara el libelista, dice a la letra:

> "En cuanto al reconocimiento del pago de los perjuicios materiales causados con la declaratoria de nulidad, no podrá accederse a efectuar reconocimiento alguno en tal sentido, por cuanto el acto no aportó prueba alguna para demostrar la existencia de los daños o perjuicios causados directamente con la resolución que se anula, ni determinó en la demanda en qué consistían dichos perjuicios de manera que pueda ordenarse su reparación. Igualmente, se negarán los perjuicios morales dado que tampoco se evidenció su causación dentro del proceso".

Como se observa no existe ningún error que recaiga en la sentencia misma, ni tampoco vicio que se origine en la fase instructural del proceso.

4. *Conclusión.*

Percíbese de esa suerte que la sentencia recurrida no está afectada de nulidad por la causal esgrimida por su impugnante. En cuanto al examen de los medios de prueba aportados, se atuvo a lo que la demanda dijo, o mejor, a lo que no dijo acerca del daño, de su existencia y de su carencia de explicaciones; la parte actora prescindió de argumentar sobre las circunstancias que, en su criterio originaron la deuda de daños y perjuicios, materiales y morales, y dado que ella no tiene carácter implícito, hubo que referirse a ello en la forma en que lo hizo.

No siendo el fallo objeto de la revisión impetrada, no conformándose la causal 6ª del artículo 188 para que ella sea procedente, resulta obvio concluir que el recurso interpuesto no tiene vocación de prosperidad.

Por todo lo cual, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando jusitcia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1. No prospera el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia de primero de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, proferida por la Sección Tercera de esta Corporación.

2. Condénase en costas al recurrente. Tásense en incidente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Cúmplase.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 22 de noviembre de 1988.

Carmelo Martínez Conn, Ausente; *Antonio José de Irisarri Restrepo,* Ausente; *Jaime Abella Zárate, Aydée Anzola Linares, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Reynaldo Arciniegas Baedecker,* Ausente; *Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Clara Forero de Castro, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure, Miguel González Rodríguez,* Ausente; *José Ignacio Narváez García, Carlos Ramírez Arcila, Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos.*

Nubia González Cerón, Secretaria.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION.— PRUEBA RECOBRADA.

No puede ser prueba recobrada una prueba que simplemente no se pidió, sin que nada ni nadie lo impidiera, con mayor razón tampoco tiene ese carácter la prueba testimonial que no se practicó inicialmente.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., seis de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 5168. Recurso de revisión. Actor: Berta Olga Tobón y otro.

Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 31 de marzo de 1987, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Mediante esa sentencia el *a quo* denegó las súplicas de la demanda, las que estaban orientadas a obtener para los actores, hijo y "cónyuge" *supérstite,* la indemnización por la muerte, de manos del agente de policía Orlando Ramírez Tabares, del señor Alonso Antonio Díaz Carmona, ocurrida en las horas de la noche del día 6 de agosto de 1983 en el Municipio de Puerto Berrío (Antoquia).

En dicho proveído el Tribunal señaló que la parte actora no había acreditado la legitimación en la causa para el ejercicio de la correspondiente acción. Así, concluyó que la demandante señora Berta Olga Tobón, quien se presentó al proceso como concubina del señor Díaz Carmona, no había demostrado tal carácter, ya que el testigo único que se trajo al juicio no era suficiente para tal efecto; y que Diego Alonso Díaz Tobón, quien demanda como hijo del mismo señor Díaz Carmona, no había probado legalmente su filiación natural.

Dentro de la oportunidad señalada en el artículo 187 del Código Contencioso Administrativo, la parte demandante instauró el recurso de revisión. Aunque inicialmente la demanda no fue precisa en cuanto a la causal de revisión alegada, en escrito posterior se indicó ésta como la contemplada en el numeral 2 del artículo 188 *ibídem*; esto es, "cuando se recobraren piezas decisivas después de dictada la sentencia, con las cuales hubiese podido pronunciarse una decisión diferente".

En primer término, estima el recurrente que se recuperó el registro de nacimiento del señor Diego Alonso Díaz Tobón con posteriori-

dad a la sentencia del Tribunal, el día 5 de mayo de 1987; y en segundo que se abrió la posibilidad para la recepción del testimonio del señor Benjamín Marín R., persona llamada inicialmente por el Tribunal a declarar, pero que debido a un accidente de tránsito que sufrió el día que tenía que hacerlo no pudo rendir su testimonio.

A este respecto, alega:

"La parte actora, en su demanda, solicitó que se recibiera declaración, en calidad de testigo, al señor Benjamín Marín R., con el fin de establecer 'la ocupación lícita habitual que tenía en vida Alonso Antonio Díaz Carmona; sus ingresos mensuales en dicha labor; su conducta hacia su «cónyuge» Bertha Olga Tobón y su hijo, Diego Alonso Tobón, en materia de apoyo económico y moral; su comportamiento social en general, estado de salud, y lo demás que les conste en relación con los perjuicios que su deceso ha ocasionado a su cónyuge e hijo'.

"El honorable Tribunal Administrativo de Antioquia decretó las pruebas en el proceso por auto de fecha 21 de junio de 1985 notificado y en firme el 10 de julio de 1985, como el período probatorio, en el proceso ordinario, es de 30 días (art. 209 del Decreto número 01 de 1984), dicho término habría de vencer el día 14 de agosto de 1985 (excepto para las pruebas practicadas fuera de la sede).

"Dentro del término del día 5 de agosto de 1985, y cuando se dirigía precisamente hacia la sede de la Corporación, para rendir su versión, el testigo Benjamín Marín R., sufrió un pavoroso accidente de tránsito, de resultas del cual recibió una incapacidad de 50 días. Es claro que cuando terminó su incapacidad (septiembre 24 de 1985) ya había precluído, y con mucho, el período probatorio del proceso, en sede.

"Por esta razón se 'perdió' una declaración testimonial importante, que de haber obrado en el proceso seguramente había inclinado la decisión del Tribunal en un sentido diverso, en punto a dar por probada la relación concubinaria que ligaba a Bertha Olga Tobón con el finado Alonso Antonio Díaz Carmona.

"Al respecto, y como el proceso era de única instancia, la parte actora no podía, de un lado, aducir dicha declaración en término probatorio extraordinario, en virtud del recurso de apelación, que por definición no cabía en dicho caso; y del otro, 'recobrar' o 'recuperar' la declaración de otra manera que no fuese redujéndola a escrito, como versión documental certificada, cosa que finalmente hizo y se aduce con este *recurso de revisión*.

"Y como quiera que dicha versión, que cabalmente es una 'pieza' probatoria recuperada después del fenecimiento de la instancia, no ha sido controvertida, corresponde a disponer que lo sea, decretando, como prueba de oficio, o solicitada por la parte, su ratificación, fenómeno que expresamente autoriza el artículo 192 del Decreto número 01 de 1984".

Para resolver, se considera:

Estima la Sala que debe hacer algunas precisiones doctrinarias en torno a la causal propuesta, porque lo alegado por la parte recurrente no corresponde exactamente a lo que la doctrina y la jurisprudencia han estimado como prueba recobrada.

El alcance de la causal segunda del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo se ha venido aceptando no sólo en sentido estricto (la índole de recurso extraordinario que tiene el de revisión impone esa restricción) sino con referencia a la prueba documental (el vocablo "piezas", en principio no debería tener sino esa interpretación).

Se hacen estas precisiones para evitar interpretaciones ligeras que podrían utilizarse para suplir deficiencias o descuidos en la carga probatoria de las partes interesadas en sacar avante sus pretensiones; o para darle a éstas una nueva oportunidad para aportar los documentos que guardaban en su poder o que sabían en qué oficinas públicas reposaban o pedir testimonios de personas que estaban a disposición desde un principio.

Este criterio ha sido cuestionado, entre otros, por el profesor Devis Echandía, quien afirma que la prueba recobrada debe reunir los siguientes requisitos: "Que de haber obrado en el proceso hubiera variado la decisión contenida en la sentencia; que el recurrente hubiera estado durante todo el proceso en imposibilidad de aportarlos, por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria" (H. Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, ABC 1972, Tomo III, pág. 214).

Encajará el recurso en la forma propuesta por el recurrente en la citada causal?

Para la Sala, pese al esfuerzo hecho por el recurrente, su escrito parece más un alegato de instancia con la consiguiente crítica a la apreciación probatoria cumplida por el juzgador, que un recurso extraordinario de revisión sujeto a causales estrictas y taxativas.

Baste observar para confirmar este aserto el cuestionamiento, a todas luces inoportuno e ineficaz, que le hace a la apreciación probatoria hecha por el Tribunal al documento que se trajo a los autos para acreditar la filiación natural.

Para entender este aspecto se transcribe dicha apreciación. Así dice el Tribunal:

> "A folio 3 el Alcalde Municipal de Puerto Triunfo (Antioquia) y anotando obrar en desarrollo del artículo 115 del Decreto 1260 de 1970 informó que en el 6 folio 435 del libro de registro civil de nacimientos que se llevan en su Despacho aparece inscrita el acta de Diego Alonso Díaz Tobón de sexo masculino hijo de Diego Alonso y Berta Olga Tobón y que nació en San Luis el 7 de octubre de 1965.
>
> "En primer lugar no es pues una copia del acta sino un informe y en segundo lugar dada la calidad de hijo natural del

accionante, el artículo 112 del mismo Decreto está indicando que el informe a que se hace referencia, no puede indicar al Juez la verdadera paternidad.

"Al efecto: El artículo mencionado dice textualmente: Las copias de acta o folio de registro de nacimiento de un hijo natural y los certificados que con base en ellos se expidan, omitirán el nombre del presunto padre mientras no sobrevenga reconocimiento o declaración de paternidad judicial en firme y no sometida a revisión y en fuerza de ello se corrija la inscripción inicial".

Y para rebatir esta apreciación probatoria el recurrente trae con carácter de prueba recobrada la copia del acta del registro civil de nacimiento del señor Diego Alonso Díaz Tobón, registrado en el folio 435, Tomo 6º del libro de nacimientos de Puerto Perales del aludido Municipio.

No vé la Sala en qué consistió ese recobro probatorio.

Los libros de registro correspondientes existían desde antes de la presentación de la demanda en Puerto Perales, según lo afirma el mismo recurrente. Nadie le negó la copia del acta que ahora califica como recobrada; nadie afirma que esos libros no existían o se hallaban extraviados o en poder de la parte demandada. Tampoco puso de presente la actora que durante el proceso estuvo en imposibilidad de aportar la copia del acta por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

Todo consistió, según muestra el expediente, en error de la parte interesada, la que creyó que el informe del Alcalde de Puerto Triunfo era suficiente por sí solo para probar la filiación natural que legitimaba en la causa a uno de los actores. Olvidó así el recurrente que el recurso de revisión no permite un nuevo análisis probatorio de las pruebas que fueron apreciadas en la instancia.

Autorizar ahora la mejora de la prueba, sin los supuestos estrictos de la causal alegada, es desconocer ilegalmente el efecto de cosa juzgada que, en principio, tiene toda sentencia ejecutoriada y cuyo valor no puede desconocerse sino por la vía permitida en la ley, en forma excepcional.

Si no asiste la razón al recurrente en el primer extremo, ya que no puede ser prueba recobrada una prueba que simplemente no se pidió, sin que nada ni nadie lo impidiera, con mayor razón tampoco tiene ese carácter la prueba testimonial que no se practicó inicialmente, así no haya mediado culpa en quien la pidió.

Fuera de que el testimonio que se quiere hacer valer ahora y que no se practicó dentro del proceso, no puede entenderse en forma alguna como "pieza" decisiva recobrada después de dictada la sentencia, tampoco se acreditó que fuera la prueba única existente sobre la relación concubinal que se dice existió entre la señora Berta Olga Tobón y el señor Alonso Antonio Díaz Cardona.

El mismo recurrente al hacer sus cuentas sobre la iniciación y duración del período probatorio, da a entender que el testigo Marín estuvo en condiciones de declarar mucho antes de que se pronunciara

el fallo. Baste observar que se incapacitó el 5 de agosto de 1985 y se levantó su incapacidad el 24 de septiembre siguiente y que el fallo se pronunció el 31 de marzo de 1987. Pudo entonces aquél insistir en la práctica de la prueba antes de la sentencia, acreditando las circunstancias de hecho que habían impedido su comparecencia al despacho del Tribunal. Pero, no lo hizo. Tuvo más de año y medio para solicitar esa declaración y aún había podido hacerlo antes de los traslados para alegar cuando ya estaba aliviado, porque éstos sólo se cumplieron el 21 de enero de 1986, o sea unos 5 meses y medio después del accidente sufrido por el testigo Marín.

Tampoco hizo ningún esfuerzo para demostrar algo que no es ni siquiera lógico ni razonable: Que el testigo citado era el único que sabía de esa relación concubinal. Y se dice que no es lógico ni razonable porque el concubinato que merece en Colombia alguna protección legal es el público y notorio de carácter regular. Si esa relación, que conforma una especie de posesión notoria del estado alegado, reunía estas condiciones, por qué todo dependía de lo que dijera Marín? Obsérvese que en la declaración anticipada de éste, que obra a folios 2 y siguientes del cuaderno de la revisión, el testigo habla de que Berta Olga y Alonso Antonio llevaron vida en común, comportándose como marido y mujer desde 1964 hasta la fecha del fallecimiento de éste, o sea hasta el 6 de agosto de 1983. Si hacían vida en común como marido y mujer, por qué solamente una persona podía declarar a ese respecto?

Si sobre un hecho no existe sino un testigo que estuvo en imposibilidad de declarar dentro del proceso, bien por fuerza mayor o caso fortuito y esa imposibilidad cesa después de la sentencia, sería aceptable, dentro de una concepción amplia de la prueba recobrada, tenerla como tal. Pero si sobre el hecho debe existir pluralidad de declarantes y el interesado no pide sino uno y éste se incapacita, no cabrá hablar de prueba recobrada. No puede olvidarse que cuando de la prueba de la posesión de un estado civil se trata, la jurisprudencia ha exigido siempre una pluralidad de testimonios. El testigo único no tiene justificación alguna cuando los hechos que constituyen ese estado, deben, en principio, ser públicos y notorios.

Ahora bien: Supo el Tribunal, en su oportunidad, se entiende, que el día en que debía tomar la declaración de Marín éste se accidentó? No existe prueba adecuada dentro del proceso. Insistió dentro de la instancia la parte demandante para que se tomara la declaración con posterioridad, dado el accidente sufrido por el mismo señor Marín? No, y ni siquiera en el alegato de conclusión habla de esa circunstancia.

Por todo lo expuesto, el recurso no está llamado a prosperar. Las razones dadas por el recurrente conforman un verdadero alegato de instancia, en el que se pretende no sólo una mejora de la prueba sino una nueva apreciación probatoria con base en pruebas nuevas que no tienen el carácter de recobradas; unas (documentales) porque existieron desde antes del proceso, dentro del mismo y después de él, y pudieron ser pedidas libremente por las partes o por el Juez de oficio; y otras, la testimonial, porque fuera de que no se probó que fuera la prueba única existente sobre la relación concubinal, la posesión notoria de un estado civil, así éste sea de hecho, exige un conjunto

de testimonios que lo establezca de modo irrefragable. Aunque el artículo 399 del Código Civil que hace esta exigencia se refiere a la prueba para acreditar judicialmente la posesión notoria de los estados de matrimonio, hijo legítimo o hijo natural, no repugna que la exigencia se extienda a la prueba del concubinato como relación de hecho que es y de la cual derivan una serie de derechos y obligaciones para los concubinos.

Y si exige para la prueba de la posesión notoria del estado de matrimonio, por ejemplo, un conjunto de testimonios que lo establezcan de modo indiscutible, no se vé por qué cuando de la prueba del concubinato se trate, el testimonio pueda ser único. En este sentido hizo bien el Tribunal al negarle valor a las declaraciones de la señora Esther Mejía de G. La jurisprudencia ha visto en la exigencia de la pluralidad de testigos para acreditar un estado civil no una norma de tarifa legal sino de apreciación libre o sana crítica, lo que asegura su vigencia aún frente al Código Procesal Civil que contempla precisamente el último sistema valorativo, tal como lo hace el Código Administrativo en su artículo 168.

Por todo lo precedente, 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. No prospera el recurso de revisión interpuesto contra la sentencia de 31 de marzo de 1987, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

2. Sin costas porque no se causaron.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión del día 1º de diciembre 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 XIII

CUESTIONES PROCESALES

CONSEJO DE ESTADO.— COMPETENCIA. INCORA. Actos.

Para las acciones de restablecimiento contra actos del INCORA, no existía ni existe ninguna razón para su conocimiento en única instancia ante el Consejo de Estado.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., primero de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 5366. Actor: Roberto Rochel Awad.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 19 de marzo de 1988, dictado por el Tribunal Administrativo de Santander.

Mediante ese proveído el *a quo* no declaró la nulidad por falta de competencia impetrada por la entidad pública demandada.

Para el efecto se apoyó en jurisprudencia de esta misma Sala, que afirma la competencia de los Tribunales Administrativos para conocer de las acciones de restablecimiento en primera o en única instancia.

Para resolver, se considera:

Las razones dadas por el INCORA para fundamentar su petición anulatoria aparecen brevemente expuestas a folio 284 del expediente, de la siguiente manera:

> "Fundamento lo anterior en lo establecido en el Decreto 01 de 1984 en el artículo 128 que fijó la competencia del Consejo de Estado en única instancia y que el numeral 9º dice: 'De los de nulidad de los actos del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en los casos previstos en la ley' y al estudiar el artículo 131 de la misma norma se observa que el honorable Tribunal sólo es competente para conocer de los procesos de nulidad de los actos del INCORA, pero en lo que respecta a la expropiación de un fundo rural.
>
> "Por lo anterior se colige que esa honorable Corporación es competente para conocer de este proceso administrativo y por lo tanto le ruego decretar la nulidad de lo actuado y en consecuencia se sirva rechazar la demanda de la acción".

Para la Sala la decisión del Tribunal merece ser confirmada, ya que se ajusta al pensamiento reiterado de la Corporación.

Si bien es cierto el numeral 9 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo habla de que el Consejo de Estado conocerá en única instancia de los procesos "de nulidad de los actos del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en los casos previstos en la ley", no lo es menos que los artículos 131 y 132 *ibidem* (numerales 9) al fijar las competencias de los Tribunales en única o primera instancia prevé que estos organismos conocerán de los procesos de restablecimiento en los que se controviertan actos del orden nacional, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas de los distintos órdenes por sus actos o hechos, cuando la cuantía no exceda de quinientos mil pesos.

Se recuerda que esta cuantía fue modificada por el Decreto 597 de 1988 y fijada en $ 800.000.00.

Lo así previsto muestra que la competencia del Consejo, en materia agraria, en única instancia y cuando se presentó la demanda, estaba circunscrita a los casos contemplados en los numerales 7 (extinción de la condición resolutoria de los baldíos nacionales), 8 (extinción del dominio o propiedad) y 9 (nulidad de los actos del INCORA).

De estos procesos, los dos primeros, dada su índole especial, no encajan exactamente en la clasificación tradicional de las acciones propias de los actos administrativos (nulidad o restablecimiento); y el último corresponde a un simple contencioso de legalidad en el que se busca el mantenimiento del orden jurídico y no un restablecimiento de derechos.

La competencia así distribuída no fue caprichosa. Quiso el legislador que el Consejo controlara la legalidad de actos de carácter general, dictados por el INCORA, cuya nulidad, en principio, no implica un resarcimiento de orden patrimonial; y por tradición de muchos lustros le dejó la extinción de la condición resolutoria en los baldíos y la extinción del derecho de dominio. Pero no más.

Para las acciones de restablecimiento contra actos del INCORA no existía ni existe ninguna razón para su conocimiento en única instancia ante el Consejo; y antes, por el contrario, sí se dan todas las justificaciones para su conocimiento ante los Tribunales de la ubicación del inmueble, no sólo para abaratar la justicia agraria sino para lograr una mayor inmediación probatoria.

Además, las acciones de restablecimiento contra actos de adjudicación de baldíos (plena jurisdicción en la Ley 167 de 1941) se conocían antes de la expedición del nuevo código en los Tribunales administrativos (art. 38, Ley 135 de 1961), y dentro de la ley de facultades (58 de 1982), que permitió la expedición del Decreto 01 de 1984, no estaba la de modificar las competencias en materia agraria, sujetas, como se sabe, a legislación especial.

Finalmente, se anota:

Afirmar, como lo hace el recurrente, que cuando la ley habla "de la nulidad de los actos del INCORA", no cabe ninguna interpretación porque cuando la ley es clara no podrá desatenderse su tenor

literal para consultar su espíritu (art. 27 del C. C. A.), es deconocer otra regla de hermenéutica no menos importante que le impone al intérprete acatar el alcance que el legislador le haya dado a determinadas palabras o nociones.

Para el legislador la nulidad, como pretensión, está definida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Como también está definida la nulidad con efectos de resarcimiento en el artículo 85.

Y en el caso que aquí se analiza los efectos restablecedores que se obtendrían con la declaratoria de nulidad de la Resolución 0642 de 22 de abril de 1985 son evidentes, ya que la propiedad adjudicada como baldío volvería a engrosar el patrimonio de los que se dicen dueños del inmueble. Las pretensiones 2 y 3 así lo dan a entender cuando buscan la cancelación del registro de la aludida resolución ante la Oficina de Instrumentos Públicos de Barrancabermeja y la declaración de que los demandantes, como continuadores de la personalidad de sus progenitores, están en la misma situación jurídica que éstos frente al inmueble declarado como baldío.

Por lo expuesto, la Sala *resuelve:*

Confírmase en todas sus partes el auto de 19 de marzo de 1988, dictado por el Tribunal Administrativo de Santander.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 29 de julio de 1988.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Carlos Ramírez Arcila.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

DERECHO A LA ACCION.— Fundamento constitucional.

Es un derecho público abstracto que se apoya en el artículo 45 de la Constitución y su violación tendría el carácter de sustancial.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., dos de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número A-042. Actor: Estruco S. A. Recurso de anulación.

El apoderado judicial de la sociedad Estruco S. A. (antes Estruco Ltda.), interpuso recurso extraordinario de anulación contra la sentencia dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 21 de mayo de 1987, en la cual se declaró inhibida para decidir sobre el fondo de la *litis* por ineptitud sustantiva de la demanda, que interpuso la citada compañía contra el Instituto de Seguros Sociales, en razón del Acta número 059 de 14 de junio de 1982, de la Junta Administradora del mismo, en la cual "se rechazó, o no se tuvo en cuenta o se excluyó, la propuesta del contrato de la sociedad Estruco Limitada, y por consiguiente se descartó la celebración del respectivo contrato administrativo con la misma sociedad, referente a la licitación número 00-39-81 Construcción Clínica ISS Manizales".

Para una mejor comprensión del tema es preciso relatar que las peticiones de dicha demanda, en resumen, consistieron en que se hicieran las siguientes declaraciones:

Primera: El acto administrativo de la Junta Administradora de la Junta del Instituto de Seguros Sociales, que consta en el Acta 059 de la sesión celebrada el 14 de junio de 1982... (cuyo contenido ya se indicó)... "fue acto arbitrario, ilícito e ilegal".

Subsidiaria de la anterior: El acto administrativo de la Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales (el mismo que ya se describió)... "...es nulo por ilegal".

Segunda: "El Instituto de Seguros Sociales pagará a la sociedad Estruco Ltda., el valor de los perjuicios sufridos por ésta, a causa del acto administrativo o conducta administrativa descrita en esta demanda, perjuicios que comprenden el lucro cesante y el daño emergente, ... etc.".

La acción, que se inició el 3 de noviembre de 1982, fue calificada por el demandante en los siguientes términos: "Esta es la indemniza-

toria del perjuicio a que se refieren, la parte final del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 28 del Decreto-ley 528 de 1964".

Con fundamento en el artículo 16 de la Constitución Nacional y con apoyo en jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, respaldó sus peticiones haciendo una amplia exposición sobre la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado y su aplicación en nuestro medio jurídico.

La sentencia de 21 de mayo de 1987 recogió los planteamientos de la señora Fiscal Segunda ante esta Corporación, quien a su turno había aceptado en gran parte los del apoderado de la entidad oficial demandada y puede sintetizarse su concepto en lo siguiente:

Observó que el acto acusado, o sea, el Acta número 59 de 14 de junio de 1982 de la Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales, era una simple decisión de trámite, pues el verdadero acto administrativo que puso fin a la licitación y que encierra verdadera decisión administrativa, fue la Resolución número 2749 de 25 de junio de 1982, acto este que no fue demandado y que sería el causante del perjuicio que se pretende reclamar.

Por su parte la sentencia observó que la contratación administrativa se regía en esa época por el Decreto 150 de 1976, de cuyos artículos 26, 158 y 159, así como de los relativos al funcionamiento interno del Instituto de Seguros Sociales, como el literal ñ) del artículo 55 del Decreto 1650 de 1977, que atribuía a la Junta Administradora la función de "...autorizar al Director General para celebrar contratos...", se concluye que la Junta Administradora carecía de facultad legal para adjudicar contratos y que, en consecuencia, el verdadero "acto generador del supuesto daño no es el acusado, sino la Resolución 2794 de 25 de junio de 1982".

Sobre estas bases se consideró que la acción de reparación directa propuesta por el demandante, con base en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo de 1941, no es procedente porque el perjuicio se deriva de un acto administrativo. "Tampoco es procedente proponer en la msima demanda que se declare la responsabilidad de la administración por un hecho o acto, como petición principal, y como subsidiaria que se declare la nulidad de un acto administrativo, porque cada una de ellas se produce como consecuencia de la interposición de diferentes acciones. La primera, se relaciona con la acción de reparación directa y la segunda con la acción de plena jurisdicción, actualmente denominada de restablecimiento del derecho, las cuales se excluyen entre sí y no se pueden acumular en una misma demanda".

"Es claro entonces que la lesión del derecho del impugnante se produjo en razón de un acto de la administración y no por un hecho u operación administrativa como equivocadamente se plantea en la demanda y por lo tanto, la acción propuesta de reparación directa no es la procedente. La demanda ha debido ser planteada impugnando el acto o actos generadores del perjuicio en acción de restablecimiento del derecho" (Vista fiscal número 076 de diciembre 2 de 1986).

Estos fueron, en resumen, los motivos aducidos para declararse como en efecto lo hizo la Sección Tercera, inhibida para decidir sobre el fondo.

Impugnación a la sentencia:

El recurrente funda el recurso extraordinario en las siguientes consideraciones resumidas:

Primer cargo: Falta de aplicación del inciso 2º del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, que por hacer parte de disposiciones de orden público, tienen efecto y ejecución inmediata.

Segundo cargo: Interpretación errónea del artículo 158 del Decreto 150 de 1976.

Tercer cargo: Falta de aplicación del artículo 170 del Decreto 01 de 1984, siendo posible su invocación mediante recurso extraordinario de anulación por tratarse de una disposición de orden público.

Cuarto cargo: Violación directa de los artículos 16, 20 y 163 de la Constitución Nacional.

Consideraciones:

En fallo de 12 de julio de 1988 —expediente número 095— con ponencia del Consejero doctor Irisarri Restrepo se expresó lo siguiente:

> "Ha dicho esta Sala que si la sentencia impugnada mediante el recurso extraordinario de anulación no es de mérito, vale decir, estimatoria o desestimatoria de las pretensiones, sino inhibitoria, la violación de la norma sustantiva no podrá ser, en principio, sino indirecta. En efecto, en fallo de 11 de noviembre de 1987 (Expediente número R-063. Actor: Adela de Jesús Rivera viuda de Arias), con ponencia del señor Consejero Betancur Jaramillo se expresó así la Corporación:
>
> "Sólo cuando el juzgador considera que se dan los presupuestos para la sentencia de mérito podrá violar con su decisión directamente la ley sustantiva que consagra el derecho pretendido, si no la aplica, la interpreta erróneamente o la aplica indebidamente. Porque, en el caso contrario, el obstáculo procesal que reconoce el juzgador como impedimento de este fallo de mérito no le permite hacer la subsunción de los supuestos de hecho alegados en los supuestos de la norma que consagra el derecho reclamado. Y al no hacerlo no podrá hablarse de que violó directamente unas normas que no pudo en forma alguna considerar.
>
> "Lo expuesto da a entender que el recurso no podrá prosperar porque la violación directa de la norma sustantiva no pudo darse en la hipótesis propuesta".

No obstante que el anterior criterio reiterado bastaría para despachar desfavorablemente el recurso, la Sala para mayor ahondamiento procede a estudiar los argumentos del recurrente.

Primer cargo: La doctrina y la jurisprudencia consideran que las disposiciones constitucionales son de carácter sustancial; sin embargo, el artículo 197 del Decreto 01 de 1984 distingue para los efectos del recurso extraordinario de anulación, entre las infracciones a tales preceptos y las infracciones a la ley sustancial.

Procede, pues examinar si del segundo inciso del artículo 83 del Decreto 01, que se ha señalado como violado, surge un derecho sustancial o indica un procedimiento y si es aceptable, tratándose como sucede en este caso, de una demanda interpuesta antes de expedirse el nuevo Código y producida la sentencia acusada, después de ello. Se considera que es procedente el recurso extraordinario de anulación en este caso, porque se interpuso contra sentencia proferida por la Sección Tercera, el 21 de mayo de 1987, con fundamento en el Decreto 01 de 1984.

El demandante indica como violado en forma concreta el segundo inciso del artículo 83 que contiene la definición de los actos administrativos en los siguientes términos:

"Son actos administrativos las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos y en cuya realización influyen de modo directo o inmediato la voluntad o inteligencia".

El propósito del demandante al indicar esta norma como violada, es el de resaltar que, conforme al mismo artículo, los actos administrativos están sujetos a control jurisdiccional, en la misma forma como lo está toda la actividad administrativa.

Y, como consecuencia, que el acto indicado por la demanda, contenido en el Acta número 59 de junio 14 de 1982 de la Junta Administradora y con el cual se excluyó a la firma Estruco Limitada de la licitación para contratar una obra, eso constituye un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional y que, al ser desechado en la sentencia acusada, fue por ende desconocido y vulnerado el derecho a atacarlo.

No obstante la indiscriminada utilización que nuestro legislador ha hecho de los conceptos de "acción" y de "pretensión", hasta el punto que en el Decreto 01 de 1984, volvió a denominar y clasificar las acciones en consideración a las pretensiones puede afirmarse que el derecho a la "acción" entendido en forma genérica, está dentro del catálogo de los derechos del ciudadano, sustentando en el derecho de petición del artículo 45 de la Constitución y cuyo carácter público, autónomo y abstracto, es reconocido por nuestras normas positivas con las mismas características generales que le atribuye la doctrina universal.

Estos atributos de la acción, como derecho, los reconoció esta Corporación en el ya clásico fallo de 21 de agosto de 1972, cuando expresó:

"Se concibe así la acción como un derecho público, abstracto, individual y autónomo, desarrollo específico del derecho de petición, reconocido *latus sensu* por el artículo 45 de la Constitución, de ocurrir a la jurisdicción y obtener una decisión, favorable o desfavorable, co-

mo culminación del proceso cuya realización, eminentemente pública. a causa de que tiene por objeto asegurar la vigencia de la legalidad, constituye su finalidad".

Pensando estrictamente dentro de este criterio es posible suponer la ocurrencia de una sentencia con sentido inhibitorio que viole el derecho de la acción, entendido éste como la facultad ciudadana de acudir ante los órganos estatales encargados de administrar justicia y de obtener una decisión. En este sentido puede aceptarse la posible violación de un derecho sustancial, de carácter constitucional, susceptible de debate a través del recurso extraordinario de anulación.

No se descarta la posible ocurrencia de un acto arbitrario en tal sentido que implicara infracción directa del artículo 45 de la Constitución, que como todas las disposiciones de este estatuto, tiene carácter sustancial.

Pero, lo que generalmente sucede y en casos como el planteado en esta ocasión, es la falla del ciudadano en la utilización de los medios establecidos en la ley para lograr la actividad jurisdiccional, o lo que es lo mismo, la falta de los presupuestos procesales necesarios para que se establezca válidamente la relación jurídico procesal. Se traslada así el debate al ámbito procedimental, campo en el que, como se dijo, no puede desarrollarse el recurso extraordinario de anulación, el cual está reservado a las infracciones de la ley sustancial, no de la procedimental.

De manera que no puede confundirse el derecho genérico a la "acción" con la posibilidad de lograr una pretensión específica, regulada en la ley, pues para ello es necesario satisfacer las condiciones particularmente exigidas por la misma; este concepto se deduce del mismo artículo 83 invocado, cuando dispone que la actividad administrativa estará sujeta al control jurisdiccional, pero que ese control se ejercerá "en los términos previstos en la Constitución, en las leyes y en este Código", con lo cual estableció de antemano una clara sujeción a las reglas sobre presupuestos procesales, términos y demás aspectos propios de los procedimientos. De esto se deduce que, salvo las excepciones consagradas en la misma ley, toda la actividad administrativa, desarrollada por medio de actos y hechos allí definidos, está sujeta al control jurisdiccional, pero que éste está regulado por la Constitución y las leyes, incluido el mismo código de la materia, que prescribe términos, requisitos y condiciones que configuran la llamada ley procesal.

La demanda presentada el día 3 de noviembre de 1982, clasificó la "acción" o "pretensión" intentada, en los términos del artículo 68 de la Ley 167 de 1941 y del artículo 28 del Decreto 528 de 1964 que, como se recuerda, consagrada la acción para pedir indemnización de perjuicios, cuando la causa de violación era un hecho o una operación administrativa, no siendo necesario pedir la declaratoria de nulidad de un acto, sino de demandar directamente a la Administración.

No es necesario profundizar en el concepto de acto administrativo, para convenir con el demandante que con relación a algunas determinaciones de la Junta Administradora del Instituto de Seguros So-

ciales, adoptadas en la sesión de 14 de junio y consignadas en el Acta número 59, pueden calificarse de actos administrativos, técnica y legalmente susceptibles de impugnación por la vía jurisdiccional.

Pero en el caso planteado, la impugnación no sólo se refirió a esos actos, sino que iba aparejada de la petición de indemnización por no haber recibido la adjudicación de un contrato, que fue resuelta definitivamente en otro acto administrativo: La Resolución número 2749 de 25 de junio de 1982, la cual no fue impugnada por el actor.

La Sección Tercera del Consejo de Estado mediante la sentencia que es objeto del recurso extraordinario de anulación, se declaró inhibida para proferir una de mérito porque estimó que resultaba contradictorio, por una parte calificar de "acto administrativo" la determinación contenida en el Acta número 59 de la Junta, para pedir primero la declaratoria inocua de ser un "acto arbitrario, ilícito e ilegal" y luego, en forma subsidiaria, de ser "nulo por ilegal", y pedir a continuación la indemnización de los perjuicios sufridos a causa de ese *acto* administrativo, por la vía establecida en la ley procesal para reclamar los perjuicios causados por *hechos*, con relación a los cuales no cabe la declaración de nulidad.

La sentencia estimó que como no era posible prescindir de las características de una u otra pretensión, ni tampoco de las formalidades y presupuestos a que está sujeta cada una de ellas, como el término de caducidad, la demanda no se encontraba en forma, lo que hacía imposible proferir una decisión de mérito.

Con relación a este cargo en su concepto de fondo número 054 de abril 21 de 1988 "la Fiscalía observa que, la decisión del fallo de instancia, se fundamentó en que el acto demandado no fue el que ocasionó el supuesto daño alegado por el demandante y no por haberle suprimido su carácter de acto administrativo a aquél; a tal conclusión hubo de llegar la Sala tan sólo en el momento de proferir sentencia definitiva, toda vez que, contra lo que afirma el recurrente, la providencia de fecha abril 2 de 1984, expresa, refiriéndose a la demanda, que ella se dirigió exclusivamente a obtener la nulidad de un presunto acto administrativo, pero si se aceptara que el recurrente tenía razón, tampoco era obligatorio para la Sala entrar a estudiar la legalidad de un acto que a juicio de la misma no ocasionó perjuicio alguno y que fue demandado equivocadamente".

De lo anterior surge claramente que la sentencia acusada tiene un fundamento exclusivamente de índole procesal que escapa a los alcances del recurso extraordinario de anulación y que, por lo mismo, en manera alguna infringió el artículo 83, inciso 2º del Decreto 01 de 1984.

Segundo cargo: Disponía el artículo 158 del derogado Decreto 150 de 1976:

"Los contratos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se adjudicarán y suscribirán por el respectivo Gerente, Director

o Presidente y están sujetos a la previa autorización o la a la aprobación posterior de la correspondiente Junta o Consejo Directivo, según sobre lo que el particular provean sus normas orgánicas".

Esta norma se refería a la facultad de contratar de los directores o gerentes, con la previa autorización de las Juntas o Consejos Directivos, o con su posterior aprobación.

La sentencia, después de recordar que todos los actos relacionados con la contratación administrativa, estuvieron regulados por la normatividad que recogía entonces el Decreto 150 de 1976, en especial sus artículos 26, 158 y 159, así como por parte del artículo 55 del Decreto 1650 de 1977, sobre estructura del Instituto de Seguros Sociales, concluyó que la Junta no tenía facultad legal alguna para adjudicar ningún contrato, sino simplemente al de autorizar al Gerente, tal como lo dispone el artículo transcrito, para concluir que el acto generador del supuesto daño, no fue el acusado y contenido en el Acta número 59, sino la Resolución 2749 de junio 25 de 1982, en virtud de la cual, resolvió adjudicar la licitación a otro proponente, que no fue cuestionada.

No se observa ninguna errada interpretación del citado artículo y menos que hubiera sido directamente infringido, porque está claro que en la reunión de la Junta se autorizó al Director General para adjudicar y suscribir el respectivo contrato con firma distinta de la demandante (pág. 8 del Acta número 59) y posteriormente, el Director dictó la Resolución 2749 de junio 25 de 1982, por medio de la cual resolvió "adjudicar" la licitación con los efectos que le daba el artículo 27 del estatuto contractual. Esta resolución no fue una simple "comunicación" a los demás proponentes (como lo afirma el demandante), sino el verdadero acto de adjudicación y por tanto el reclamo de los posibles perjuicios que éste hubiere producido, ha debido iniciarse con su impugnación y no con la de los actos previos de autorización al Director.

La Fiscalía en su concepto ya mencionado, concluye sobre este particular: "Encontramos en el proceso de licitación dos personas diferentes que desarrollan funciones diferentes, de una parte, la Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales, otorgó la autorización al Director General del mismo y de otra el último de los nombrados, fundamentándose entre otras consideraciones, en la autorización, adjudica la licitación pública.

"El recurrente queriendo demostrar la supuesta interpretación errónea, cambia las competencias de la Junta y del Director General, lo que desde luego tampoco le permite a este cargo prosperar".

Tercer cargo: "No es posible de acuerdo con la norma citada —dice el libelista refiriéndose al artículo 170 del Decreto 01— que se dicte sentencia inhibitoria, o sea que el Código Contencioso Administrativo en ninguna forma da la posibilidad al juzgador para que se abstenga de resolver sobre el fondo de la *litis*".

Según el impugnador, el legislador quiso impedir que luego de un largo debate procesal se adujera por parte de la jurisdicción la imposibilidad de dictar sentencia de mérito por razón de aspectos pro-

cesales que pudieron ser controlados desde la iniciación del litigio. Afirma que existen diversas oportunidades previas al fallo definitivo, dentro de las cuales, por economía procesal, el Juez, o las partes pueden impugnar la viabilidad de la acción incoada.

Fácilmente se observa que el tema también se coloca en un terreno de procedimiento, el cual, como se dijo, es ajeno al recurso extraordinario de anulación.

No obstante, se aclara que el artículo 170 regula el contenido de la sentencia como culminación de un proceso, bajo el supuesto de que éste haya sido normal, o sea, que se hubiera trabado la relación procesal en forma regular.

Es cierto que el Juez debe controlar que se establezca válidamente la relación jurídico-procesal, mediante la verificación de la existencia de los presupuestos procesales antes de admitir la demanda.

Pero si este ideal no siempre se logra por culpa del demandante en muchos casos, como el que ocupa la atención de la Sala, ello no obsta para que su falta también deba examinarse en el momento procesal de decidir porque ella impide proferir sentencia de mérito, en virtud del principio del debido proceso.

La Fiscalía Segunda, mediante consideraciones similares, concluye "que el artículo 170 mencionado, tan sólo es aplicable a las sentencias de mérito, productos de una acción viable, lo cual está suficientemente comprobado no se presentó en este caso".

Se concluye de lo anterior que este cargo tampoco prospera.

Cuarto cargo: Violación de los artículos 16, 20 y 163 de la Constitución.

Luego de exponer el sentido del artículo 16 de la Carta en cuanto a la protección de la vida, honra y bienes de los particulares, es del resorte de las autoridades, pero también en segundo plano de la Rama Jurisdiccional, con apoyo en valiosa jurisprudencia sobre la naturaleza de los actos jurisdiccionales, considera el recurrente que al no haberse proferido sentencia de fondo, resultó infringida esa disposición y también el artículo 20 de la Constitución. Agrega que el artículo 163 de la Carta, no significa que se le esté dando posibilidad al juzgador de dictar sentencia en la cual se abstenga de resolver el fondo de la *litis*.

Como puede apreciarse por la resumida presentación del cargo, se fundamenta en que la sentencia recurrida infringió las disposiciones constitucionales invocadas porque ellas no contemplan y, por el contrario, se contraponen a la sentencia inhibitoria. Pero, en primer lugar, los artículos 16 y 20 de la Constitución, regulan materias completamente diferentes de las meramente procesales: El deber de las autoridades de proteger la vida, honra y bienes de los particulares (art. 16) y el principio que obliga a los funcionarios a responder por las infracciones y las extralimitaciones (art. 20). En segundo término, el artículo 163 de la Constitución que impone el deber de motivar las sentencias, no fue contrariado sino observado por la sentencia recurrida porque, como lo expresa la Fiscalía "no cabe duda que la sen-

tencia impugnada estuvo suficientemente motivada y su parte resolutiva acorde con su propia motivación". Además como se expresó antes, la sentencia inhibitoria, aunque de carácter excepcional, se explica por el principio del debido proceso que tiene por fundamento el artículo 26 de la Constitución: El juzgamiento debe efectuarse mediante la observancia de las formas propias de cada juicio o proceso y si en el momento procesal de decidir, se verifica la falta de uno de los presupuestos, entendidos como los requisitos indispensables para que exista un proceso regular, la sentencia de conformidad con la jurisprudencia y doctrina, debe ser inhibitoria.

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 contra la sentencia de 21 de mayo de 1987, proferida por la Sección Tercera de esta Corporación.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Presidente, Ausente; *Jaime Abella Zárate, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Aydée Anzola Linares,* Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker,* Ausente; *Guillermo Benavides Melo,* Ausente; *Samuel Buitrago Hurtado, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona,* Ausente; *José Ignacio Narváez García, Jorge Penen Deltieure, Carlos Ramírez Arcila, Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos.*

Nubia González Cerón, Secretaria.

ACUMULACION DE PRETENSIONES.—

En demandas enderezadas a que se declare la responsabilidad patrimonial de una persona jurídica de derecho público por hechos u omisiones suyas se la condene al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por esos hechos u omisiones, rigen con la plenitud de sus alcances jurídicos, los clásicos principios generales del derecho conforme a los cuales incumbe a las partes dar los hechos y al Juez el derecho aplicable.

CAMBIO JURISPRUDENCIAL.

LEGITIMACION PASIVA. OCUPACION DE HECHO DE BIENES INMUEBLES.

Tanto en razón del órgano que produjo los hechos, como por virtud de la competencia que la ley radica en cabeza de los alcaldes municipales en la materia relativa al lanzamiento de ocupantes de hecho de bienes inmuebles, la imputabilidad no se estructura frente al Departamento sino respecto del Municipio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., cinco de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número 4881 (168). Actor: Augusto Eliseo Sampayo y otros. Demandado: Departamento del Cesar. Indemnizaciones. Apelación.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el fallo de fecha 24 de abril de mil novecientos ochenta y seis (1986), proferido por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante el cual declaró probada "la excepción de la falta de jurisdicción alegada por el apoderado de la parte demandada" y se inhibió para fallar en el fondo.

I

El fallo apelado:

Dijo el *a quo* en el proveído motivo de la apelación:

"El doctor Augusto Eliseo Sampayo Noguera en su propio nombre y en el de los señores Tomás José, Tulio Elías, Anny Patricia y Alba Josefina Sampayo Noguera, en el escrito de demanda presentado ante el Tribunal Administrativo del Cesar el 14 de marzo de 1985 ejercita la acción de reparación directa y cumplimiento contra el Departamento del Cesar para que en sentencia se declare que la entidad demandada es civilmente responsable de los perjuicios sufridos por los demandantes con *motivo de la providencia expedida el 14 de julio de 1983* dentro del juicio policivo instaurado por Dimas Sampayo contra sus hermanos legítimos Tomás José, Tulio Elías, Augusto Eliseo, Anny Patricia y Alba Josefina Sampayo Noguera, que fue tramitado en primera instancia en la Alcaldía Municipal de Gamarra.

"En la corrección de la demanda, folios 60 a 63, los demandantes dicen que al impetrar la acción buscan la reparación de los perjuicios sufridos con la actuación de la Gobernación del Cesar, y que por tanto no están impugnando acto administrativo alguno.

"A través de los antecedentes y de los hechos narrados por los demandantes tanto en la demanda, folios 27 a 55, como en la solicitud dirigida al Gobernador del Departamento del Cesar, folios 6 a 26, así como de las pruebas aportadas al proceso, cuadernos 1, 1A, 2, 3, 4, 5, 6 y 7, aparece plenamente demostrado que los demandantes en este proceso fueron parte demanda (sic) en el proceso policivo civil instaurado por el señor Dimas Sampayo Noguera ante la Alcaldía Municipal de Gamarra; que el proceso policivo civil tuvo dos instancias, la primera en la Alcaldía Municipal de Gamarra que concluyó con la providencia de 29 de marzo de 1983 que declaró la nulidad del proceso policivo civil desde el auto admisorio de la demanda y ordenó el archivo, y la segunda ante la Gobernación del Departamento del Cesar al finalizar con la sentencia de julio 14 de 1983, folios 75, 76 y 77, cuaderno 2º, que dejó sin efecto la providencia de 29 de marzo de 1983 y ordenó el cumplimiento de la fechada el 4 de junio de 1982 de la Alcaldía Municipal de Gamarra que en su parte resolutiva dispuso restituir la posesión y tenencia de los lotes 1 al 5 de la hacienda 'Córdoba' al señor Dimas Sampayo Noguera y el lanzamiento de los demandados.

"La consecuencia pues del proceso policivo civil que terminó con la sentencia de segunda instancia dictada por la Gobernación del Cesar, fue el lanzamiento de los demandados que pudo o no causarles perjuicios, pero que en todo caso estuvo precedido por una providencia jurisdiccional excluida expresamente por el legislador de la posibilidad del control de lo contencioso administrativo, cuando el inciso final del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo prescribió que las providencias dictadas en los juicios policivos no pueden ser juzgados por aquella jurisdicción.

"Aquí se trata por parte de los demandantes de inferir responsabilidad para una función jurisdiccional ejercida excepcio-

nalmente por una autoridad —la policiva—, y está aceptando por la jurisprudencia que el Estado no es responsable por razón, precisamente, de la administración de justicia. Los perjuicios que puedan causarse a los particulares los debe indemnizar el funcionario y no el Estado.

"La incompetencia de la jurisdicción administrativa para conocer de ciertos actos y de sus consecuencias, caso en estudio, se explica normalmente por la existencia de una función gubernamental distinta de la función administrativa, de tal suerte que los actos ejecutados en ejercicio de aquella no son actos administrativos y por tanto no sometidos al control de la jurisdicción contenciosa".

II

La apelación de la actora:

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, en escrito que se lee a folios 411 y siguientes del cuaderno número 1. Para sustentar el recurso insiste en que la responsabilidad civil extracontractual a cargo del Departamento del Cesar se deriva de los *hechos* ocurridos el 23 de enero de 1984 en la hacienda "Córdoba". Expresa que cuando un funcionario incurre en situaciones de hecho al prestar el servicio público de policía, la responsabilidad del Estado se configura. Transcribe la providencia de 14 de julio de 1983, expedida por el Gobernador del Departamento del Cesar y la dictada el 4 de junio de 1982 por el Alcalde *ad hoc* del Municipio de Gamarra, para hacer hincapié en que al practicarse la diligencia de *statu quo* el 23 de enero de 1984, el Alcalde *ad hoc* de Gamarra confiscó los bienes de los demandantes, causándoles pérdidas millonarias cuyo resarcimiento está a cargo del Departamento del Cesar, por falla del servicio.

III

Alegatos de conclusión ante esta Corporación:

En sendos alegatos y por conducto de apoderados distintos a los que las representaron en la primera instancia, las partes insisten en sus puntos de vista, expuestos tanto en la demanda como en la contestación de la misma.

La parte demandante, a folios 435 y siguientes del cuaderno número 1 se refiere a los argumentos analizados en la demanda y en la sustentación del recurso de alzada, y concluye que el proceder groseramente ilegal, irregular y arbitrario del Alcalde *ad hoc* durante la llamada diligencia de "*statu quo*", vulneró el derecho de propiedad de los demandantes, proceder que configura una "vía de hecho" que compromete irremisiblemente la responsabilidad del Departamento del Cesar.

La parte demandada, folios 429 y siguientes del cuaderno número 1, propone las excepciones de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones y la que denomina "inestructuración de la responsabilidad" del Departamento del Cesar, por cuanto actuó en cumplimiento de disposiciones legales.

IV

Vista Fiscal:

La señora Fiscal Segunda de esta Corporación, en su concepto de fondo que obra a folios 445 y siguientes del cuaderno número 1, solicita la confirmación del fallo apelado, más por razones distintas. A su estudio corresponden los siguientes apartes:

"Del contexto general de la demanda y haciendo un esfuerzo de interpretación, se podría considerar que se demanda por la posible irregularidad de los hechos con que se llevó a cabo el procedimiento policivo que relatan los demandantes. Los hechos anteriores en su conjunto y muy especialmente la diligencia de restitución del inmueble al querellante, acarrearon a los actores unos perjuicios, que a su juicio deben ser resarcidos por el ente demandado.

"Lo que no se puede deducir es si tales hechos se ajustaron o no a derecho, o fueron o no legales, pues la demanda no sólo adoleció de claridad y precisión en cuanto a lo anotado por el Tribunal, sino que además los fundamentos de la acción, planteados por el apoderado de los demandantes son contradictorios y terminan por confundir y enredar aún más el problema. Por una parte se hace alusión a la falla del servicio y a renglón seguido se alude a la ausencia de ella, para basar sus pretensiones en la teoría del daño especial o 'principio de equidad y de justicia de la igualdad en las cargas o de la igualdad entre (sic) el sacrificio...' (fl. 62, cuaderno principal).

"Cuando se refiere a la falla del servicio, en el folio 63, es tal la confusión y la imprecisión, que no se logra entender en qué se hace consistir esa falla.

"Resulta pues difícil saber, si el actor demanda porque existió un mal funcionamiento del servicio, o porque ajustándose éste a lo ordenado en la ley y no obstante ser procedente la actuación de la administración, se produjo un perjuicio.

"Los dos eventos en todo caso no pueden concurrir pues mientras en el primer caso debe determinarse y probarse la falta o falla del servicio, en el segundo caso se parte de un supuesto completamente diferente.

"Al respecto la Sección Tercera se ha pronunciado en varias oportunidades. Así en sentencia de agosto 1º de 1985 con ponencia del Consejero de Estado doctor Jorge Valencia Arango, Expediente número 3335 se dijo:

"La especial naturaleza jurídica de la responsabilidad por 'daño especial', hace que la pretensión que la contenga no pueda acumularse ni sucesiva ni subsidiariamente con otra pretensión por 'falla del servicio' con base en los mismos hechos, ya que por ser absolutamente contrarias e incompatibles, se destruyen entre sí.

"Surge, pues, de la esquemática exposición hecha, que la pretensión indemnizatoria por el daño especial, excluye cualquier otra pretensión con idéntico fin, propuesta con base en la ilegalidad del acto o de la operación o el hecho administrativo, la falla o falta del servicio y la derivada de la arbitrariedad administrativa o 'vías de hecho'.

"Con cualquiera de ellas resulta incompatible, no por el *petitum* posiblemente idéntico en todas ellas, sino por la *causa petendi*, que resulta distinta y contraria como quiera que se habla de la responsabilidad por equidad, sin falta u objetiva, frente a las otras fuentes de la responsabilidad estatal, y por lo mismo, no son acumulables.

"En efecto, causa para pedir en el contencioso subjetivo o anulación de plena jurisdicción es la ilegalidad del acto, en la del daño especial, la absoluta legalidad de la actuación administrativa, en la responsabilidad por falla o falta, la afirmación de ésta, mientras que en la responsabilidad por daño especial, la afirmación causal es la contraria, la regularidad, oportunidad, legalidad de la actuación estatal; en la pretensión indemnizatoria por las 'vías de hecho' la causa para pedir es la arbitrariedad, la ausencia de derecho o de procedimiento en la administración, es decir, todo lo contrario de lo que debe aparecer acreditado para la prosperidad de la indemnización por daño especial.

"Y como la pretensión no puede prosperar sino en la medida en que resulta conforme con la causa para pedir, obvio que si ésta contiene proposiciones contrarias e incompatibles, entre sí, la conclusión resulta imposible.

"Si se afirman dos hechos contrarios y excluyentes entre sí, se destruyen mutuamente, pues no es posible que una actuación sea al mismo tiempo, legal e ilegal, legítima y arbitraria, regular, correcta y eficiente y al mismo tiempo, irregular, incorrecta, inoportuna y perjudicial, o que algo sea o no sea a la vez".

Cumplido el trámite de la segunda instancia sin que se observe causal de nulidad que pueda invalidar la actuación, se procede a desatar el recurso interpuesto, previas las siguientes

V

Consideraciones de la Sala:

1. De la confusa y enmarañada demanda resulta que, por desacuerdo entre los hermanos Sampayo Noguera se viene presentando

desde 1966 una pugna familiar por la posesión de algunos lotes de terreno en la hacienda "Córdoba", adquirida por aquellos en común y proindiviso, a título de herencia.

El primero (1º) de marzo de 1982 y debido a las amenazas de despojo por parte de sus hermanos, el comunero Dimas Sampayo solicitó protección policiva del Alcalde Municipal de Gamarra, en cuya jurisdicción se hallan ubicados los predios en dispusta, petición que fue admitida por auto de la misma fecha (fl. 5 vto., cuaderno anexo número 1). Mientras se tramitaba la querella civil policiva, los denunciados desplazaron del inmueble al querellante. Tras múltiples incidencias, el Alcalde *ad hoc* del Municipio de Gamarra, en providencia del cuatro (4) de junio de mil novecientos ochenta y dos (1982), ordenó el lanzamiento de los ocupantes y la restitución del inmueble al querellante (fl. 17, cuaderno anexo 1A).

El desafortunado manejo procesal de la querella impulsó a otro Alcalde *ad hoc* del Municipio de Gamarra a decretar, el 29 de marzo de 1983, la nulidad de lo actuado hasta entonces (fl. 49, cuaderno anexo número 2). Recurrida la decisión del funcionario municipal, el Gobernador del Departamento del Cesar, mediante acto de 14 de julio de 1983, dejó sin efecto la providencia anulatoria impugnada y ordenó dar cumplimiento al proveído de *"statu quo"* pronunciado, como quedó dicho, el 4 de junio de 1982 (fl. 75, cuaderno anexo 2).

El Capitán Bernardo Molina, nombrado Alcalde *ad hoc* del Municipio de Gamarra "para que se le dé cumplimiento a la sentencia proferida en la querella civil policiva instaurada por Dimas Sampayo Noguera" (fl. 182, cuaderno anexo 2), dispuso obedecer y cumplir lo ordenado por el Gobernador del Departamento del Cesar en providencia de 14 de julio de 1983 y procedió a señalar como fecha para llevar a cabo la diligencia de *"statu quo"* el 23 de enero de 1984 a partir de las ocho de la mañana (fls. 6 a 8, cuaderno anexo 3). Para una mayor claridad del asunto, vale la pena transcribir en forma textual lo pertinente de la providencia de 10 de enero de 1984 del Alcalde *ad hoc* de Gamarra, ya citada:

> "En cumplimiento por lo establecido en el artículo 659 del Código de Policía del Magdalena, vigente en el Departamento del Cesar, obedézcase y cúmplase lo dispuesto por el Superior Gerárquico, Gobernador del Departamento del Cesar y en consecuencia se ordena lo siguiente:
>
> "1º Notifíquese la providencia de fecha agosto 17 de 1983 emitida en Valledupar por la Gobernación del Departamento del Cesar en el presente proceso, tal como lo ordena el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil y que en su parte resolutiva dice: '..., la Gobernación del Departamento del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *resuelve:* ARTICULO PRIMERO: Negar por improcedente, el recurso de reposición interpuesto contra la sentencia del catorce (14) de julio de 1983, dictada por este Despacho. ARTICULO SEGUNDO: Declarar en firme el referido fallo en todas sus partes y ordenar su cumplimiento por tratarse de materia fallada en segunda instancia, contra la cual no procede

recurso alguno. ARTICULO TERCERO: Devuélvase para su cumplimiento y ejecución el negocio a la oficina de origen. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE (fdo.) Edgardo Pupo Pupo, Gobernador del Departamento. (fdo.) Jaime Araújo Noguera, Jefe de la Oficina Jurídica *ad hoc*. (fdo.) Luis Mariano Murgas Arzuaga, Secretario de Gobierno del Departamento' (fl. 6, cuaderno anexo número 3).

"3º Désele cumplimiento en todas sus partes a la sentencia definitiva de segunda instancia, proferida por el Superior Jerárquico Gobernador del Departamento del Cesar, de fecha 14 de julio de 1983, debidamente notificada y recurrida por la parte demandante y en firme que en su parte resolutiva dice: '..., este Despacho considera que administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *resuelve:* ARTICULO PRIMERO: Dejar sin efecto en todas sus partes, la providencia de la Alcaldía de Gamarra de veintinueve (29) de marzo de mil novecientos ohcenta y tres (1983), porque con ella se violan normas objetivas sustantivas de derecho. ARTICULO SEGUNDO: Désele cumplimiento en todas sus partes, a la providencia de fecha cuatro (4) de junio de mil novecientos ochenta y dos (1982) advirtiendo que de conformidad con la Ley 100 de 1944, las mejoras realizadas de mala fe por perturbadores, no son objeto de indemnización por parte del querellante. ARTICULO TERCERO: Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el doctor Augusto Eliseo Sampayo Noguera, contra la providencia del cuatro (4) de junio de mil novecientos ochenta y dos (1982), concedido mediante auto de fecha once (11) de octubre de 1982. ARTICULO CUARTO: Decretar un *statu quo* anterior a los hechos perturbatorios, para lo cual la Alcaldía de Gamarra, haciendo uso de la fuerza pública si fuere necesario, restablecerá las cosas al estado anterior que tenían antes de producirse los hechos que originaron la presente querella policiva; para lo cual se pondrá en posesión de dichos lotes de terreno al señor Dimas Sampayo Noguera. ARTICULO QUINTO: Devuélvase para su cumplimiento y ejecución el negocio a la oficina de origen. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE (fdo.) Edgardo Pupo Pupo, Gobernador del Departamento del Cesar (fdo.) Luis Mariano Murgas Arzuaga, Secretario de Gobierno del Departamento. (fdo.) Jaime Araújo Noguera, Jefe de la Oficina Jurídica *ad hoc*'" (fl. 7, cuaderno anexo número 3).

2. Conviene, además, transcribir los siguientes apartes tomados de la narración de hechos, que hace la demanda:

"34. Molina ordenó el traslado del personal a la finca. Nos fuimos entonces con el ejército de policía y el personal diligenciario (Qué hubiese pasado en el pueblo si se produce un asalto guerrillero?).

"35. Al llegar allí Molina comunicó a las partes que el que quisiera intervenir y hacer peticiones lo podía hacer y que para

eso gozaba de 15 minutos. Habló el doctor Recio, hablé yo, habló el apoderado del demandante, y, todos hicimos una serie de peticiones. Ajustadas a derecho.

"36. Al terminar nuestras intervenciones y cuando todos esperábamos que entrara a resolverse, Molina resultó comunicando a las partes que él no resolvía por cuanto no estaba facultado para ello y ordenó seguir con la diligencia.

"37. Al seguir con la diligencia hizo un inventario de todo lo que encontró como cultivos, maquinaria agrícola nuestra, y de *terceros*, equipos, insecticidas, fungicidas, herbicidas, úrea, semillas, instrumentos de labor, repuestos, herramientas, etc., *y al final, en decisión salomónica resolvió entregar al demandante los lotes objeto de la* litis, *junto con las mejoras existentes y todos los bienes relacionados en el curso de la diligencia. El demandante a manera de ironía declaró recibirlos real y materialmente a su entera satisfacción.*

"Mejor dicho, confiscó todos nuestros bienes y de los terceros y el demandante empezó a cortar nuestro arroz, con nuestra maquinaria y la de terceros y gozando de protección policiva" (fl. 39, cuaderno principal, sublíneas del texto).

3. Por obvias razones de técnica, la Sala habrá de referirse ante todo a los planteamientos inhibitorios contenidos tanto en la sentencia apelada como en la vista de fondo de la señora Fiscal Segunda de esta Corporación.

4. *El fallo de primer grado.*

Sostiene el *a quo* en la providencia que se revisa que la jurisdicción en lo contencioso administrativo no puede pronunciarse sobre lo pedido en la demanda, por estar de por medio una providencia dictada dentro de un juicio policivo civil, circunstancia ésta que a términos del inciso final del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo y en la inteligencia que a ese precepto otorga el Tribunal, implica una "falta de jurisdicción" para decidir sobre las pretensiones deducidas en el libelo.

La Sala no puede acoger las tesis del *a quo* porque del complicado planteamiento formulado en la demanda, lo que sí se puede inferir claramente es que la parte actora no impugna acto administrativo alguno ni señala como fuente de los supuestos perjuicios a cuyo resarcimiento aspira, ninguna providencia dictada dentro del juicio de policía de carácter civil que se inició ante la Alcaldía Municipal de Gamarra el 1º de marzo de 1982 y culminó con el proveído de la propia Alcaldía, de fecha 10 de enero de 1984, que ordenó obedecer y cumplir lo ordenado por la Gobernación del Departamento del Cesar, y señaló fecha para llevar a cabo la práctica de la diligencia de *"statu quo"*, según se dijo anteriormente. En efecto: Bajo el acápite "aclaración Preeliminar" (sic), el escrito mediante el cual se corrigió la demanda expresa que "al impetrar esta acción, *busco directamente la reparación de los perjuicios sufridos con la actuación de la Gobernación del Cesar y no impugno ningún acto administrativo*" (fl. 61,

cuaderno principal). Ante tan contundente manifestación, no puede el juzgador so pretexto de interpretar la demanda, hacerle decir al actor cosa distinta a la que terminantemente expresó.

De manera, pues, que erró el Tribunal *a quo* al considerar que la demanda con que se inició el proceso que ahora culmina, pretendió encausar una providencia proferida dentro de un juicio policivo de carácter civil, equivocación que lo llevó a subsumir el caso *sub lite* dentro de la hipótesis prevista en el inciso final del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984 y a declarar, en consecuencia y en forma igualmente errónea, probada la excepción de "falta de jurisdicción" alegada por la parte demandada, lo que condujo al fallo inhibitorio que ahora se revisa.

5. *La vista Fiscal.*

Es pertinente, ahora, examinar la tesis que plantea la señora Fiscal Segunda de la Corporación, para quien la sentencia que debe proferir esta Corporación ha de ser igualmente inhibitoria, pero con fundamento en razones distintas a las invocadas por el Tribunal Administrativo del Cesar, pues para la distinguida colaboradora Fiscal se presenta en el caso *sub júdice* una indebida acumulación de pretensiones; esa indebida acumulación radicaría en la circunstancia de que la demanda impetra la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Departamento del Cesar con apoyo en una falta o falla del servicio y, simultáneamente, considera que la actuación del Gobernador del Departamento que reputa lesiva de sus derechos, representa para la parte actora un "daño especial". En seguimiento de lo expuesto por esta Sección (Sentencias de 1º de agosto de 1985, expediente 3335, Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango, no publicada en los *"Anales"* de la Corporación, y de 28 de octubre de 1976, expediente 1482, actor: Banco Bananero del Magdalena; *"Anales"*, Tomo 91, números 451 y 452, páginas 615 y siguientes), el Ministerio Público considera que las pretensiones indemnizatorias fundadas en "daño especial" no pueden acumularse ni sucesiva ni subsidiariamente con otra pretensión resarcitoria con fundamento en la falla del servicio y basadas ambas en los mismos hechos, pues por ser absolutamente contrarias e incompatibles, no tanto por el *petítum* cuanto por la *causa petendi*, se destruyen entre sí.

Estima la Sala que la referida doctrina no puede ser reiterada en la presente ocasión por las siguientes razones:

A) Porque en demandas como la de que se trata, enderezadas a que se declare la responsabilidad patrimonial de una persona jurídica de derecho público por hechos u omisiones suyas y se la condene al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por esos hechos u omisiones, rigen con la plenitud de sus alcances jurídicos, los clásicos principios generales del derecho conforme a los cuales incumbe a las partes dar los hechos y al Juez el derecho aplicable, pues es éste último quien debe conocerlo y dominarlo en forma tal que su obligación es la de aplicar el derecho pertinente, así éste no haya sido invocado. Es, justamente, lo contrario de lo que acontece en demandas que aducen pretensiones de nulidad de los actos adminis-

trativos, o de nulidad de ellos con restablecimiento del derecho, en las cuales se impugna un acto administrativo por considerarlo violatorio de una norma jurídica superior;

B) Respecto de la diferenciación entre acciones de impugnación y acciones declarativas y de condena, y la forma en que juegan los principios *"da mihi facti, dabo tibi just"* y *"iura novit curia"* respecto de unas u otras, ha dicho esta Sala lo que en seguida se transcribe:

> "En las 'acciones de impugnación' o 'recursos extraordinarios' o 'acciones rescisorias' o 'acciones constitutivas' como han sido denominadas doctrinariamente las 'rescisiones limitadas' de que habla Carnelutti, en las cuales, su propia naturaleza, (sic) se impetra la nulidad de un acto jurídico, individual o general, creador de situación jurídica individual o de situaciones generales o reglamentarias, acto voluntario de derecho privado o de derecho público, la *causa petendi* está configurada por una causal previamente determinada por la ley, la violación de una norma jurídica de superior jerarquía y de allí es donde surge la 'pretensión' o *petitum* de nulidad *iudicium rescindens* o de nulidad y consecuencial restablecimiento del derecho *iudicium rescisorium.*
>
> "Obviamente, si en tal clase de acciones, el Juez da por demostrada una causal no alegada por el demandante, cambia la *causa petendi* o lo que es lo mismo, cambia el elemento histórico de la demanda y si con tal base anula o rescinde el acto impugnado, cambia el *petitum,* pues en ellas, cada violación legal es *causa petendi* propia, independiente y autónoma de un *petitum* de nulidad o rescisión y es sabido que el Juez no puede extender sus poderes más allá de la demanda, salvo expresas excepciones de ley sobre fallos *ultra* o *extra petita, 'nemo ludex sine libello'.*
>
> "Pero, contrario a lo anterior, es lo que rige frente a las acciones declarativas o de condena, en que frente a una *causa petendi* simplemente conformada por diversas circunstancias de hecho contempladas en la hipótesis abstracta de la ley sustancial que, al afirmarse en la demanda y demostrarse en el plenario, originan el *petitum* o consecuencia atributiva de derecho o creadora de obligaciones conforme a la misma conclusión hipotética del legislador. Pues bien, en esta clase de acciones rigen, en su plenitud, los viejos principios romanos según los cuales las partes dan los hechos y el Juez pone el derecho, aunque resulte distinto o contrario al invocado por ellas, pues tiene plena vigencia el principio '*...jura novit curia...*'" (*"Anales"*, Tomo 105, números 479-480, págs. 903 y 904);

C) Porque si cada régimen de responsabilidad patrimonial de la administración pública (entendiendo por *régimen* el fundamento que se le dé a tal responsabilidad, es decir, por falta o falla del servicio, o por "daño especial", o por rompimiento del principio de la igualdad ante las cargas públicas, o por trabajos públicos, etc.) correspondiese a una causa específica, la diversificación de causas sería mucho más grande en el contencioso indemnizatorio que en el contencioso de la legalidad, puesto que en este último las causas o motivos que abren paso al contencioso de anulación simple o de anulación con restable-

cimiento, son de conformidad con lo que dispone el inciso 2º del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo —además de la violación de la legalidad objetiva— que prácticamente las compendía a todas, únicamente las siguientes: a) La incompetencia del órgano o funcionario que expide el acto; b) La expedición de éste en forma irregular; c) La falsa motivación y d) La desviación de poder. Ello significaría que es más estrecho el campo de acción del juzgador en materia de responsabilidad patrimonial de la administración pública que el que la ley se encarga de señalar al fallador del contencioso de la legalidad, lo que repugna a la lógica y a la naturaleza de las cosas pues la variedad de hechos u omisiones que pueden llegar a comprometer la responsabilidad patrimonial de la administración pública es prácticamente infinita y, así, las causas históricas que pueden tomarse en consideración para estructurar tal responsabilidad son también prácticamente infinitas;

D) Aquella conclusión no es de recibo, además, porque desconoce el principio conforme al cual el objeto de toda demanda indemnizatoria, su fin último, es la reparación integral del daño alegado y probado, finalidad que, por regla general, no puede estar limitada sino por el principio dispositivo que domina esta materia, según el cual las peticiones de la demanda son las únicas que enmarcan los poderes del fallador. Y porque, de otra, tal conclusión desconoce las enseñanzas que se derivan de la máxima *"jura novit curia"* que campea en toda la amplitud de su extensión en el contencioso indemnizatorio y en el contractual, según quedó dicho atrás.

No prospera por lo dicho la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda propuesta por la Fiscalía.

6. *El problema de fondo.*

Ante la improsperidad de los argumentos esgrimidos tanto por el *a quo* como por la agencia del Ministerio Público, debe adentrarse la Sala en el examen del caso concreto planteado en el *sub lite*. Para tal efecto, es pertinente transcribir a continuación las peticiones deprecadas ante esta jurisdicción, tal como quedaron formuladas tanto en la demanda inicial como en el escrito corrector de la demanda.

En el acápite correspondiente al *"petitum"* la demanda impetra:

"1. El Departamento del Cesar, es civilmente responsable de los perjuicios sufridos por los señores Tomás José, Tulio Elías, Augusto Eliseo, Anny Patricia y Alba Josefina Sampayo Noguera, de Navarro esta última, con motivo de la providencia expedida el 14 de julio de 1983 dentro del proceso policivo instaurado por Dimas Sampayo Noguera contra sus hermanos legítimos Tomás José, Tulio Elías, Augusto Eliseo, Anny Patricia y Alba Josefina Sampayo Noguera, de Navarro esta última, que se tramitó con primera instancia de la Alcaldía Municipal de Gamarra, Cesar.

"2. Como consecuencia de la declaración anterior, se condena al Departamento del Cesar a pagarle a los señores Tomás José, Tulio Elías, Agusto Eliseo, Anny Patricia y Alba Josefina Sampayo Noguera, de Navarro esta última, la suma de $ 43.434.000.00

por concepto de indemnización de perjuicios, más los intereses legales de dicha suma, o la que resulte acreditada, desde el 22 (sic) de enero de 1984.

"3. Se le condene al pago de las costas del proceso" (fls. 27 y 28, cuaderno 1).

Posteriormente el libelista corrigió la demanda y en la denominada por él "aclaración preeliminar" (sic), precisa:

"Al impetrar esta acción, busco directamente la reparación de los perjuicios sufridos con la actuación de la Gobernación del Cesar y no impugno ningún acto administrativo" (fl. 61, cuaderno 1).

Al finalizar el escrito con que corrigió la demanda, el actor concreta la aclaración en los siguientes términos:

"Con esta demanda se pretende configurar la responsabilidad del Departamento del Cesar como derivada de los hechos ocurridos el 22 (sic) de enero de 1984 en la hacienda 'Córdoba', ubicada en el Corregimiento de Palenquillo, Municipio de Gamarra, Departamento del Cesar, en los cuales fueron lanzados de su legítima propiedad los hermanos Tomás José, Tulio Elías, Augusto Eliseo, Alba Josefina y Anny Patricia Sampayo Noguera, sus bienes como cosechas, maquinaria y equipo, herramientas, insumos agrícolas, etc., confiscados en forma *'sui géneris'*, en favor del señor Dimas Sampayo, hechos éstos que produjeron un 'daño especial' a las personas enumeradas aquí demandantes, que a su vez genera responsabilidad para el estado en función del principio de la igualdad en las cargas o de la igualdad entre (sic) el sacrificio, dominante en el derecho público contemporáneo (responsabilidad objetiva)" (fl. 62, cuaderno 1).

Al respecto, la Sala observa:

A) Pese a que, desde un principio, los actores demandan la indemnización de los perjuicios que estiman les fueron causados, con motivo de la providencia expedida el 14 de julio de 1983 por el Gobernador del Departamento del Cesar, los restantes pasajes arriba transcritos permiten interpretar el libelo de demanda y su corrección en busca del verdadero propósito de los demandantes, que no es otro que el de ejercer la pretensión de reparación directa y cumplimiento consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984 a través de cuyo ejercicio aspiran a que se declare la responsabilidad del Departamento del Cesar, derivada de los hechos ocurridos el día 23 de enero de 1984 en predios de la hacienda "Córdoba", jurisdicción del Municipio de Gamarra;

B) Ya se dijo en otro lugar de la presente providencia que en demandas como la presente, que no impugnan acto administrativo alguno, sino que buscan la declaratoria de la responsabilidad civil de un ente público, la calificación del régimen jurídico de la responsa-

bilidad administrativa que haga el actor carece de trascendencia y fuerza vinculante para el fallador, pues es a éste a quien corresponde la aplicación de la ley, teniendo en cuenta la realidad histórica acreditada como fundamento a la demanda. Las partes deben demostrar los hechos y el Juez dispensa el derecho que considere aplicable, haya sido o no invocado por las partes *(iura novit curia);*

C) De conformidad con el artículo 80 de la Ley 153 de 1887, "la Nación, los Departamentos, los Municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas". En el estado actual del derecho y la organización administrativa nacionales, los mencionados entes no son, ciertamente, las únicas personas jurídicas de derecho público. Más lo que interesa resaltar para efectos de la decisión que habrá de tomarse, es que ya hace un siglo la ley colombiana consagró el principio de que el Estado se manifiesta por conducto de entes administrativos diversos, susceptibles de constituirse en lo que esta Sala ha venido llamando "centros de imputación jurídica", locución con la cual se pretende cobijar a toda una serie de entidades capaces de ejercer derechos y de contraer obligaciones y, por consiguiente, de responder por las consecuencias del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de las funciones que la Constitución Nacional y las leyes les encomiendan, así como de las consecuencias dañosas de los actos o hechos que produzcan y de las omisiones en que incurran.

Ahora bien: En todo Municipio existe un funcionario, denominado Alcalde Municipal, que es el jefe de la administración municipal (Constitución Nacional, art. 200), quien lleva la representación legal del Municipio para todos los efectos a que hubiere lugar (Ley 28 de 1974, art. 3º) y a quien compete, entre muchas otras funciones que la ley le asigna, la de ser el "jefe de policía en el municipio" como expresa el artículo 13 de la Ley 11 de 1986, normas que reiteró lo que al respecto disponía en forma más técnica que el citado precepto el artículo 183 de la Ley 4ª de 1913, vigente al tiempo de los hechos que motiva el presente proceso: "...El Alcalde es, además, jefe superior de policía en el territorio de su jurisdicción".

En su condición de "jefe de policía" dentro de la jurisdicción municipal, al Alcalde municipal compete adelantar todos los trámites que la ley y los reglamentos señalan sobre lanzamiento de ocupantes de hecho de bienes inmuebles sin que medie previo contrato de arrendamiento ni consentimiento del arrendador, a que se refieren el artículo 15 de la Ley 57 de 1905 y su Decreto reglamentario número 992 de 1930. De este último fluye muy nítidamente no sólo que la querella policiva debe presentarse en forma personal ante el respectivo Alcalde municipal (art. 2º), sino que es dicho funcionario el llamado por las disposiciones en comentario a dictar la orden de lanzamiento contra los ocupantes de hecho (arts. 6º y 8º), a ejecutoria personalmente "valiéndose de la fuerza si fuere necesario" (art. 9º). La intervención del "inmediato superior" del Alcalde municipal, esto es, del Gobernador del Departamento hasta cuando entró en vigencia el Acto legislativo

número 1 de 1986, en los asuntos o actuaciones concernientes al lanzamiento de ocupantes de hecho, estaba prevista por vía del recurso de apelación en el artículo 7º del citado Decreto.

De lo brevemente expuesto puede concluirse que tanto en razón del *órgano* que produjo los hechos que se reputan lesivos de los derechos de los actores, como por virtud de la *competencia* que la ley radica en cabeza de los Alcaldes municipales en la materia relativa al lanzamiento de ocupantes de hecho de bienes inmuebles, la imputabilidad o relación existentes entre el hecho dañino y la persona jurídica de derecho público llamada a responder, no se estructura, como lo pretende la demanda, frente al Departamento del Cesar sino respecto del Municipio de Gamarra, pues fue su Alcalde *ad hoc*, como surge claramente de las transcripciones hechas anteriormente y de los documentos aportados al proceso (fl. 182, cuaderno anexo 2; fl. 1, cuaderno anexo 3) quien, en ejercicio de competencias que las leyes le asignan, produjo los hechos que la demanda considera como causa eficiente de los daños alegados y cuyo resarcimiento se pretende. Ello es tanto más claro si se toma nota de que si bien el proceso contentivo de la querella civil policiva instaurada por el comunero Dimas Sampayo Noguera subió varias veces al conocimiento de la Gobernación del Departamento del Cesar, por vía de recursos de apelación, entidad que produjo otras tantas decisiones, policivas unas y administrativas otras, lo cierto es que la demanda una vez corregida, enfatizó en que la fuente de los perjuicios reclamados se encontraba en "la actuación de la Gobernación del Cesar" y no en acto administrativo alguno.

Así las cosas, como la demanda se enderezó contra un centro de imputación jurídica (el Departamento del Cesar) que legalmente no era el llamado a responder por los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones deducidas en el libelo, se tiene que la legitimación en la causa pasiva no se encuentra configurada. Y aunque en rigor jurídico esa ausencia de legitimación pasiva debe determinar un fallo desestimatorio de las súplicas del libelo, la Sala habrá de confirmar la sentencia apelada, pues su jurisprudencia ha venido sosteniendo que en casos como el que aquí se presenta de fallo de primer grado inhibitorio, la decisión del recurso de apelación no puede ser negatoria de las pretensiones pues se incurrirá en quebranto del principio que veda al Juez de segundo grado proveer en forma que haga más onerosa la posición del recurrente.

Las consideraciones que anteceden determinan que la Sala no entre a examinar, como habría sido lo deseable, los muy juiciosos argumentos expuestos ante ella por el señor abogado que llevó la representación de los actores en esta instancia, quien en un muy bien razonado alegato de conclusión procuró demostrar cómo en la actuación cumplida por el Alcalde *ad hoc* del Municipio de Gamarra que llevó adelante la diligencia de *"statu quo"* como culminación del proceso policivo tantas veces mencionado, lo que se configuró fue una "vía de hecho" administrativa, entendida dentro de la tradicional concepción que la jurisprudencia de esta Corporación dio a esa noción durante la vigencia de la Ley 167 de 1941 y que el Código Contencioso Administrativo adoptado en 1984 resolvió equiparar "en adelante y para todos los efectos" a los actos administrativos (art. 83, inciso final).

En mérito de lo expuesto, oído el concepto fiscal y en desacuerdo con él, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo —Sección Tercera—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase, aunque por razones diferentes, la sentencia apelada. Decláranse no probadas las excepciones propuestas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 5 de agosto de 1988.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Carlos Ramírez Arcila.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL.— Corrección.

Resulta ilógica la aseveración de que no es el tiempo en que se presenta la demanda el elemento base para decidir si hay lugar a la corrección, sino el momento del pronunciamiento del Juez que deba admitirla.

ACCION ELECTORAL. CADUCIDAD.

El momento de iniciación del término de caducidad de la acción electoral de nulidad es a partir del día siguiente a aquel en el cual se notifica legalmente el acto que declara la elección.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., cinco de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente número 0153. Actor: Jorge Enrique Gaitán Quimbayo. Recurso de apelación contra el auto de abril 30 de 1988, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, referente a la elección del Alcalde de Carmen de Apicalá, para el período constitucional 1988-1990.

El doctor Jorge Enrique Gaitán Quimbayo, en ejercicio de la acción pública electoral de nulidad, interpuso recurso de apelación contra la providencia del Tribunal Administrativo del Tolima, en virtud de la cual se inadmitió la demanda propuesta contra la elección del señor José Joaquín Montaña Sanabria como Alcalde de Carmen de Apicalá.

El pronunciamiento en segunda instancia debe ser de plano (art. 232 del C. C. A.), por lo que a ello se procede previas las siguientes:

Consideraciones:

La inadmisión de la demanda se fundamenta en el hecho de que el actor no cumplió la exigencia del ordinal 4º, artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, es decir, por falta de uno de los requisitos esenciales de aquella, cual es el de que no se indicaron las normas violadas, ni se explicó el concepto de su violación.

Sostiene el *a quo* que "en el caso de autos, como fácilmente puede apreciarse, no obstante que se está demandando un acto administrativo, no cumplió con las exigencias de la norma transcrita".

Y sobre la posibilidad de corrección de la demanda para subsanar la deficiencia, agrega:

> "...dando al demandante el término de cinco días, pero como el 23 de marzo concluyó el acta de escrutinio y consecuencialmente fue declarado electo el señor José Joaquín Montaña Sanabria como Alcalde del Carmen de Apicalá, el término de veinte días consagrado en el artículo 20 de la Ley 78 de 1986, para que cualquier ciudadano demande su elección, comenzó a correr ese mismo día 23 de marzo el cual venció el 21 de abril, lo cual indica que al estudiar la admisibilidad de la presente demanda, ya han transcurrido los aludidos veinte días. El artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, dispone no admitir las demandas que adolezcan de defectos y que no se puedan subsanar porque se haya presentado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción" (sic. fl. 16 fte.).

Ahora bien, al examinar la demanda se encuentra citada la norma general que fija las inhabilidades para ser elegido o designado Alcalde, pero ella no expresa claramente el concepto de violación; incluso manifiesta qué el elegido está incurso en sindicación de homicidio, figura jurídica que no constituye inhabilidad para el referido cargo. Ni siquiera la mal denominada adición de la demanda, presentada inoportunamente, logra salvar el defecto anotado, pues tal adición se limita a reforzar los hechos, la pretensión y a aducir nuevas pruebas.

Ese libelo fue inoportuno, porque la ley y la técnica jurídica no admiten el procedimiento de adicionar la demanda sino el de corregirla, que en el contencioso electoral impone que se lo efectúe después de proferido el auto de admisión de aquéllla y antes de que esa decisión quede en firme (art. 230 del C. C. A., modificado por el art. 66 de la Ley 96 de 1985).

Aquí el demandante se limitó a transcribir la norma que dispone alguna de las causales de inhabilidad para quienes aspiran a ser Alcaldes (literal c del art. 5º de la Ley 78 de 1986), pero de allí no pasó, pues por parte alguna indica el obligado concepto sobre aquello en que consiste la violación, elemento indispensable para que la jurisdicción contencioso administrativa, de carácter rogada, pueda pronunciarse acerca de lo impetrado en la demanda. Ese carácter de rogada de esta jurisdicción implica que sólo puede actuar sobre los presupuestos indicados en la demanda, no siendo persimible que el Juez entre a deducir del libelo consecuencias o afirmaciones que no surgen claramente de ella.

No implica lo anterior que existan fórmulas sacramentales para expresar los elementos esenciales que debe contener la demanda dirigida a esta jurisdicción. Ello sería llegar a una exigencia que la ley no contempla. Pero el requisito mínimo si es el de que, sin importar en que parte del escrito de demanda se exponga, ella debe contener todos los elementos que permitan poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado, conforme a la norma del artículo 137 del

Código Contencioso Administrativo. La falla, entonces, incide sobre los requisitos formales de la demanda y ello, al tenor de lo dispuesto en el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, daría lugar a su inadmisión.

Pero en lo que no está de acuerdo la Sala es en lo atañadero al cómputo realizado por el *a quo* para fijar la fecha en que se cumplió la caducidad, base sobre la cual se apoya para afirmar que no hay lugar a la corrección de la demanda. Al respecto el Juez de primera instancia sostiene que el término de caducidad venció el día 21 de abril de 1988, partiendo de la base de que el acto de escrutinio para la elección del Alcalde de Carmen de Apicalá concluyó el 23 de marzo retropróximo.

Lo anterior sería válido si el término de caducidad se computara conforme a la norma del artículo 28 de la Ley 78 de 1986, según la cual ello debe hacerse "a partir de la fecha en la cual la respectiva corporación electoral hubiese hecho la declaratoria de elección..." Pero resulta que dicha norma fue reformada por la Ley 14 de 1988, vigente desde el 25 de enero, cuyo artículo 7º, expresa lo siguiente:

"El artículo 28 de la Ley 78 de 1986, quedará así:

"Artículo 28. La acción electoral caducará en veinte (20) días, contados a partir del siguiente a aquel en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento cuya nulidad se trata".

Como se puede observar, el momento de iniciación del término de caducidad de la acción electoral de nulidad varió, pues ya no es el día en que se hace la declaración de elección conforme a la Ley 78 de 1986, sino a partir del siguiente a aquel en el cual se notifica legalmente el acto que declara la elección.

Entonces, para determinar cuándo debe comenzar la cuenta del término de caducidad para el presente caso se impone determinar la fecha en que se notificó legalmente la declaración de elección, lo cual ocurrió según acta aducida extemporáneamente, el 23 de marzo de 1988. Allí no consta que haya habido notificación formal del acto de elección, pero debe entenderse que por tratarse de acto cumplido en audiencia pública su notificación se cumple es estrados el mismo día del pronunciamiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 325 del Código de Procedimiento Civil. Entonces, el término de caducidad empezó al día siguiente, 24 de marzo de 1988, y a partir de allí, se completó el 22 de abril del mismo año y no el 21 inmediatamente anterior, conforme lo expresa el *a quo* motivado en la aplicación de norma expresamente modificada.

De otra parte, la demanda fue presentada al Tribunal Seccional el 5 de abril de 1988, esto es, con tiempo apreciable en relación al día en que se había cumplir la caducidad. Entonces, si de acuerdo con el primer inciso del artículo 232 del Código Contencioso Administrativo. "Recibida por el Tribunal la demanda, deberá ser repartida el mismo día o a más tardar el siguiente hábil", ello indica que

la Corporación encargada del trámite debió proceder de inmediato a proveer sobre su admisión, sobre todo considerando la perentoriedad de los términos electorales.

Si el Tribunal lo hubiera hecho así, había tiempo suficiente para la corrección de la demanda, pues los cinco días dispuestos en la ley para tal evento quedaban por fuera del término de caducidad pudiendo subsanar el defecto anotado para que el proceso tuviera vida legal.

Concretando este aspecto, el análisis llevado a cabo demuestra que la negativa del *a quo* a conceder el término para corregir la demanda y subsanar el defecto anotado, atenta contra el derecho que asiste a todo ciudadano que moviliza la actividad jurisdiccional del Estado, a obtener que se decida en derecho con aplicación del debido proceso y reconocimiento de la plenitud de las garantías procesales.

Por ello no sobra llamar la atención al Juez de primera instancia respecto de la base de que partió para negar el derecho a la corrección de la demanda.

Efectivamente, la decisión tiene fecha de 30 de abril de 1988 y ese hecho, de apenas pronunciarse entonces, la permitió decir que por haberse cumplido, según él, el término de caducidad el 21 de abril, ya no había lugar a otorgar término para la corrección del libelo respectivo; es decir, que la negación parte del hecho de que al momento de tomar la decisión ya estaba cumplida la caducidad sin considerar el tiempo que el Juez demoró en tomar esa determinación, lo cual es injusto, pues llevaría a la ilógica situación de que no es el tiempo en que se presenta la demanda el elemento base para decidir si hay lugar a la corrección, sino el momento del pronunciamiento del Juez que deba admitirla. De manera que si el Juez por cualquier motivo retarda ese auto, la parte demandante pagaría las consecuencias de la mora, lo que simplemente resulta absurdo.

Por todo lo expresado la Corporación revocará la decisión que inadmite la demanda, disponiendo que se otorgue término de cinco (5) días al demandante para que, si lo tiene a bien, subsane los defectos que impidieron la admisión del libelo.

Por lo analizado el Consejo de Estado, Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo,

Resuelve:

Revocar el auto que dispuso la inadmisión de la demanda y en su lugar dispone que el *a quo* otorgue al actor un término de cinco (5) días para que, si lo estima conveniente, corrija la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la Sala Electoral de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente de la Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO ELECTORAL.— RECURSO DE APELACION. Sustentación.

En la segunda instancia de los procesos electorales por no existir oportunidad procesal para ello y dado el interés superior que encierran, pues involucran altas aspiraciones del Estado, no es obligatorio sustentar el recurso de apelación al momento de interponerlo, y, por consiguiente, su omisión no acarrea la deserción del recurso, siempre y cuando la parte recurrente se encuentre legitimada para hacerlo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., cinco de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Referencia: Expediente número 160. Actor: Herman Arévalo Zambrano. Apelación auto.

Dentro de la oportunidad legal, la parte demandante dentro del proceso de la referencia, interpuso recurso de apelación contra la providencia de veintitrés (23) de abril de 1988, dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual resolvió "inadmitir o rechazar" la demanda de nulidad de la elección del señor Gilberto Montealegre Quintero, como Consejero Intendencial por la Circunscripción electoral de la Intendencia Nacional del Putumayo.

El recurso impetrado por el actor fue concedido por el *a quo* en el efecto suspensivo, mediante proveído de 2 de mayo del presente año, y corresponde ahora decidirlo de plano a esta Corporación, de conformidad con el artículo 232 del Código Contencioso Administrativo, previas las siguientes

Consideraciones:

I. La providencia recurrida:

El Tribunal Administrativo de Nariño resolvió *"inadmitir* o *rechazar* la demanda..., por no reunir las exigencias de ley y haberse presentado el fenómeno de la caducidad de la acción", y dispuso, igualmente, devolver los anexos sin necesidad de desglose.

Consideró el Tribunal que no era posible una decisión distinta por cuanto el actor no acompañó a la demanda copia auténtica del acto por medio del cual se declaró la elección del demandado, producido por los Delegados del Consejo Electoral Nacional, omisión que

no tiene excusa alguna por cuanto de conformidad con el inciso 4º del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo le bastaba al demandante "hacer una simple manifestación ...en el sentido de que no ha podido obtener dicha copia, para que esta la solicite de modo oficioso, quedando de esa manera subsanado el impase,...", no habiendo otra alternativa que "rechazar dicho escrito, y sin que en este caso se pueda decir, que debe ordenarse su corrección en consonancia con lo establecido por el artículo 143 del mentado Código Contencioso Administrativo, ya que en realidad estamos frente a un proceso electoral cuya acción caduca como se ha dicho, en 20 días, los mismos que en este caso concreto se habrían extinguido antes de que comience a correr el término de cinco (5) días para la dicha corrección".

Concluye la providencia con la observación de que cuando la demanda carece de un requisito básico para la prosperidad de la acción, su presentación no interrumpe los términos de caducidad, ya que, agrega el Tribunal, "el fenómeno que tiene la virtualidad de interrumpir la caducidad es la presentación de la demanda que reúna las exigencias o requisitos de ley".

II. El recurso de apelación:

El demandante, por su parte, interpuso en tiempo el recurso de apelación contra el anterior proveído mediante escrito en el cual manifestó que "la sustentación del recurso la realizaría dentro de las prescripciones de que trata el artículo 212 del Código Contencioso Administrativo".

III. Consideraciones de la Sala:

a) En relación con la sustentación del recurso de apelación del auto inadmisorio de la demanda, que el recurrente pretende realizar durante el traslado previsto en el artículo 212 del Código Contencioso Administrativo, es preciso señalar que tal oportunidad no se da en el trámite de la apelación del auto que inadmite la demanda en los procesos electorales, pues de conformidad con el artículo 232 del Código Contencioso Administrativo, los recursos contra dicha providencia, trátese del de súplica cuando el proceso fuere de única instancia o del de apelación cuando fuere de dos, se resolverán *de plano* por el resto de los Magistrados en el primer caso o por esta Corporación en el segundo y, por lo mismo, no habrá lugar a ninguna actuación en la segunda instancia que brinde la oportunidad de sustentar el recurso. El artículo 212 a que se remite el apelante, trata expresamente del trámite de la segunda instancia cuando el Consejo de Estado conoce por apelación de sentencias dictadas en primer grado en los procesos ordinarios, siendo impertinente su aplicación en este evento.

Luego es claro que el apelante ya no tendrá oportunidad de sustentar su recurso y, por lo tanto, conviene precisar las consecuencias de tal omisión.

Ha dicho esta Corporación que los recursos ordinarios o extraordinarios, sean ellos gubernativos o jurisdiccionales, deberán sus-

tentarse por quien los utiliza, dentro de la oportunidad procesal señalada para ello, pues esa es la manera de saber el funcionario que dictó la providencia administrativa o judicial, o su superior, cuál es la parte de la providencia objeto del recurso y cuáles los motivos de inconformidad del recurrente.

Ello constituye norma de principio, por lo que las disposiciones que regulan el trámite de los recursos exigen la correspondiente sustentación. En la vía gubernativa los recursos de reposición, apelación y queja, conforme a los artículos 52 y 53 del Código Contencioso Administrativo, deben *"sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad"*, so pena de rechazo de los mismos.

En la vía jurisdiccional, el recurso de reposición contra los autos de trámite que dicte el ponente, contra los interlocutorios dictados por la Sala del Consejo de Estado, o por los Tribunales cuando no sean susceptibles de apelación, deberá interponerse *con expresión de las razones que lo sustenten*, por escrito presentado dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto, o verbalmente en la audiencia o diligencia en que se profiera; el trámite de la apelación de autos y sentencias (arts. 212 y 213 del C. C. A.) contempla el traslado al recurrente para que sustente el recurso y si así no se hiciere se declarará desierto y ejecutoriada la providencia objeto del mismo. Igualmente, los recursos de queja, súplica y el extraordinario de revisión, deben ser sustentados conforme a los artículos 378 del Código de Procedimiento Civil, 183 y 189 del Código Contencioso Administrativo.

Sin embargo, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo que reglan el trámite de la apelación de los autos que resuelven sobre la suspensión provisional en todos los procesos (ordinarios y especiales) y las apelaciones del auto inadmisorio de la demanda y de la sentencia de primera instancia en los procesos electorales, no dicen nada en relación con la obligatoriedad y la oportunidad de sustentar tales recursos, ni acerca de las consecuencias de su omisión.

En los dos primeros casos, es decir, en la apelación de los autos que resuelven sobre la suspensión provisional tanto en los procesos ordinarios como en los especiales, y del inadmisorio de la demanda en los procesos electorales, esta Corporación resolverá de plano. En la segunda instancia de los procesos electorales no se prevé el traslado al apelante para que sustente su recurso pues conforme el artículo 251 del Código Contencioso Administrativo, su trámite es el siguiente:

> "El reparto del negocio se hará a más tardar dentro del segundo día a su llegada al Consejo.
>
> "El mismo día, o al siguiente, el ponente dispondrá en un solo auto que se fije en lista el negocio por tres días, vencidos los cuales quedará en la secretaría por otros tres para que las partes presenten sus alegatos por escrito..."

Esta Corporación ha llegado a la conclusión de que en tales casos, por no existir oportunidad procesal para ello y dado el interés supe-

rior que encierran pues involucran altas aspiraciones del Estado, no es obligatorio sustentar el recurso de apelación al momento de interponerlo y, por consiguiente, su omisión no acarrea la deserción del recurso, siempre y cuando la parte recurrente se encuentre legitimada para hacerlo por haberle sido desfavorable la providencia de primer grado y obren dentro del expediente elementos de juicio que le permitan al superior conocer o deducir las razones de inconformidad del apelante con la providencia recurrida.

Como en el presente caso el apelante del auto que inadmitió la demanda es el demandante, y existen dentro del expediente suficientes elementos para resolver el recurso, procede la Sala a estudiar la cuestión decidida en la mencionada providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

b) Como bien lo dice el auto recurrido, el no acompañar a la demanda la copia auténtica del acto acusado y no hacer la manifestación de que el mismo no ha sido publicado o que se niega su copia o la certificación sobre publicación, con la indicación de la oficina donde se encuentre el original a fin de que previamente se solicite por el ponente, conduce irremediablemente a la inadmisión de la demanda, por carecer de un requisito fundamental para la prosperidad de la acción.

Igualmente, es acertada la afirmación del *a quo* de que no era posible señalar los defectos anteriores para que el demandante los corrigiera dentro del plazo legal, por cuanto para entonces ya había vencido el término de caducidad de la acción.

Esta ha sido la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado pues es evidente que la inexistencia del acto administrativo en el juicio impide al fallador entrar en el fondo del asunto sometido a su consideración.

En consecuencia, habrá de confirmarse la providencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

Confirmar la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO PREPARATORIO.— NOTIFICACION.

La notificación personal ordenada para después de consumarse el acto cumplimiento de la detención dispone a sabiendas la ejecución o cumplimiento de un acto a todas luces ineficaz.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., doce de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Referencia: Expediente número 930. Actor: José Gonzalo Rodríguez Gacha.

A través de apoderado general acude a esta Corporación el ciudadano José Gonzalo Rodríguez Gacha en solicitud de suspensión provisional en prevención de la providencia de 5 de enero del año en curso, por la cual el señor Ministro de Justicia decretó la detención de Rodríguez Gacha con fines de extradición. Como consecuencia de la excepcional medida cautelar impetrada se pide oficiar a diversas entidades oficiales con el fin de que sea cancelada la orden de captura dictada en contra del solicitante.

Atendiendo la "petición previa especial" que formuló el interesado al folio 29 (21 de su libelo), por auto de 3 de junio pasado (fl. 32), el Despacho reconoció al mandatario judicial del solicitante y ordenó oficiar lo pertinente al Ministerio de Justicia y a la Corte Suprema de Justicia.

El acto acusado:

De modo abreviado, el acto acusado expresa: Por nota verbal número 001 de 1º de enero de 1988, la embajada de los Estados Unidos de Norteamérica solicita al Ministerio de RR.EE. de Colombia "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", solicitud hecha "con base en compromisos internacionales vigentes entre los dos países". Respecto de los tres señores Ochoa Vásquez y de Escobar Gaviria, el Ministerio de Justicia encuentra 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 de 25 de septiembre de 1986, en la cual se mencionan 25 cargos. Por el contrario, la nota verbal que se acompaña en esta oportunidad (la 001), 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". Además, está vigente la Convención Multilateral sobre Extradición firmada por Colombia y los Estados Unidos en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, aprobada por la Ley 74 de 1935 y cuyo 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", lo que obliga al Estado requerido a ordenar de inmediato la detención solicitada. El Gobierno de los Estados Unidos "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, de los ciudadanos (aquí los nombres de los cinco citados) es procedente" y al respecto "se encuentran reunidos los requisitos" del Código de Procedimiento Penal. Por lo anotado el acto acusado termina ordenado "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" por no estar "debidamente probada su identidad". Concluye disponiendo el acto atacado: "Notifíquese personalmente a los ciudadanos antes mencionados, una vez se haya hecho efectiva su detención".

Bases del pedimento:

El demandante alega que el acto acusado "viola flagrantemente" los artículos 16, 20, 23 y 26 de la Constitución Política, 17 del Código Penal y 44, 48 y 84, este por falsa motivación, del Código Contencioso Administrativo. En síntesis, el actor fundamenta así las razones de ostensible violación, siguiendo el orden que éste a su arbitrio trae en su libelo:

a) Del artículo 26 de la Constitución Nacional: Porque no hay ley preexistente al acto que se imputa y porque no se ha observado la plenitud de las formas propias de cada juicio. Con las declaratorias de inexequibilidad de las dos leyes aprobatorias del Tratado de Extradición suscrito en Washington el 14 de septiembre de 1979 entre Colombia y los Estados Unidos de Norteamérica (según fallos de la C. S. de J. de 12 de diciembre de 1986 para la Ley 27 de 1980 y de 25 de junio de 1987 para la Ley 68 de 1986), tal Tratado quedó por fuera de la legislación interna de Colombia y por ende es inaplicable a los ciudadanos colombianos, aunque tenga plena vigencia en el ámbito internacional, de conformidad con el artículo 21 del mismo Tratado. Ahora bien: También en consonancia con el artículo 21-3 de tal Tratado de Extradición de 1979, tanto la Convención de Extradición Recíproca de Delincuentes de 7 de mayo de 1888, aprobada por la Ley 66 de 1888, como la Convención Adicional de Extradición suscrita el 9 de septiembre de 1940 y aprobada por la Ley 8ª de 1943, quedaron sin vigencia al entrar a regir aquel Tratado de 1979. De igual modo, según el artículo 21 del citado Tratado de 1979, también es inaplicable y no

puede ser sustentado para la extradición de nacionales el Tratado Multilateral de Extradición o Convención de Montevideo aprobada por la Ley 74 de 1935, teniendo en mente los anteriores presupuestos. Con el acto acusado igualmente se viola la garantía constitucional del debido proceso y la observancia de las formas propias de cada juicio, dado que el actor no ha tenido oportunidad alguna de controvertir los cargos que se le formulan para aportar o desvirtuar pruebas, en forma tal que no ha podido defenderse;

b) Se viola el artículo 17 del Código Penal, ya que esta norma obliga a que la extradición de colombianos se sujetará a lo previsto en los Tratados Públicos y no puede haber extradición "por no haber tratado vigente y aplicable dentro del derecho interno", como ya se vio;

c) Se viola ostensiblemente el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, por falsa motivación y desviación de poder, por estar basado el acto acusado en la Convención Multilateral de Extradición suscrita en Montevideo el 26 de diciembre de 1933 y aprobada por la Ley 74 de 1935, Convención no aplicable al actor por cuanto entre Colombia y Estados Unidos de Norteamérica ha existido y existe un Tratado bilateral de extradición vigente, inaplicable a los nacionales colombianos por no haberse incorporado a la legislación interna mediante ley aprobatoria vigente, según manda el canon 76-18 de la Superley;

d) El acusado es un acto preparatorio que viola manifiestamente los artículos 16 y 20 de la Carta, al estar lesionando un bien jurídicamente tutelado, como lo es la libertad del actor;

e) Del mismo modo el acusado es un acto que transgrede el artículo 23 de la Constitución, porque si no existe norma o ley vigente que sustente la detención con fines de extradición, no se podía expedir aquél;

f) También con el acto atacado se violan de modo ostensible los artículos 44 y 48 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que sin estar notificado en legal forma, mal puede producir efectos jurídicos el auto de detención y de ninguna manera puede dársele cumplimiento por no estar ejecutoriado.

En consecuencia, termina pidiendo el interesado, por ser el acusado un acto administrativo de carácter preparatorio "encaminado a la expedición de un acto definitido que pone término a una actuación, esto es, el acto administrativo de extradición inconstitucional e ilegal", conforme al artículo 153 del Código Contencioso Administrativo y a reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, cabe decretar su suspensión provisional en prevención.

Se considera:

En el caso *sub exámine* se impetra la suspensión provisional en prevención de un acto administrativo a que se refiere expresamente el numeral 1) del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo, según el cual tal medida cautelar especialísima procede "contra actos

preparatorios o de trámite cuando se dirijan a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso".

El acto administrativo aquí acusado ya fue materia de pronunciamientos tanto en Sala Unitaria como en Sala de Decisión de la Sección Primera de esta Corporación, en cuanto atañe a la suspensión provisional en prevención por la detención con fines de extradición del sujeto Pablo Escobar Gaviria, decretada por auto de 23 de marzo del año en curso (Expediente número 830, Actor: Pablo Escobar G., Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado), el cual fue recurrido en súplica y confirmado por la Sala de Decisión mediante providencia de 10 de mayo pasado, con ponencia del Consejero doctor Simón Rodríguez Rodríguez.

Entre otros puntos tratados en tales dos proveídos están estos:

A) La suspensión provisional en prevención es una nueva figura en nuestro ordenamiento legal que "constituye un incidente autónomo, no accesorio de una acción de impugnación de un acto administrativo" o, mejor todavía, una figura jurídica con vida propia y sin necesidad de acción contencioso administrativa alguna a la cual deba referirse o supeditarse como requisito previo, como sí ocurre con la también medida cautelar de la suspensión provisional ordinaria de que trata el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo que se dirige contra actos administrativos definitivos;

B) El auto de detención de 5 de enero de 1988 atacado en suspensión provisional en prevención es un acto administrativo preparatorio, conforme se ha indicado tanto en la sentencia de 17 de mayo de 1985, Expediente número 4330 (*Anales del Consejo de Estado*, Tomo CVIII, números 485-486, pág. 180), como en la mentada providencia de la Sala de Decisión de fecha 10 de mayo pasado, lo mismo que en el citado auto de 22-III-88 (Expediente número 830);

C) Lo anotado en los dos literales precedentes envuelve otra obvia conclusión, cual es la de que el Consejo de Estado es competente para conocer del acto administrativo preparatorio objeto de la suspensión provisoria en prevención impetrada;

D) Como se vio atrás, el acto preparatorio acusado tiene como esencial basamento el artículo 10 y por ende la vigencia y aplicación de la Convención Multilateral sobre Extradición suscrita en Montevideo el 26 de diciembre de 1933 y aprobada por el Congreso Nacional de Colombia mediante la Ley 74 de 1935. Pues bien: Siendo inaplicable dentro del campo espacial colombiano y por tanto ajeno a los ciudadanos colombianos el Tratado bilateral de extradición suscrito por Colombia y los Estados Unidos en Washington el 14 de diciembre de 1979, por no estar aprobado por ley colombiana vigente, aunque tenga vigencia completa en el ámbito del derecho internacional; siendo que tal Tratado de 1979 fue aprobado sucesivamente por dos leyes formalmente expedidas por el Congreso Nacional (La 27 de 1980 y la 68 de 1986) y habiendo sido ambas leyes retiradas de nuestro ordenamiento jurídico positivo al hallarlas inexequibles la Corte Suprema de Justicia, según fallos de 12-XII-1986 y 25-VI-1987; siendo que dicho Tratado de 1979 no ha sido denunciado por ninguna de las dos altas

partes contratantes, como podría haberse hecho y aún puede hacerse conforme lo prevé su artículo 21-4; siendo, como lo establece la Convención Multilateral de Extradición de Montevideo en su artículo 21, que esta Convención no regirá mientras existan Tratados entre los dos países requirente y requerido; siendo que desde 1888 hasta hoy existen Tratados sobre extradición entre Colombia y los Estados Unidos (el Tratado de 1979 tiene validez en derecho internacional pero lo anotado antes no tiene aplicación interna), siendo esto así, jurídicamente no puede decretarse la detención con fines de extradición del solicitante Rodríguez Gacha, con fundamento en la nombrada Convención Multilateral de Montevideo;

E) Al decidir el acto acusado que éste habrá de notificarse personalmente a los cinco sujetos cuya detención ordena, pero "una vez se haya hecho efectiva su detención", esto es, que la notificación personal se efectuará después de consumarse el acto —al cumplirse la detención— aunque éste no haya sido puesto en conocimiento de los sujetos que lo padecen, sin duda se está ordenando a sabiendas la ejecución o cumplimiento de un acto a todas luces ineficaz en Derecho, por no haberse notificado y consecuencialmente no estar ejecutoriado;

F) Naturalmente, como corolario de lo planteado, el acto definitivo ulterior, a cuya producción apunta el acto preparatorio acusado, esto es, la extradición de Rodríguez Gacha a los Estados Unidos de Norteamérica, sería contra *legem* y además no susceptible de recurso alguno.

Por todo lo anterior, al estar quebrantando ciertamente normas de estirpe superior, como son los artículos 20, 23 y 26 de la Constitución Nacional, 17 del Código Penal y 48 del Código Contencioso Administrativo, y satisfacerse los requisitos del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo, prosperan los pedimentos del actor y el acto acusado ha de ser suspendido en prevención.

En consecuencia, el Despacho *dispone:*

1º *Suspender provisionalmente en prevención* el auto de fecha cinco (5) de enero del año en curso, proferido por el señor Ministro de Justicia, en cuanto ordena la detención con fines de extradición del ciudadano José Gonzalo Rodríguez Gacha.

2º Una vez ejecutoriado este proveído, remítase por Secretaría copia auténtica del mismo al Ministro de Defensa Nacional, al Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad —DAS—, al Comandante General del Ejército, al Director General de la Policía Nacional y al Director Nacional de Prisiones.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO.— Designación.

Cuando la cláusula compromisoria nada diga sobre el nombramiento de árbitros o cuando el sistema pactado fuere ilegal, y aún en el evento de que se trate de contratos administrativos, interadministrativos o de derecho privado de la administración que contengan cláusula de caducidad, la solicitud de requerimiento de que tratan los incisos terceros de los artículos 665 del Código de Procedimiento Civil y 2013 del Código de Comercio corresponde al Juez Civil del Circuito del lugar donde haya de adelantarse el proceso arbitral.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., dieciocho de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5457 (330). Solicitud del doctor Medardo Serna Vallejo sobre requerimiento a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y designación de árbitros.

El doctor Medardo Serna Vallejo, con tarjeta profesional de abogado número 30.836 expedida por el Ministerio de Justicia, obrando en su propio nombre, en escrito presentado personalmente en la Secretaría de la Sección Tercera de la Corporación el día 18 de julio último y repartido al suscrito Consejero el día 29 siguiente, manifiesta en lo pertinente:

"—Para dar cumplimiento a las cláusulas compromisorias, vigésimas, pactadas en los contratos 007 de 1980 de marzo 6 de 1980 y 009 de 1980 de abril 7 de 1980, suscritos entre la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional CASUR —entidad que de acuerdo con el Decreto 2343 de 1971, es un establecimiento público descentralizado del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional—, y, Medardo Serna Vallejo, éste propuso en abril 3 de 1987 a aquella un Tribunal de Arbitramento para que definiera las diferencias suscitadas en torno a la ejecución de los contratos, y que, no pudieron ser motivo de acuerdo mutuo. Fue así como Medardo Serna Vallejo en comunicación dirigida a la Caja en mayo 20 de 1987, informó al representante legal de la citada entidad que había designado su árbitro, e invitó a la Caja a que designara el árbitro que, de conformidad con los contratos, le correspondía nombrar. Cumplidos los términos contractuales sin que la Caja hiciera su nombramiento, el contratista Medardo Serna Vallejo pidió al Juez Civil del Circuito de Bogotá

(Reparto), que procediera a *requerir* a la Caja para que cumpliera su obligación contractual. Tal demanda ante el Juzgado Civil del Circuito se instauró en mayo 28 de 1987. Esta petición correspondío atenderla al Juez Tercero (3º) Civil del Circuito de Bogotá, Despacho que procedió a hacer el requerimiento legal a la Caja en agosto 3 de 1987, fijando fecha para audiencia de designación de árbitros en agosto 24 de 1987.

"—La Caja, no obstante su participación ante el Juzgado, aún con recursos que no le fueron favorables, se abstuvo de comparecer a la audiencia, desatendiendo el requerimiento judicial, por lo cual el Juzgado procedió a hacer su designación de árbitros, conforme a lo acordado en los contratos y a lo establecido al respecto en los Códigos de Comercio y de Procedimiento Civil.

"—En tal forma, el Juzgado Tercero Civil del Circuito, en providencia del mismo agosto 24 de 1987, designó como árbitros a los doctores Fernando Hinestrosa Forero, Germán Giraldo Zuluaga y Saúl Sotomonte Sotomonte, quienes ante el Juzgado aceptaron su designación, quedando ejecutoriada tal providencia.

"—Los hechos y omisiones así, me he enterado que el honorable Consejo de Estado opina que esa competencia genérica de que habla la ley para designación de árbitros, le corresponde a esa Corporación, y, a pesar de no estar de acuerdo con esa reciente interpretación, ello me obliga a *solicitar* muy respetuosamente al honorable Consejo de Estado, se sirva señalar de acuerdo a lo prescrito para el efecto en los artículos 2013 del Código de Comercio y 665 del Código de Procedimiento Civil, día y hora para la audiencia en la cual las partes: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional —CASUR— y Medardo Serna Vallejo, harán sus nombramientos, previo *requerimiento* que, solicito haga ese Despacho a la Caja".

A continuación el solicitante puntualiza las diferencias que, por demanda suya, deben ser estudiadas y decididas por el Tribunal de Arbitramento que se constituya; agrega que los contratos mencionados al comienzo de la transcripción anterior, y sus adicionales, "se hallaban plena, administrativa y legalmente vigentes en abril 3 de 1987", fecha en la cual solicitó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, de conformidad con las respectivas cláusulas compromisorias, la integración del Tribunal arbitral y acompaña a su solicitud copias de los referidos contratos principales y adicionales, así como de las comunicaciones de fechas 3 de abril y 20 de mayo de 1987 por él enviadas a la citada Caja y de la certificación sobre existencia y representación de la precitada entidad.

Para resolver, el Despacho formula las siguientes

Consideraciones:

Primera. Ante todo debe analizarse el punto concerniente a la aptitud legal que pueda tener el Consejo de Estado para tramitar válidamente una solicitud como la formulada por el doctor Serna Vallejo, pues de la conclusión a que se llegue al respecto dependerá

no solamente la legitimidad del eventual trámite que deba cumplirse ante esta Corporación, sino la validez misma del Tribunal de arbitramento que se constituya así como la de las determinaciones que él adopte, en vista de que una de las causales de anulación de los laudos arbitrales es, justamente, la de no haberse constituido el Tribunal de arbitramento en legal forma (C. de P. C., art. 672, numeral 2 y C. de Co., art. 2020, causal 2ª). En ese orden de ideas, se observa:

A) No cabe duda alguna respecto de que los contratos celebrados entre la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional —CASUR— y el doctor Medardo Serna Vallejo, y los adicionales respectivos, visibles de folios 3 a 28 del cuaderno principal, son contratos administrativos. Ellos se acordaron bajo la vigencia del Decreto-ley 150 de 1976; la entidad contratante es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa y en ellos se pactaron cláusulas que, como la de caducidad administrativa, son de forzosa aceptación para el particular contratista. Factores como los mencionados, han sido considerados suficientes para calificar de administrativo a un contrato que los presente, según lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado en numerosas providencias, entre las que cabe mencionar los autos de fechas 7 de octubre de 1982 (*"Anales"*, Tomo CIII, pág. 564 y los que allí se citan: 10 de febrero de 1967; 5 de septiembre de 1968 y 10 de diciembre de 1981), así como el más reciente de fecha 9 de marzo de 1988 con ponencia del suscrito (Expediente 4913; Actor: "Seguros del Estado") y la sentencia de la Sección Tercera calendada el 13 de marzo de 1972 (*"Anales"*, Tomo LXXXII, págs. 350 y ss.);

B) Si bien los citados contratos se celebraron bajo la vigencia del antiguo estatuto contractual de la administración (Decreto-ley 150 de 1976), lo concerniente a la cláusula compromisoria y su operancia, debe considerarse íntegramente gobernado por las disposiciones que sobre el particular contempla el nuevo estatuto de los contratos administrativos, porque siendo aspecto de carácter procesal y no sustancial, se rige por el principio de la aplicación inmediata de las leyes de procedimiento de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en armonía con la excepción a que se refiere el ordinal 1º del artículo 38 de esa misma ley. Ello significa, entonces, que lo concerniente a la forma de nombrar los árbitros en el presente caso, está regulado íntegramente por lo dispuesto en el artículo 76 del Decreto-ley 222 de 1983;

C) Dice así el artículo 76 del Decreto-ley 222 de 1983:

> *"Artículo 76. De la cláusula compromisoria.* Salvo disposición en contrario, en los contratos podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se suscitan en relación con el contrato.
>
> *"Los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será siempre en derecho* (Se subraya).
>
> "La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no son susceptibles de decisión arbitral. Tampoco lo serán las cláusulas que contengan los principios previstos en el Título IV".

Considera el Despacho que cuando el segundo inciso del artículo 76 arriba transcrito expresa que los árbitros deben ser designados en la forma prevista en el Código de Comercio, está manifestando en forma clara, inequívoca y terminante la voluntad del legislador extraordinario en el sentido de remitir todo lo concerniente a la conformación de los Tribunales de arbitramento que hayan de funcionar en el ámbito de los contratos regulados por el Decreto-ley 222 de 1983, a la normatividad que sobre la materia contiene el Código de Comercio, en forma absoluta, es decir sin excepción alguna, pues de haber querido excluir alguna o algunas materias de esa regulación lo habría dicho expresamente, tal como lo hizo, por ejemplo, cuando excluyó de cualquier arbitramento lo concerniente a la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, o las cláusulas referentes a los principios de terminación, modificación o interpretación unilaterales de los contratos administrativos;

D) Así las cosas, resulta claro que cuando la cláusula compromisoria pactada en un contrato administrativo, o en uno interadministrativo o en uno de derecho privado de la administración que contenga la de caducidad, contemple un procedimiento de integración del Tribunal arbitral contrario al señalado en el Código de Comercio, o nada diga sobre el nombramiento de los árbitros nacionales que deban integrarlo y no sea posible el acuerdo de las partes sobre su designación, cualquiera de ellas podrá acudir "al Juez" a fin de que requiere a la contraparte para hacer la designación y que, si requerida alguna de las partes no concurre a la audiencia que para tales efectos señale "el Juez" o no hubiere acuerdo sobre la designación, será "el Juez" quien en el mismo acto designe los árbitros que deban integrar el Tribunal;

E) Es igualmente claro, a juicio del Despacho, que según lo dispone el inciso 2º del artículo 2024 del Código de Comercio, son los Jueces civiles del Circuito del lugar donde deba adelantarse o se adelante el proceso arbitral, los llamados por la ley a conocer de todos los asuntos que de conformidad con el Título III del Libro Sexto del Código de Comercio se reservan a "los Jueces", con la única excepción de los recursos de anulación interpuestos contra los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos administrativos o de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, cuyo conocimiento privativo está atribuido en única instancia al Consejo de Estado, de conformidad con el numeral 12 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984, precepto que, en esta materia, tan sólo modificó lo que respecto de la competencia para conocer de tales recursos disponían tanto el inciso 2º del artículo 2024 del Código de Comercio como el inciso 2º del artículo 676 del Código de Procedimiento Civil;

F) El inciso 2º del artículo 2024 del Código de Comercio y el inciso 2º del artículo 676 del Código de Procedimiento Civil, que tiene idéntica literatura, disponen que "dejando a salvo las cuestiones atribuidas a los Tribunales Superiores, *de las demás* que conforme a este título *se reservan a los Jueces, conocerá el Juez del circuito* a que corresponda el lugar donde deba adelantarse o se adelante el proceso arbi-

tral" (Sublíneas del Despacho). Quiere ello decir, consecuencialmente, que "el Juez" ante el cual se debe formular la solicitud de requerimiento de que tratan los incisos terceros de los artículos 665 del Código de Procedimiento Civil y 2013 del Código de Comercio en los casos mencionados en el ordinal D) precedente (cuando la cláusula compromisoria nada diga sobre el nombramiento de árbitros o cuando el sistema pactado fuere ilegal) y aún en el evento de que se trate de contratos administrativos, interadministrativos o de derecho privado de la administración que contengan cláusula de caducidad, no es otro que el Juez del Circuito en lo Civil del lugar donde haya de adelantarse el proceso arbitral que deba desarrollarse en virtud de la cláusula compromisoria, legalmente pactada, que lo legitima o en virtud de la primacía de la norma legal sobre las estipulaciones ilícitas del contrato.

Así las cosas, es evidente para el Despacho que ni el Consejo de Estado ni Tribunal administrativo alguno son organismos jurisdiccionales competentes para dar curso a solicitudes como la que en el presente caso ha formulado el doctor Medardo Serna Vallejo, pues ello compete, según se ha dicho arriba, a la jurisdicción ordinaria por conducto de uno de los señores Jueces del Circuito en lo Civil del lugar donde deba adelantarse o se adelante el proceso arbitral respectivo.

Segunda. Que la jurisdicción en lo contencioso administrativo carece totalmente de atribuciones para pronunciarse sobre solicitudes como la formulada por el doctor Serna Vallejo es algo que esto resulta claro, también, del análisis de las normas del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984 que pueden guardar alguna relación con el punto. En efecto:

1. No puede sostenerse válidamente que esa competencia está radicada en cabeza de los Tribunales administrativos por el artículo 132, numeral 8, del mencionado Código, pues lo que el precepto en cita asigna a los Tribunales es el conocimiento de *procesos* referentes a contratos administrativos, interadministrativos o de derecho privado de la administración que contengan cláusula de caducidad, celebrados por la Nación, las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de $ 3.500.000.00 (art. 2º, Decreto 0597 de 1988). Tales procesos relativos a contratos no pueden ser otros que aquellos mediante los cuales pueden hacerse valer ante esta jurisdicción especial las *pretensiones contractuales*, distintas de la nulidad del contrato que tiene régimen especial, que de conformidad con el artículo 87 del mismo Código sólo son las siguientes:

a) La que busque un pronunciamiento de esta jurisdicción especializada, sobre la existencia de uno de los aludidos contratos;

b) La que pretenda una decisión de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la validez de uno de los contratos en cuestión;

c) La que persiga que la jurisdicción especializada decrete la revisión de uno de los referidos contratos, y

d) La que se proponga ante la jurisdicción contenciosa para que ésta declare que el contrato fue incumplido por cualquiera de las partes que lo celebraron y que, en consecuencia, la responsabilidad patrimonial de la parte incumplida está comprometida y debe resarcir los perjuicios que sufrió la parte que sí cumplió o se allanó a cumplir el contrato en la forma y tiempo debidos.

2. Ahora bien: La petición enderezada a que se señale fecha y hora para que en audiencia pública las partes de un contrato designen las personas que deban integrar un Tribunal arbitral que dirima las controversias surgidas entre los contratantes y susceptibles de ser zanjadas por ese medio o, para que en su defecto, tales personas sean designadas por el Juez, *no es un "proceso"*, en la acepción jurídica y propia del término, y, aún menos, un "proceso contencioso administrativo", el que según expresa la doctrina es aquel "conjunto coordinado de actos que se ejecutan por o ante los Jueces de la jurisdicción administrativa *con miras al restablecimiento de los derechos subjetivos vulnerados o de la salvaguarda del orden jurídico general*" (C. Betancur Jaramillo, "Derecho Procesal Administrativo, 2ª Ed. Señal Editora, Medellín, 1985, pág. 58; Subrayas fuera del texto).

La precedente apreciación cobra mayor fuerza si se considera que la solicitud que se comenta no persigue pronunciamiento alguno de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la existencia o inexistencia, validez o invalidez de un contrato administrativo, interadministrativo o de derecho privado de la administración que contenga cláusula de caducidad, ni aspira a que se revise el contrato, ni a que se declare su incumplimiento. Por el contrario: Llegado el caso, uno o varios de esos pronunciamientos constituirán, justamente ,el *"thema decidendum"* del Tribunal de Arbitramento que se constituya.

3. Lo que acaba de exponerse es exactamente aplicable, también, a lo que preceptúa el numeral 8º del artículo 131 del Código Contencioso Administrativo, pues la literatura con que aparece redactado es la misma que utiliza el artículo 132 en su numeral 8. La única diferencia radica en la cuantía del proceso, para abrir o cerrar el paso a la posibilidad de un recurso de apelación, procedente en el caso contemplado en el numeral 8 del artículo 132 e improcedente en el previsto por el mismo numeral del artículo 131.

4. De lo dicho en los tres numerales anteriores resulta forzoso concluir que, también por este estremo del análisis, la solicitud formulada por el doctor Serna Vallejo no podría ser considerada por ningún Tribunal Seccional de lo contencioso administrativo, por carencia de jurisdicción.

Tercera. Se ha dicho por algunos, y la propia Sección Tercera de esta Corporación lo ha aceptado (providencia de fecha 12 de diciembre de 1986, con ponencia del señor Consejero Julio César Uribe Acosta y salvedad de voto del suscrito; Expediente número 4971; Solicitante: Julio César Navarro Giraldo) que el Consejo de Estado sí es competente para hacer la designación de árbitros en caso de cláusulas compromisorias pactadas en contratos administrativos porque, se dice, no se justificaría que el legislador creara una jurisdicción para conocer de los procesos a que den lugar las controversias contrac-

tuales administrativas y, a la vez, permitiera repartir esa competencia con la justicia ordinaria, mediante la cláusula compromisoria (cfr. "Antecedentes del Código Contencioso Administrativo"; Colección Bibliográfica del Banco de la República, Tomo III, pág. 1316). Se agrega, de otra parte, que la cláusula general de competencia contenida en el numeral 16 del artículo 128 del nuevo Código Contencioso Administrativo tiene por objeto recuperar para la jurisdicción en lo contencioso administrativo la competencia en función de la materia, que el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil había desvirtuado.

En cuanto al primer argumento, valga decir que los antecedentes del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984 que se invocan, sólo arrojan claridad sobre algo que está fuera de toda discusión o controversia, cual es el punto concerniente a que la competencia para conocer de los *recursos de anulación* de laudos arbitrales proferidos para dirimir conflictos que tengan origen en contratos administrativos o de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad administrativa "en los términos y por las causales previstas en el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil" pertenece, hoy por hoy, al Consejo de Estado en única instancia (C. C. A., art. 128, numeral 12), competencia que antes de la expedición del estatuto contencioso administrativo estaba radicada, según ya se vio, en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial correspondientes a la sede de funcionamiento del Tribunal de arbitramento, según lo disponía el citado artículo 672 del Código de Procedimiento Civil y en armonía con él, inciso 2º del artículo 2024 del Código de Comercio. Pero de allí no se puede deducir, en sana lógica jurídica, que la actuación que ha de cumplirse previamente a la constitución y funcionamiento del Tribunal de arbitramento, prevista tanto por el artículo 2013 del Código de Comercio como por el artículo 665 del Código de Procedimiento Civil deba adelantarse, igualmente, ante el Consejo de Estado. Y ello por la sencilla razón de que tal actuación no es más que eso: Una actuación, mas en ningún caso un verdadero *proceso*, y menos aún un proceso contencioso-administrativo, según ya se dijo (ver numeral 2 de la consideración segunda de esta providencia).

En cuanto a la llamada "cláusula general de competencia" instituida en favor de esta Corporación por el numeral 16 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, baste anotar que ella se refiere a los *procesos de carácter administrativo* para los cuales no exista regla específica atributiva de competencia. Y ya se vio cómo solicitudes como la de que se trata no dan lugar a un proceso administrativo, propia, jurídica y técnicamente hablando.

5. Aún aceptando, en mera gracia de discusión, que la solicitud en comento sí abre la puerta a un proceso contencioso administrativo, cuyo conocimiento asigna la ley al Consejo de Estado, se tendría que admitir que la competencia para tramitar ese "proceso" no corresponde internamente a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el contenido del Acuerdo reglamentario número 1 de 1971, sino a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en virtud de lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 97 del Código Contencioso Administrativo tal como quedó luego de

la reforma que a su texto le introdujo el artículo 3º de la Ley 14 de 1988, según cuyos términos a dicha Sala Plena Contenciosa corresponde "conocer de todos los procesos de competencia del Consejo de Estado que no estén asignados a las Secciones". Es esta una especie de cláusula general de competencia dentro de la cláusula general de competencia del Consejo de Estado, determinada por texto expreso de la ley, que debe primar sobre el acuerdo reglamentario de distribución de negocios entre las diversas secciones que componen la Sala de lo Contencioso Administrativo, expedido por la Sala Plena de la Corporación, pues si bien es cierto que el reglamento interno del Consejo de Estado tiene reconocimiento expreso constitucional (C. N., art. 141-4º), ello no quiere decir que tenga rango de norma constitucional, por lo cual la ley bien puede en cualquier tiempo modificar sus disposiciones.

Con base, pues, en todas las consideraciones anteriores, este Despacho considera que el Consejo de Estado carece de atribuciones para dar curso a la solicitud que formula en el anterior escrito el doctor Medardo Serna Vallejo.

Por lo expuesto, *se resuelve:*

No se da curso a la solicitud sobre requerimiento y designación de árbitros visible a folios 1 a 47, pues la competencia para tramitarla corresponde a los señores Jueces Civiles del Circuito de Bogotá y no al Consejo de Estado.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Antonio José de Irisarri Restrepo.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

LIQUIDACION DE CONDENA.— Pruebas.

Frente a las entidades públicas no puede darse la posibilidad que contempla el inciso 4º del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil (Aprobación de plano de la liquidación) porque ello sólo es posible frente a personas que puedan confesar libremente o allanarse.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., treinta de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 3213. Actor: Nadín Ospina Morales, Agente oficioso de María Luisa Flórez.

Se procede a decidir el incidente de liquidación de la sentencia de fecha octubre 9 de 1986, proferida por esta Sección en el proceso de la referencia, y cuya parte resolutiva dispone:

"Declárase responsable a la Nación colombiana (Policía Nacional) por los perjuicios sufridos por el menor Andrés Eduardo Flórez, en los hechos narrados en la demanda.

"Como consecuencia, condénasele a pagar al menor mencionado perjuicios morales por un valor en moneda colombiana equivalente a 1.000 gramos de oro, a la fecha de este proveído, según certificación del Banco de la República.

"Igualmente se le condena a pagar los perjuicios materiales, en abstracto, con sujeción a las pautas señaladas en la motivación. Su liquidación deberá someterse al trámite indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. La Nación (Policía Nacional) deberá pagar dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo a la señora María Luisa Flórez (curadora del menor mencionado) o a quien represente los derechos de éste".

En dicho proveído se señalan como pautas, las siguientes:

"En cuanto a los perjuicios materiales, no se dan elementos de convicción suficientes para su evaluación concreta y la condena tendrá que ser en abstracto. No hay duda de que Eduardo Savino dependía en un todo y por todo de sus progenitores. Al faltar éstos dejó de percibir, y así seguirá hasta la mayoría de edad, un valor equivalente a los gastos de crianza, educación y establecimiento; en otras palabras, los alimentos congruos.

"Esta reflexión permite señalar algunas pautas para su concreción incidental. Así:

"a) El período indemnizatorio comprenderá dos etapas. La primera, desde el fallecimiento de sus padres (14 de abril de 1978) hasta la fecha de este proveído (9 de octubre de 1986); y la segunda, de esta fecha a julio de 1993, cuando cumple la mayor edad Andrés Eduardo Savino;

"b) Deberá determinarse el ingreso mensual de los padres del menor, ya con las copias de sus declaraciones de renta o por otros medios. De no ser posible habrá que aplicar el salario mínimo para empleados;

"c) Deberá determinarse pericialmente o por otros medios el monto de las mesadas por alimentos congruos que el menor dejó de percibir. De no ser posible esta determinación se tendrá en cuenta un porcentaje equivalente al 25% de la cifra que se tome como ingreso total. Estos valores deberán actualizarse teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor durante la primera etapa. Para la determinación de la indemnización futura, se seguirá el método empleado por la Sala en asuntos similares".

El apoderado de la señora María Luisa Flórez presentó oportunamente la demanda incidental y pidió que se concretara la condena por perjuicios materiales contenida en el referido fallo.

Las peticiones del mandatario judicial de la actora son las siguientes:

"1. Que se acepte el presente escrito de liquidación en cuanto a su motivación y especificación.

"2. Que se imparta aprobación a la liquidación que presenten los señores peritos, por estar ajustada a derecho y en consonancia con lo pedido en la demanda y lo ordenado en la sentencia.

"3. Que se declare que la Nación colombiana —Policía Nacional— está en la obligación de pagar el monto de dichos perjuicios materiales a la señora María Luisa Flórez, curadora del menor Andrés Eduardo Savino Flórez, dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 171 del Código Contencioso Administrativo" (fls. 11 y 12, cuaderno 1A).

La apoderada de la Nación —Policía Nacional— anota que: "El agente oficioso no presentó liquidación alguna por concepto de perjuicios materiales debidos a consolidados ni futuros o anticipados a favor del menor Andrés Eduardo Savino Flórez, tal como lo ordenó el fallo y de conformidad con lo señalado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil es decir que la liquidación no fue motivada ni especificada" (fl. 20, cuaderno 1A).

Además de lo anterior presenta una liquidación posible de perjuicios tomando como base el salario mínimo legal (fls. 21 a 24, cuaderno 1A).

El señor apoderado de la demandante en memorial de folio 27, cuaderno 1A, manifiesta su "conformidad con la liquidación de perjuicios materiales presentada por la parte obligada" y además le solicita a "la honorable Sala decidir de plano el incidente de regulación".

Se considera:

El incidente especial para la liquidación de las condenas en abstracto previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 172 del Código Contencioso Administrativo, exige que el escrito introductorio del mismo se presente "dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que imponga la condena *in génere*" y que contenga una "liquidación motivada y especificada de la cuantía de la respectiva prestación, con solicitud de las pruebas que pretenda hacer valer".

Significa lo anterior que la liquidación debe precisar el valor estimado de los perjuicios y que, por lo tanto, las pruebas que se soliciten en el incidente deberán conducir únicamente a respaldar la tasación de la indemnización, nunca a demostrar la ocurrencia de la lesión, ya que ella debió quedar plenamente establecida en el proceso original.

En otros términos, no puede olvidarse que cuando en la sentencia se hace una condena en abstracto se está partiendo del supuesto de que se dio prueba suficiente de la existencia del perjuicio, pero no de su monto o cuantía. Por esa razón en el incidente de liquidación deberán practicarse nuevas pruebas, porque las que se dieron dentro del proceso no fueron suficientes para determinar la concreción querida.

Esta exigencia, que es una deducción lógica que se desprende del mandato contenido en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, no se cumplió en el presente caso, ya que el demandante no sólo no concretó la condena sino que desistió de las pruebas al pretender que se decidiera el incidente, con base en la liquidación tentativa que presentó la misma demandada.

La Sala estima que frente a las entidades públicas (territoriales o descentralizadas) no puede darse la posibilidad que contempla el inciso 4º de la antecitada norma (aprobación de plano de la liquidación) porque ello sólo es posible frente a personas que puedan confesar libremente o allanarse. Es sabido que no vale la confesión espontánea de los representantes judiciales de la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, los Municipios y los establecimientos públicos, ni podrá provocarse su confesión mediante interrogatorio (art. 199 del C. de P. C.).

Sobre allanamiento de las demandas propiamente dichas sólo existe la permisión expresa para las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en el artículo 218 del Código Contencioso Administrativo y eso en los procesos de reparación directa y contractuales.

Para ese allanamiento, las demás personas públicas requerirán de la autorización expresa y escrita, en los términos del inciso 2º de la mencionada norma.

Cuando la parte demandada es una persona privada y acepta la liquidación presentada por la actora, la decisión de plano se impone porque esa conducta no es más que un allanamiento, ya que con ella se están reconociendo los fundamentos de hecho de la condena liquidada y se hace inocuo el debate.

En el caso *sub júdice,* como se dijo, el actor no concretó el monto de la condena. Este hecho, por sí solo es más que suficiente para declarar extinguida la obligación.

No puede admitirse la aceptación que hace esa misma parte de una liquidación tentativa que presenta la entidad pública, porque ésta no sólo no era la obligada a hacer la concreción, sino porque tampoco podía reconocer la obligación. Fuera de que esa liquidación, al hacerse con base en el salario mínimo legal, estaba adoptando la solución subsidiaria señalada en las pautas de la sentencia, para el evento de la no prueba de otros supuestos.

Además, y como si fuera poco, la liquidación de la entidad se hizo cuando ya había vencido el término que para el efecto señala el mismo artículo 308.

Si a la falta de concreción en la demanda incidental y al desistimiento de las pruebas se une la petición del actor para "que se imparta aprobación a la liquidación que presentaron los señores peritos, por estar ajustada a derecho y en consonancia con lo pedido en la demanda y lo ordenado en la sentencia", se concluye que la obligación impuesta en la sentencia de octubre 9 de 1986 tendrá por fuerza que declararse extinguida.

Sobre la fijación de la cuantía de la pretensión en el escrito introductorio del incidente del 308, se ha pronunciado esta misma Sala en forma reiterada. Para muestra se transcribe, en lo pertinente, su auto de agosto 27 de 1987, allí se lee:

> "Por otro lado, no se podrá reconocer el valor del daño ocasionado a Jaime Felizzola D. y a María Liliana de Paz R., por el grado de invalidez que sufrieron, pues no fue determinado en la liquidación, ya que para el efecto no le bastaba al actor afirmar simplemente 'queda pendiente: 4º Valor en que estimen los peritos el examen médico legal, el grado de invalidez y las secuelas...' sino que tenía que hacer su cuantiación concreta, como lo ordena el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, inciso 1º, cuando preceptúa 'que la liquidación debe ser motivada y especificada de la cuantía de la respectiva prestación'. Por esa razón las pruebas que se solicitan en incidentes como el aquí propuesto deben ser el soporte de la cuantía fijada, no de la existencia del perjuicio porque éste resultó demostrado dentro del proceso. Si se permite el sistema utilizado por la parte demandante, la parte vencida no tendría desde un principio la oportunidad de cuestionar su cuantía, que es precisamente el objeto del trámite incidental" (Auto agosto 27 de 1987, Consejo de Estado, Sala de

lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Actor: Manuela Perdomo viuda de Fonseca, Expediente número 1920).

En mérito de lo expuesto, se *resuelve:*

Decláranse extinguidas las obligaciones por perjuicios materiales que con motivo del fallo proferido en el proceso de la referencia adquirió la Nación —Ministerio de Defensa— Policía Nacional.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 25 de agosto de 1988.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Julio César Uribe Acosta, Carlos Ramírez Arcila.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ACCION DE REPARACION DIRECTA.— PRESCRIPCION. CADUCIDAD.

Si la prescripción se cambió por un término de caducidad y aquella estaba corriendo al entrar en vigencia la nueva ley, el término debe empezar a contarse precisamente a partir del día en que comienza a regir esta última.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., primero de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Ramírez Arcila.*

Proyectó Magistrado auxiliar: *Doctor Héctor Alvarez Melo.*

Referencia: Expediente número 5302. Actor: Gabriel Antonio Mejía A.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto oportunamente contra el auto de diciembre 4 de 1987 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia por medio del cual se inadmitió la demanda presentada por el señor Gabriel Antonio Mejía contra el Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín. Para inadmitir la demanda el Tribunal razona así:

"A folio 41 del expediente el libelista anota lo siguiente:

"'...El 5 de agosto de 1986 el comité de negociaciones del «INVAL», acta 7, negó la solicitud de negociación con mi mandante aduciendo que sí medió negociación entre el «INVAL» y el mencionado señor Gabriel Antonio Mejía, dando aplicación a gravámenes por el valor de la respectiva negociación de conformidad con los procedimientos y sistemas que operaban en la entidad en el *año de 1970*...' (Subrayas de la Sala).

"Para el caso, es procedente transcribir apartes del auto de agosto 11 de 1986, proferido por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del honorable Consejo de Estado, donde con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, se analizó el problema referente a la acción indemnizatoria por ocupación permanente a causa de trabajos públicos, tanto bajo el imperio de la Ley 167 de 1941 como en la actualidad —Decreto 01 de 1984—.

"Se dijo:

"'1. La acción indemnizatoria de ocupación permanente por causa de trabajos públicos se reguló en los artículos 261 y siguientes de la Ley 167 de 1941, como de conocimiento de la jurisdicción administrativa, con caducidad de 2 años.

" '2. Pero en virtud de la sentencia de la Corte Suprema de 20 de junio de 1955, ese régimen fue declarado inexequible, quedando reducida dicha acción a la reparación de los perjuicios causados por dichos trabajos públicos por ocupación transitoria o daños en la propiedad inmueble.

" '3. De esa fecha en adelante la justicia ordinaria avocó ese conocimiento, dándole a la acción un tratamiento un tanto similar a la reivindicatoria, con la diferencia de que el vencedor no podía pretender la devolución del inmueble, sino su valor a título indemnizatorio.

" '4. La situación subsistió hasta la vigencia del Decreto 01 de 1984 o nuevo Código Administrativo el que en su artículo 86 *in fine* le dio tratamiento de reparación directa al resarcimiento del daño causado con ocasión de trabajos públicos tanto por ocupación temporal como permanente.

" '5. Producida la inexequibilidad indicada en el numeral 2 de este proveído, la acción quedó sometida al término de la prescripción extintiva contemplada en el artículo 2536 del Código Civil.

" '6. Ese régimen de prescripción fue reemplazado por el de caducidad mediante el artículo 136, inciso 4º del Decreto 01 de 1984.

" '7. Aplicando estas ideas al caso concreto, resulta:

" 'Narra la parte actora que la ocupación permanente de los inmuebles de su propiedad se inició a principios de 1978, cuando la situación estaba gobernada por el régimen de la prescripción extintiva de veinte años; o sea que tenía término para accionar, de no haberse presentado el cambio legislativo, hasta los inicios de 1988.

" 'El aludido cambio legislativo lo produjo el Decreto 01 de 1984 el que sometió esos asuntos al régimen de la caducidad. Y como ese decreto tiene efectos sólo hacia el futuro, el nuevo término para accionar en aquellos eventos en que aún no se había consumado la prescripción extintiva, empezó a correr el 1º de marzo de 1984, fecha de la iniciación de la vigencia del mencionado decreto, y feneció el 1º de marzo de 1986. Si la demanda fue presentada el 27 de febrero de este último año, hay que aceptar su oportunidad.

" 'Esta solución se impone porque no se dio el fenómeno contemplado en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, el que opera cuando se cambia un término de prescripción por otro; pero no cuando lo que es prescripción se convierte en caducidad, como sucedió aquí.

" 'Lo que si queda descartado del debate es la aplicación del artículo 28 del Decreto 528 de 1964, el que se aplicó a las acciones indemnizatoria por hechos u omisiones de la administración, en las que en ese entonces no se contaban las derivadas de la ocupación permanente por trabajos públicos, que eran de la jurisdicción ordinaria' (Apelación auto de marzo 7 de 1986. Actor: Luis González y otros. contra EE.PP.MM. Expediente 4853. Rdo. del Tribunal: 20576).

"De acuerdo a los criterios jurisprudenciales anteriores, y dado que el caso *sub júdice* reviste idénticos aspectos, no es posible acceder

a la admisión de la demanda, pues ésta según el nuevo régimen caducó el primero (1º) de mayo (sic) de 1986" (fls. 43 a 46 del cuaderno 1).

El recurrente solicita la revocatoria del auto inadmisorio porque, según él, la norma aplicable al caso es el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 que regula el tránsito de legislación en cuanto a lo relacionado con las prescripciones y, por tanto, el término para acudir a la jurisdicción es el consagrado en las normas que regulaban la materia antes de la vigencia del Decreto 01 de 1984 que consagró una caducidad de dos años para acciones como la intentada por el demandante.

El señor Fiscal Octavo de la Corporación conceptúa que el auto debe confirmarse porque se ajusta en todo a la normatividad que rige la materia.

Para resolver se considera:

La acción que se intenta es indudablemente la de reparación de perjuicios causados por trabajos públicos hoy consagrada por el artículo 86 —inciso segundo— del Código Contencioso Administrativo y sometida a una caducidad de dos años, que se cuentan a partir de la producción del hecho, conforme lo dispone el inciso cuarto del artículo 136 de la misma obra.

Antes de la vigencia del actual Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), es decir, antes de 1º de marzo de 1984 tal reparación de perjuicios estaba sometida a la prescripción extintiva de 20 años consagrada para la acción ordinaria por el artículo 2536 del Código Civil, como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941 (Sentencia de 20 de junio de 1955) que regulaban la materia y consagraban una caducidad de dos años (art. 263) para este tipo de acciones.

Consecuencia de lo expuesto es que una situación jurídica que se encontraba regida conforme a las normas que establecen las prescripciones pasó a serlo por otro ordenamiento que la somete a un fenómeno jurídico de distintas características como es la caducidad.

Ahora bien: El artículo 41 de la Ley 153 de 1887 regula el cambio de legislación en lo que concierne a prescripciones cuando la nueva norma cambia un término por otro. Pero no es aplicable si la prescripción se cambia por un término de caducidad ya que en este caso, si la prescripción estaba corriendo al entrar en vigencia la nueva ley, el nuevo término debe empezar a contarse precisamente a partir del día en que comienza a regir esta última.

En el presente caso los hechos que sustentan la demanda dice el actor que ocurrieron en el año de 1970 por lo cual la prescripción habría corrido hasta el año de 1990, pero al entrar a regir el nuevo ordenamiento (Decreto 01 de 1984) el primero de marzo de 1984 la caducidad empezó a correr a partir de tal fecha y terminó el primero de marzo de 1986.

La demanda fue presentada el 30 de abril de 1987, por lo cual ya se había producido el fenómeno de la caducidad y debió inadmitirse.

Se reiteran así los criterios expuestos en el auto de esta Sala en que se sustenta el auto recurrido y, por tanto, se confirmará en todas sus partes.

Por lo expuesto la Sala,

Resuelve:

Confírmase en todas sus partes el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

La anterior providencia fue aprobada por la Sala en su sesión de 1º de septiembre 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.

CONSEJO DE ESTADO.— COMPETENCIA. INCORA.

De no existir, para un caso determinado, la norma que atribuye el conocimiento del asunto al Consejo de Estado, se sigue la regla general del ordinal 1º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, la que le atribuye competencia a esta Corporación para todos los procesos de nulidad de actos administrativos del orden nacional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., cinco de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Proyectó Magistrado auxiliar: *Doctor Ramiro Borja Avila.*

Referencia: Expediente número 5151 (253). Actor: Carlos Posada Posada.

Se considera:

El señor Carlos Posada Posada, obrando por conducto de apoderado judicial, presentó demanda para obtener la nulidad de unas resoluciones de adjudicación de unos baldíos y la cancelación de la inscripción que de ellas se hizo en la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, ante quien se presentó el libelo inicial, dispuso su remisión a esta Corporación porque "la competencia para conocer de este asunto radica en el honorable Consejo de Estado, conforme al claro precepto del artículo 128-9 del Código Contencioso Administrativo" (fl. 56, cuaderno 1).

Examinada la demanda en su conjunto, se concluye que se trata de una acción de restablecimiento con cuantía "superior a cinco millones de pesos" (fl. 51, cuaderno 1) según la estimación de ella hecha por el actor. Se afirma que es una acción de restablecimiento porque en el libelo introductorio se pidió que como consecuencia de la nulidad de los actos acusados "se ordene la cancelación del registro que figura en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Circuito de Yarumal" (fl. 52, cuaderno 1) lo cual, automáticamente, restablece la posesión inscrita del demandante afectado con la inscripción de las resoluciones acusadas, porque estas constituyen título traslaticio de dominio oponible *"erga omnes"*. Luego la anulación del

título y su registro restablece al actor a su anterior situación jurídica. Así las cosas, se examina a continuación la competencia para conocer del presente asunto.

La norma invocada por el Tribunal, el ordinal 9º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, es un precepto de los que la doctrina universal denomina *en blanco,* es decir de aquellas que requieren necesariamente de otra norma complementaria de integración, porque, en el ordinal citado, no se atribuyó competencia alguna, en sentido estricto, sino que el legislador extraordinario hizo allí una declaración en el sentido de que el Consejo de Estado también tiene competencia para conocer de las acciones de nulidad de los actos del INCORA, "en los casos previstos en la ley", lo cual indica que, en cada caso, se deberá hallar e invocar la norma legal que específicamente asigne tal competencia. De no existir, para un caso determinado, la norma que atribuye el conocimiento del asunto al Consejo de Estado, se sigue la regla general del ordinal 1º del mismo artículo, vale decir, la que le atribuye competencia a esta Corporación para todos los procesos de nulidad de actos administrativos del orden nacional. O sea que bien podría no existir la norma del ordinal 9º del Código Contencioso Administrativo, invocada por el *a quo,* y la cuestión sería igual, por virtud de lo previsto en el ordinal 1º del mismo artículo.

Conviene precisar que las acciones encaminadas a obtener la nulidad de actos administrativos proferidos por el INCORA *y el consiguiente restablecimiento del derecho* o la reparación del daño (art. 85 del C. C. A.), *como norma general,* son de competencia de los Tribunales administrativos; por razón del territorio según el lugar de ubicación del inmueble al cual se refiera la decisión impugnada y, en primera o en única instancia, según la cuantía de las pretensiones de la demanda.

Por excepción, el Consejo de Estado conoce, en única instancia, de aquellas demandas contra actos administrativos del INCORA en los que se pide además el restablecimiento o la reparación del daño en los siguientes casos:

a) Cuando a pesar de ser de restablecimiento, éste, por su propia naturaleza, carece de cuantía; pero en tal caso la competencia la tiene esta Corporación no en virtud de ser el INCORA una entidad especial, sino de ser uno de los tantos entes del orden nacional, en relación con los cuales es aplicable el ordinal 3º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo. Distinta es la situación cuando el actor no hace la estimación de la cuantía, pero el asunto si la tiene, según su naturaleza. En tal evento el proceso no cae en la excepción y sigue la norma general ya explicada;

b) De los relacionados con la extinción de la condición resolutoria de los baldíos nacionales a que se refiere el artículo 7º de la Ley 52 de 1931;

c) De los relacionados con la declaración administrativa de extinción de la propiedad (art. 128, ordinal 8º del C. C. A.).

No hallándose la demanda de restablecimiento contemplada en ninguna de las anteriores hipótesis excepcionales, la competencia para

su conocimiento sigue las reglas generales establecidas para las demás acciones de restablecimiento del derecho, vale decir, que la competencia es de los Tribunales administrativos, según el lugar de ubicación del inmueble afectado, o de expedición del acto si la decisión no toca con esta clase de bienes, y en única o primera instancia, según el monto de lo pretendido.

Las pretensiones formuladas en la demanda, como se vio antes, indican que en el presente caso se promovió una acción de restablecimiento del derecho, con cuantía, respecto de unos actos administrativos que afectan un inmueble situado en el Municipio de Campamento (Antioquia), y por lo tanto se ordenará la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia (art. 143, inciso 3º del C. C. A.).

En consecuencia *se resuelve:*

Por competencia, remítase el expediente de la referencia al Tribunal Administrativo de Antioquia.

Notifíquese y cúmplase.

Antonio José de Irisarri Restrepo.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

MINISTERIO PUBLICO.— Funciones.

Las funciones del Ministerio Público son ejercidas ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales Administrativos por los correspondientes Fiscales, por lo que su ámbito de actuación se circunscribe naturalmente a los asuntos o procesos que por competencia correspondan a una u otra Corporación.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., doce de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Referencia: Expediente número 3658. Recurso de revisión. Actor: William Tabares Ramírez.

El señor Fiscal Séptimo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca impugna a través del recurso extraordinario de revisión la sentencia de 7 de marzo de 1986 proferida por dicho Tribunal en única instancia.

De conformidad con el artículo 185 del Código Contencioso Administrativo dicho medio de impugnación procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por el Consejo de Estado y por los Tribunales administrativos, y de conformidad con el artículo 186 de la misma codificación, de las sentencias proferidas por las Secciones del Consejo de Estado conocerá la Sala Plena Contenciosa, pero no tendrán voto los Magistrados que intervinieron en su expedición, y de las sentencias de única instancia proferidas por los Tribunales conocerá la Sección correspondiente del Consejo de Estado. Desde luego, si de estas últimas providencias se trata el escrito contentivo del recurso deberá presentarse en la Secretaría de la Sección correspondiente, y efectuado el reparto, y prestada la caución cuando hubiere lugar, el ponente solicitará al Tribunal respectivo el expediente para luego proveer sobre la admisión del recurso.

Habida consideración a que en el caso *sub lite* el recurso fue interpuesto por el Fiscal del Tribunal, el Despacho lo inadmitirá, puesto que de conformidad con el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, las funciones del Ministerio Público ante los Tribunales y el Consejo de Estado corresponde ejercerlas a los respectivos Fiscales dentro del ámbito de sus atribuciones señaladas en la ley, de tal manera que un Fiscal de Tribunal no puede intervenir o pretender ejercer tales funciones ante el Consejo de Estado sin rebasar la órbita de la actuación que le es dada. Las funciones del Ministerio Público son ejercidas ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales administrativos por sus correspondientes Fiscales, por lo que su ámbito

de actuación se circunscribe naturalmente a los asuntos o procesos que por competencia correspondan a una u otra Corporación. Así como las Fiscalías del Consejo de Estado no pueden actuar como parte en los procesos que se adelantan ante los Tribunales, así tampoco los de estos últimos se encuentran legitimados para ejercitar acto de postulación judicial dentro del marco de competencia de aquella alta Corporación. Ese es el sentido obvio del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 127 de la misma codificación, que por otro lado aún resulta todavía más nítido cuando especifica que las funciones del Ministerio Público en la vía jurisdiccional se ejercerán: "Ante el Consejo de Estado por sus Fiscales, distribuidos por el Procurador General de la Nación entre las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo" y "ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por siete Fiscales distribuidos". Así mismo por la cabeza del Ministerio Público.

El número de Fiscales del Consejo de Estado fue aumentado a ocho por la Ley 14 de 1988.

Por manera pues, que el Fiscal del Tribunal carece de capacidad para comparecer como parte ante el Consejo de Estado, y si aquí el Ministerio Público pretende "incoar cualquiera de las acciones consagradas en este Código" (art. 121 *ibídem*), necesariamente tendrá que hacerlo a través de alguno de sus Fiscales.

Es obvio que el Fiscal del Tribunal puede como parte interponer el recurso de apelación ante la misma Corporación (art. 353 del C. de P. C.), pero con relación a su trámite en el Consejo de Estado, carece de toda vocación, correspondiéndole entonces a su Fiscal intervenir "en interés del orden jurídico" y para ello "podrá actuar como parte" (art. 127 del C. C. A.), debiéndosele notificar personalmente todas las providencias.

Por lo expuesto, *se resuelve:*

1º Inadmitir el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Fiscal Séptimo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca contra la sentencia de 7 de marzo de 1986, proferida por el mismo Tribunal

2º Se le reconoce personería al abogado Jairo Villegas Arbeláez, como apoderado del actor señor William Tabares Ramírez, en los términos y para los efectos del poder conferido.

3º En firme esta providencia devuélvanse los autos a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario Sección Segunda.

CADUCIDAD.— ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. PENSION DE JUBILACION.

La regla sobre caducidad no admite hoy excepciones. Negada la prestación de la pensión de jubilación, hay posibilidad de recurso a la justicia contra la decisión adversa dentro del término de caducidad de la acción de restablecimiento del derecho.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 3302. Apelación interlocutorios. Actora: Alicia Vizcaíno viuda de González.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante contra el auto de enero 19 de 1988, por el cual el Tribunal Administrativo de Nariño rechazó la demanda por caducidad de la acción.

Para adoptar esta decisión, tuvo en cuenta el Tribunal que "del *petítum* de la demanda y de la copia auténtica de la Resolución número 0097 de 11 de enero de 1985, notificada por edicto desfijado el 14 de junio del mismo año, con la cual se agotó la vía gubernativa, se establece que la acción está caducada, fenómeno que se operó el 14 de octubre de 1985, de conformidad con lo previsto en el artículo 136, inciso 2º del Código Contencioso Administrativo" (fls. 163-165).

Controvierte tal pronunciamiento el apelante con los siguientes planteamientos:

"...En materia de caducidad todavía no hay un criterio uniformado que nos permita absoluta claridad al respecto, máxime en tratándose de la especialísima a que se refiere el caso en estudio, que no sigue los presupuestos generales, sino que se basa en la trienaria que prescribe el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

"En efecto, honorables Magistrados, entendemos que el honorable Consejo de Estado no ha recogido en manera alguna su elevado criterio jurisprudencial respecto del fenómeno prescriptivo que ha de aplicarse respecto de las leyes sociales, pues por el contrario, ha reconocido siempre que es un derecho especialísimo e inalienable de los trabajadores, no sometido por tanto a sutilezas de interpretación distintas".

Transcribe luego una jurisprudencia del Consejo de Estado, de la cual deduce que "en ningún momento el Consejo de Estado ha querido descartar la caducidad trienal respecto de prestaciones concretamente, salvo en lo que hace al reintegro propiamente dicho y al pago de sueldos, pero de ninguna manera respecto del caso en estudio, que conserva la regla prevenida en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968".

Alega más adelante que "el estado de jubilado es imprescriptible", de suerte que "en cualquier momento durante su vida y sus beneficiarios, después de su muerte si cumplen las exigencias de ley, están habilitados para incoar su reconocimiento..." (fls. 166-169).

Para resolver, se considera:

Según puede verse en el texto de la demanda, el accionante, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicita la anulación de tres Resoluciones de la Caja Nacional de Previsión Social, la última de ellas de enero 11 de 1985, por las que se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación *post mortem*, y pretende que, como consecuencia de la anulación, se declare que "la Caja Nacional de Previsión está obligada a reconocer la pensión de jubilación *post mortem* al señor doctor Miguel Mariano González Martelo y consecuentemente la sustitución y pago de dicha pensión vitalicia en su cónyuge sobreviviente..." (fls. 1-14).

Se dice en los hechos de la demanda que el doctor Miguel González Martelo solicitó su pensión en enero 17 de 1981 pero le fue negada por Resolución 12347 de octubre 14 de 1983, como igualmente lo fue la sustitución a favor de su cónyuge, por lo que ésta interpuso los recursos de reposición y apelación, que fueron resueltos mediante Resoluciones 10409 de octubre 11 de 1984 y 0097 de enero 11 de 1985, confirmatorias de la recurrida.

Esta última Resolución, dice la demanda, quedó ejecutoriada el 14 de junio de 1985, "habilitando a la señora Alicia Vizcaino de González para elevar demanda por los trámites contencioso administrativos, en los términos previstos por la ley, o sea el de tres años contados a partir de la ejecutoria de la referida Resolución..." (fls. 2-3).

No acogió el Tribunal tal formulación. Remitiéndose a jurisprudencia de esta Corporación y al criterio que expone, sobre la materia, el doctor Carlos Betancur Jaramillo en su obra, señala que "al respecto, debe tenerse presente que los 3 años cursan única y exclusivamente ante la administración, de donde se infiere que, agotada la vía gubernativa, debe ocurrirse ante esta jurisdicción dentro del término de cuatro (4) meses" (fls. 162-163).

Evidentemente el Tribunal tiene razón: La norma del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo es perentoria al disponer que la acción de restablecimiento del derecho "caducará al cabo de cuatro meses contados a partir del día de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso".

Como se hace notar en la providencia apelada, no trae la nueva disposición procesal sobre la caducidad aquella salvedad del artículo 83 de la Ley 167 de 1941 ("salvo disposición en contrario") respecto de la "prescripción" de la acción "encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares".

En tal virtud, si la persona que se cree lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica, pide la anulación del acto que le apareja agravio, debe hacerlo dentro del término perentorio de cuatro meses, so pena de afrontar las consecuencias de la caducidad.

Otra cosa es que, tratándose de la pensión de jubilación, que por ser un derecho vitalicio no prescribe, la reclamación a la entidad de previsión pueda hacerse en cualquier tiempo: Negada la prestación, hay posibilidad de recurso a la justicia contra la decisión adversa, dentro del término de caducidad, justamente porque se enjuicia un acto administrativo en ejercicio de una acción de efímera viabilidad. Fuera del término de caducidad, no es posible el enjuiciamiento. Se trata de un fenómeno de procedimiento que opera por mandato de la ley, investido de los carácteres propios del orden público.

No es que la norma instrumental desnaturalice el derecho sustancial al que sirve de soporte: Es que para la efectividad de éste, hay un procedimiento forzoso. Son cosas diferentes el derecho subjetivo y el mecanismo procesal para su efectiva protección: Vitalicio es el uno, temporal el otro.

Queda, pues, a la accionante la facultad de volver a reclamar la pensión y su sustitución para que, si nuevamente corre suerte adversa, ocurra a la justicia *dentro del término de caducidad.*

Dados estos presupuestos, forzoso es confirmar la providencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

Confírmase el auto apelado de fecha diecinueve (19) de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 9 de septiembre de 1988.

Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

DEMANDA ELECTORAL.—

El primer presupuesto procesal de una demanda en materia contenciosa es el que el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo prescribe como "la designación de las partes y sus representantes". En materia electoral, la norma no tiene, desde luego, una integral aplicación.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.—

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente número E-215. Actor: Gentil Enrique Rodríguez Varón.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el actor contra el auto de fecha ocho (8) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio del cual se "*inadmite* la demanda y ordena devolver los anexos sin necesidad de desglose".

En libelo de demanda de fecha veintiocho (28) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988), el ciudadano Gentil Enrique Rodríguez Varón solicitó hacer las siguientes declaraciones:

"1. Que es nulo el Decreo 00514 de 2 de junio de 1988 por el cual se nombró a Betty Alfaro de Torres, Secretaria Ejecutiva 5040-13 de la Delegación del Ministerio de Educación Nacional y a Carmen Elisa Rondón Perdomo, Auxiliar Administrativo 5120-11, Ligia Camargo de Sánchez, Secretaria 5140-08, Alba Rocío Morales Marroquín, Auxiliar Administrativo 5130-05 e Imelda Cuéllar de Farfán, Operario Instructor 6030-01 del Fondo Educativo Regional del Tolima.

"2. En consecuencia las señoras Betty Alfaro de Torres, Carmen Elisa Rondón Perdomo, Ligia Camargo de Sánchez, Alba Rocío Morales Marroquín e Imelda Cuéllar de Farfán quedarán retiradas del servicio".

En el mismo cuerpo de la demanda, el actor pidió se decretara "la suspensión provisional del acto acusado Decreto 00514 de 1988"

La providencia recurrida, sustenta la denegación de la admisión de la demanda en los siguientes razonamientos:

"Dispone el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo que toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá contener los requisitos allí señalados entre ellos, la designación de las partes y sus representantes, es decir, la indicación de quienes van a ser trabadas en la relación procesal y quién está representándolas. Examinado el libelo formulado, se observa que se omitió esta formalidad porque en su texto solamente se hace mención del acto administrativo acusado como expedido por el Gobernador, Germán Huertas Combariza y el Delegado del Ministerio de Educación y esto no es suficiente para tener por cumplido este requisito porque no necesariamente quienes lo expidieron están al momento de la presentación de la demanda representando a tales entidades. Luego es imperioso que el Tribunal sepa a quién o a quiénes hay que darles el traslado o notificarles esa demanda y como ha sido formulada, en verdad no se sabe este aspecto.

"Resulta suficiente lo inmediatamente atrás dicho para que se proceda como lo manda el artículo 143 del Código ya citado sin que haya lugar a la oportunidad de la corrección porque la acción ha caducado (arts. 136 del C. C. A. y 7º de la Ley 14 de 1988)".

Para resolver, *se considera:*

El primer presupuesto procesal de una demanda en materia contenciosa es el que el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo prescribe como "la designación de las partes y sus representantes".

En materia electoral, la norma no tiene, desde luego, una integral aplicación. Si, por ejemplo, se trata de una elección, cuando su nulidad diere origen a la práctica de un nuevo escrutinio, de conformidad con el artículo 233 del estatuto contencioso administrativo, deben entenderse demandados todos los ciudadanos declarados electos en el acto acusado, caso en el cual el señalamiento de esos demandados se hace por la propia ley, por lo cual resulta innecesaria su designación en la demanda.

En ese mismo precepto electoral se expresa que "si se trata de nombramiento, se ordenará la notificación al nombrado, como demandado". Es lo que el actor en el caso *sub júdice* ha solictiado. Olvidó, no obstante, que el problema planteado, por sus especiales circunstancias, hace indispensable la vinculación al proceso del nominador a fin de que el *litis* consorcio quede debidamente conformado, y pueda darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 150 del Código Contencioso Administrativo que preceptúa que "las entidades públicas y privadas que cumplan funciones públicas son partes en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas o los actos que expidan. Por consiguiente, el auto admisorio de la demanda se notificará personalmente a sus representantes legales, o al Alcalde distrital, o a aquellas personas a las cuales se haya delegado la función de recibir notificaciones".

En el caso sometido a estudio, la vinculación del nominador al proceso es fundamental, porque básicamente se está cuestionando su acto, por ser presuntamente incompetente quien lo produjo. Y no solamente se debió indicar cuál es esa parte, sino, además, a quién se le debe hacer la notificación personal que el Código Contencioso

ordena. Tales señalamientos —de partes y sus representantes— debió hacerse, pues, en el caso presente, en la demanda. No era suficiente aquí —como lo observa el *a quo*— la simple indicación del acto acusado y de las solas personas que pudieran llegar a estar afectadas en el evento de un pronunciamiento favorable a las pretensiones del actor. Y si se tiene en cuenta que se está frente a un acto de carácter nacional, se releva aún más hasta donde era necesario consignar en el libelo la designación expresa de la persona que expidió el acto y su representante, por las implicaciones que en el ámbito de competencia pudieran surgir al momento de decidir sobre el curso que habría de darse a la demanda. El Consejo de Estado, en sentencia proferida con ponencia del Consejero Joaquín Vanín Tello con fecha 27 de noviembre de 1982, en el expediente número 5472 en donde figuró como actor Alvaro Otálora y otros, se pronunció sobre la naturaleza jurídica de los Fondos Educativos Regionales y la condición que tienen sus empleados, en uno de cuyos apartes precisamente se dijo que "el Fondo Educativo Regional del Tolima es una entidad del orden nacional" y que a sus empleados es preciso "atribuirles preferencialmente carácter nacional".

Ahora bien, el señor Gobernador del Departamento del Tolima, invocando facultades que dice recibir especialmente de los Decretos 102 de 1976 y 878 de 1977, normas que organizan los Fondos Educativos Regionales y señalan su fisonomía jurídica, expide el acto acusado. En tal oportunidad obró, en consecuencia, no como Jefe de la Administración Departamental sino como Agente del Gobierno Central. Se hacía, por tanto, imperativo determinar en la demanda a quién correspondía llevar la representación del Fondo, para ordenar la respectiva notificación personal, pues que no era suficiente una simple comunicación, fuera de que el aspecto de competencia —como se ha dicho— tiene en el caso *sub exámine* una especial significación.

No anduvo, por tanto, errado el Tribunal al exigir la aplicación del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo. Ha de confirmarse por ello el auto recurrido.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo,

Decide:

Confirmar el auto de fecha ocho (8) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio del cual se inadmitió la demanda dentro del presente proceso.

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 sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACUMULACION DE PROCESOS.— LITISCONSORCIO ACTIVO. Requisitos.

No es procesalmente viable formular, en una sola demanda, pretensiones que tienen causa diferente y alcances igualmente diferentes. Para la viabilidad de la acumulación, en la modalidad del litisconsorcio activo, es indispensable la coincidencia plena en alguno de los supuestos que prevé el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

ACUMULACION DE PROCESOS. Procedencia, irregularidad.

Las exigencias del artículo 149 del Código de Procedimiento Civil deben satisfacerse conjuntamente, no alternativamente.

Sin embargo dado que la acumulación irregular de procesos no es vicio que en el momento procesal, puede considerarse eficaz, para proferir un fallo inhibitorio, corresponde examinar la situación de quienes individualmente accionaron.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., cinco de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 424. Reconstrucción Apelación Sentencia. Actores: Víctor Manuel González Becerra y otros.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los demandantes contra la sentencia de febrero 11 de 1983 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en este proceso.

En el fallo recurrido se desestimaron las súplicas de los accionantes con fundamento en el criterio expuesto por esta Sala en sentencia de febrero 5 de 1983 dentro del proceso 6327 de que fue actor Eduardo Nieto Navia y ponente el doctor Joaquín Vanín Tello (fls. 110-117).

Por haber desaparecido en el incendio del Palacio de Justicia, el expediente fue reconstruido con arreglo al procedimiento señalado en el Decreto 3825 de 1985.

Por razones de orden procedimental, conviene subrayar que en la solicitud de reconstrucción precisó el apoderado de los accionantes:

"Las demandas que dieron origen al presente proceso cuya reconstrucción se solicita, fueron presentadas por el suscrito apoderado, en la Secretaría de la Sección Primera del honorable Tribunal de Cundinamarca, en forma separada y posteriormente a solicitud del suscrito se acumularon al proceso encabezado por Víctor M. González Becerra..." (fl. 126).

Al respecto, se dice en la sentencia apelada que los diferentes juicios fueron "debidamente acumulados de acuerdo con el auto de 10 de julio de 1981 de la Sala de la Sección" (fl. 110).

De otro lado, el *a quo*, tras referirse a los planteamientos de la demanda sobre la alegada estabilidad de los demandantes con apoyo en los Acuerdos 20 de 1964 y 43 de 1965 de la Junta Administradora de INRAVISION, "Acuerdos éstos que, en su sentir, son de obligatoria observancia para la administración pública por así disponerlo expresamente el artículo 39 del Decreto-ley 3130 de 1968", agrega:

"Ciertamente que en aplicación del artículo 46 del Acuerdo número 20 de 1964, en armonía con el artículo 2º del Acuerdo número 43 de 1965, este Tribunal como el honorable Consejo de Estado en reiteradas oportunidades, como lo anota el apoderado de los actores, habían aceptado la vigencia y por tanto la aplicación de los referidos Acuerdos para los empleados del Instituto Nacional de Radio y Televisión, a pesar de que no se encontraran inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, pero sin embargo, exigiéndole al nominador el cumplimiento de formalidades especiales tal como lo reza el artículo 2º del Acuerdo 43 comentado; ésto especialmente en interpretación del artículo 39 del Decreto 3130 de 1968.

"....."

"Pero, en sentencia de 5 de febrero del corriente año, expediente 6327, actor: Eduardo Nieto Navia, el honorable Consejo de Estado, con ponencia del doctor Joaquín Vanín Tello, rectifica la jurisprudencia sobre la materia, con argumentos que la Sala comparte y acata" (fls. 110-117).

Con miras a redargüir este planteamiento, en escrito de julio 10 de 1983, el apoderado de los demandantes expone las razones por las cuales considera que deben despacharse favorablemente las peticiones de la demanda, "no obstante la existencia de cuatro sentencias de la Sección Segunda de la Sala Contenciosa del honorable Consejo de Estado que sentaron jurisprudencia diferente a la que se había acogido en fallos anteriores" (fls. 120-125).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

Consideraciones:

Dada la circunstancia de la acumulación de los procesos ya mencionados, conviene definir este punto, en el cual se observan dos aspectos:

1. Son demandas individuales las formuladas por Gustavo Ramírez (fl. 32), Sofía Montoya (fl. 60), Fernando Pedraza (fl. 66) y Oscar Victoria (fl. 96), y conjuntas las instauradas por Víctor M. González y Stella Franco (fl. 22), Julio E. Rojas y Humberto Orjuela (fl. 41), Adolfo Arauz, Martha J. Mora, Augusto Zúñiga y Gustavo Duque (fl. 52), Jorge A. Herrera y Pedro R. Huertas (fl. 74), Alfredo González y Carlos A. Jaramillo (fl. 83), Emilio Martínez y Cecilia O'Neill (fl. 90), Eduardo Mahecha y Víctor J. Muñoz (fl. 104).

2. La acumulación de los procesos se efectuó a solicitud del apoderado de los varios demandantes.

Revisadas las demandas y los correspondientes actos enjuiciados, se encuentra que los accionantes fueron separados del servicio a través del mecanismo de la insubsistencia, mediante las Resoluciones que, para cada caso, se señalan a continuación:

Gustavo Ramírez: Resolución 03 de marzo 17 de 1980 (fl. 32).

Sofía Montoya: Resolución 216 de marzo 17 de 1980 (fl. 60).

Fernando Pedraza: Resolución 1228 de abril 23 de 1980 (fl. 66).

Oscar Victoria: Resolución 215 de marzo 17 de 1980 (fl. 96).

Víctor González: Resolución 195 de marzo 6 de 1980 (fl. 22).

Stella Franco: Resolución 196 de marzo 7 de 1980 (fl. 22).

Julio E. Rojas y Humberto Orjuela: Resolución 193 de marzo 6 de 1980 (fl. 41).

Adolfo Arauz y Martha J. Mora: Resolución 174 de febrero 27 de 1980 (fl. 52).

Augusto Zúñiga: Resolución 166 de febrero 26 de 1980 (fl. 52).

Gustavo Duque: Resolución 210 de marzo 13 de 1980 (fl. 52).

Jorge A. Herrera: Resolución 1229 de abril 23 de 1980 (fl. 74).

Pedro R. Huertas: Resolución 1230 de abril 23 de 1980 (fl. 74).

Alfredo González: Resolución 513 de abril 7 de 1980 (fl. 83).

Carlos A. Jaramillo: Resolución 1324 de mayo 9 de 1980 (fl. 83).

Emilio Martínez: Resolución 210 de marzo 13 de 1980 (fl. 90).

Cecilia O' Neill: Resolución 505 de abril 2 de 1980 (fl. 90).

Eduardo Mahecha: Resolución 1704 de junio 27 de 1980 (fl. 104).

Víctor J. Muñoz: Resolución 1878 de julio 18 de 1980 (fl. 104).

Conforme a la doctrina que ha reiterado con insistencia la Sala, en los casos en que, como ocurre en algunos de los reseñados, la demanda se formula a nombre de varias personas retiradas del servicio a través de actos administrativos diferentes, se configura una indebida acumulación de pretensiones. Tal es la situación en el *sub lite* de las demandas instauradas a nombre de Víctor M. González y Stella Franco (fl. 22), Adolfo Arauz, Martha J. Mora, Augusto Zúñiga y Gustavo

Duque (fl. 52), Jorge A. Herrera y Pedro R. Huertas (fl. 74) Alfredo González y Carlos A. Jaramillo (fl. 83), Emilio Martínez y Cecilia O' Neill (fl. 90), Eduardo Mahecha y Víctor J. Muñoz (fl. 104).

En un caso reciente, se pronunció la Sala, a este respecto, en los siguientes términos:

"Claro y definido ha sido el criterio expuesto por la Sección Segunda cuando, en numerosos casos anteriores de estas mismas características, ha señalado enfáticamente que no es procesalmente viable formular, en una sola demanda, pretensiones que tienen causa diferente y alcances igualmente diferentes.

"Piensa la Sala que, dada la reiteración de esta doctrina, no hace falta, en esta oportunidad, volver sobre aquellos criterios.

"Quedaría por determinar su aplicación a las circunstancias concretas en el caso *sub lite.*

"Dispone el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil que 'también podrán acumularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse de las mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros'.

"Según se explica en la demanda, los cinco demandantes ingresaron a INRAVISION 'desde hace varios años' para el desempeño de cargos de diferente nivel y fueron retirados mediante actos administrativos también diferentes.

"El reintegro a que todos aspiran ha de configurarse, dadas las distintas condiciones personales de los accionantes, conforme a circunstancias diferentes que son las que existían al momento de la desvinculación; igual cosa cabe afirmar respecto de las restantes súplicas, dada la diversa situación laboral que se afirma de los accionantes.

"Ha explicado esta Corporación en innumerables ocasiones que, para la viabilidad de la acumulación en la modalidad del *litisconsorcio activo*, es indispensable la coincidencia plena en alguno de los supuestos que prevé la norma citada. Ha dicho igualmente que, cuando esta disposición alude a la identidad de causa u objeto, se está refiriendo, como expresamente lo destaca el precepto, a *la causa o el objeto de las pretensiones mismas* y que la identidad no puede consistir simplemente en el hecho de llevar un mismo nombre, como cuando se reclama, por ejemplo, la pensión de jubilación para varios servidores del Estado, que es una en el nombre o naturaleza jurídica pero diversa en contenido según sea el caso particular del titular del derecho.

"Respecto de la relación de dependencia, sería absurdo pensar que exista para las pretensiones de los varios accionantes, como si unas a otras estuvieran subordinadas: Tal suposición carece de sentido.

"Finalmente, puesto que los demandantes fueron retirados del servicio a través de actos administrativos diferentes, los medios de convicción que cada uno de ellos deba utilizar para demostrar los hechos que sustentan la respectiva pretensión, necesariamente son los que requiere cada caso específico, independientemente de los demás, como es obvio. Este último aspecto se observa de bulto en la propia demanda, en cuyo capítulo de pruebas se solicita librar oficio al Jefe de Personal del Instituto demandado 'para que se sirva remitir, con carácter devolutivo, *las correspondientes* hojas de vida de los exempleados...'

"Esto supuesto, necesario es revocar la sentencia apelada para disponer, en su lugar, que no resulta procedente un pronunciamiento de mérito sobre las súplicas de la demanda" (Expediente 1068, actores Rigoberto Rivera Galeano y otros, septiembre 14 de 1988).

Dados estos presupuestos, la decisión ha de ser forzosamente inhibitoria en estos procesos.

Contribuye a reforzar tal convicción el hecho de que, a solicitud del apoderado del actor, se hubieran acumulado todos los procesos, según atrás se hizo notar, sin ser ello procedente.

En efecto, señala el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil que son acumulables dos o más procesos que se encuentren en la misma instancia, a condición de que: i) Las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda; ii) El demandado sea el mismo y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos, salvo que tengan el carácter de previas.

Dada la redacción de la norma, estas exigencias deben satisfacerse conjuntamente, no alternativamente. Respecto de la viabilidad de la acumulación de pretensiones, presupuesto necesario para la acumulación de procesos, precisa el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, en lo pertinente, que "podrán acumularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o sea hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse de las mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros".

Como fácilmente se advierte y es lógico, además, diferente es la realidad que corresponde a cada uno de los accionantes, y, por lo tanto, diferente ha de ser respecto de cada uno de ellos la decisión que hubiera de adoptarse de prosperar la acción.

Así pues, no concurriendo las condiciones exigidas por el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil, los procesos no eran susceptibles de acumulación.

Sin embargo, dado que la acumulación irregular de procesos no es vicio o deficiencia que en este momento procesal pueda considerarse eficaz para conducir a un pronunciamiento inhibitorio, corres-

ponde examinar la situación de quienes adelantaron su acción en forma individual o, siendo conjunta, fueron separados del servicio mediante un solo acto administrativo.

En este orden de ideas, ocasión es ésta para destacar que en todas las demandas se invocan los Acuerdos 20 de 1964 y 43 de 1965 de la Junta Administradora de INRAVISION.

A este respecto, es pertinente hacer notar que, conforme al criterio adoptado por esta Sala a partir de la sentencia de febrero 5 de 1983, quedó claramente definido que los Acuerdos de INRAVISION son normas de rango inferior que en forma alguna pueden prevalecer sobre otras de jerarquía superior que se refieren a la misma materia, como es el caso de los Decretos 2400 y 3074 de 1968, según lo enseña el artículo 3º de la Ley 153 de 1887.

A este aspecto se refiere el *a quo* en los siguientes términos:

"Las argumentaciones que contienen las demandas no son de recibo, pues es necesario tener en cuenta que el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, que autorizó a las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos o de las empresas industriales y comerciales del Estado para que dentro de los doce meses siguientes a la expedición del mismo, elaboraran para la aprobación del Gobierno, el proyecto de estatuto de su personal en el cual se determinaran las condiciones para la creación, supresión y fusión de cargos y de acceso al servicio, las situaciones administrativas y el régimen disciplinario, etc., fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 13 de diciembre de 1972, por rebasar facultades que la Constitución Nacional otorga a la rama distinta del poder público. Pero es importante destacar, además, como lo anota la sentencia últimamente citada, que 'lo relativo a retiro de los empleados públicos del servicio, por cualquier medio, incluyendo la declaración de insubsistencia de su nombramiento, no está señalado por la norma citada en segundo término como materia de los estatutos de personal que habrían de someter a la aprobación del Gobierno nacional las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado'.

"En estas circunstancias, el precepto contenido en el artículo 39 del Decreto 3130 de 1968, respecto de lo que se debate en este proceso, no tiene ninguna operancia, ya que los Acuerdos fundamento de la demanda no devienen de su mandato, pues la norma declarada inexequible no autorizaba la regulación de situaciones administrativas de personal como la de que fue objeto el actor por el acto que se acusa.

"A lo anterior hay que agregar que materias como las que contienen los Acuerdos de los cuales se pide ahora su aplicación, no son de regulación de las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos, caso del Instituto Nacional de Radio y Televisión demandado, ni de las empresas industriales o comerciales del Estado, porque esto está reservado al legislador, circunstancia que los haría inaplicables por contrariar expresos mandatos constitucionales" (fls. 110-117).

No encuentra la Sala razón alguna que la lleve a apartarse de estos postulados. Examinado el escrito de folio 120 en donde se formulan tesis que se repiten en muchos otros procesos de idéntica contextura, piensa la Sala que debe reafirmarse en aquellos principios, cuya fuente es la propia Carta Fundamental.

En tal virtud, siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia, corresponde formular pronunciamiento inhibitorio para los procesos en que se configura la indebida acumulación de pretensiones, y adverso a las súplicas en los demás.

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

Falla:

1. Revócase la sentencia apelada en lo que respecta a los procesos adelantados por Víctor Manuel González Becerra y Stella Franco de Cañón; Adolfo Arauz Urbina, Martha Judith Mora, Augusto Zúñiga y Gustavo Duque Masso; Jorge A. Herrera Bohórquez y Pedro Rodulfo Huertas Acosta; Alfredo González Pizano y Carlos Armando Jaramillo; Emilio Martínez Rosales y Cecilia O' Neill de Dawkins; Eduardo Mahecha Castro y Víctor Julio Muñoz Correal. En su lugar, se dispone que no hay lugar a pronunciamiento de mérito.

2. Confírmase respecto de los procesos de Gustavo Ramírez Ballesteros, Sofía Teresa Montoya de Sánchez, Fernando Pedraza, Oscar Victoria, Julio E. Rojas Maldonado y Humberto Orjuela Palma.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 30 de septiembre de 1988.

Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO.— Determinación.

La negativa a formular ante el Consejo de Estado consulta alguna, no es acto administrativo. La instrucción (contenida en un oficio de superior jerárquico) envuelve, una "orden" para proceder conforme a la misma y traduce una conducta capaz de producir efectos jurídicos en la que influyó de manera directa la voluntad, de donde se desprende que dicha orden o instrucción conforma un acto administrativo, aunque no preparatoria ni de trámite.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Referencia: Expediente número 1021. Actor: Jesús Arcesio Botero B.

Por conducto de apoderado acude a esta Corporación el ciudadano Jesús Arcesio Botero en demanda de *"Suspensión provisional en prevención* del acto administrativo preparatorio o de trámite contenido en la comunicación 294 de fecha 19 de agosto de 1988, dirigida por el Ministro de Gobierno al Gobernador de Antioquia en respuesta 'a la solicitud de consulta al Consejo de Estado en relación con la decisión que debe tomar esa Gobernación frente al Alcalde Municipal de El Peñol, señor Jesús Arcesio Botero Botero' ".

Junto con el oficio 294 del Ministro de Gobierno sobre el cual radica la petición de suspensión provisional en prevención, el mandatario del actor acompaña el oficio 1563 de 12 de agosto de 1988, dirigido al citado Ministro por el Gobernador de Antioquia, en el cual le expresa:

"Por ser materia delicada y posiblemente la primera que se presenta en todo el país, por su digno conducto solicito, respetuosamente, elevar consulta al honorable Consejo de Estado sobre la siguiente situación:

"En el Municipio de El Peñol ejerce funciones como Alcalde Popular el señor Jesús Arcesio Botero Botero posesionado legalmente el primero de junio del corriente año. Dicho ciudadano, mediante providencia emanada del Juzgado Primero Penal del Circuito de Marinilla, con fecha 21 de mayo es condenado a 'la pena principal de ocho meses de prisión, a interdicción de derechos y funciones públicas por igual término como pena accesoria, con la gracia del subrogado penal de la sentencia de ejecución condicional y sujeción a un período de

prueba de dos años, por haberlo hallado responsable de violar el Decreto 3664 de 1986, artículo 1º, inciso 1º, porte ilegal de arma de defensa personal'.

"En sentencia de 4 de agosto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, al resolver la apelación interpuesta contra el fallo de primera instancia, en su parte pertinente expresa: 'Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín en Sala Penal de Decisión, oído y acogido el concepto del señor Fiscal Tercero, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley confirma la sentencia de fecha, naturaleza, origen y contenido reseñado, revisada por apelación, con la reforma: La pena principal que se impone a Jesús Arcesio Botero Botero es de un año de prisión y por igual tiempo la accesoria de interdicción. Rige en lo demás lo decidido por el fallador de primera instancia'.

"Con fundamento en lo aquí transcrito, la inquietud es: A pesar de que el señor Jesús Arcesio Botero Botero, actual Alcalde de El Peñol, tanto en la pena principal como en la accesoria se le concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, le es aplicable el artículo 6º de la Ley 49 de 1987, modificatorio del artículo 17 de la Ley 78 de 1986, al consagrar como causal de destitución para los Alcaldes en su literal a): 'Cuando se haya proferido sentencia condenatoria de carácter penal o resolución de acusación debidamente ejecutoriada?' ".

Por su parte, el oficio del Ministerio de Gobierno materia de la solicitud de suspensión provisional en prevención dice lo siguiente:

"Me refiero a la solicitud de consulta al Consejo de Estado (...).

"Sobre el particular considero necesario manifestarle que no se encuentra pertinente hacer la referida consulta, ya que las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987, en sus artículos 17 y 6º, respectivamente, son suficientemente claras al establecer como causales de destitución de los Alcaldes, la de que se le haya dictado sentencia condenatoria de carácter penal, debidamente ejecutoriada.

"En el caso del Alcalde de El Peñol, así al citado señor se le haya concedido el subrogado penal de la sentencia de ejecución condicional con sujeción a un período de prueba de dos años, como las leyes citadas no hicieron ninguna excepción o distinción, no le es permitido al intérprete distinguir ni hacer excepción y por lo tanto de conformidad con los artículos ya citados una vez se verifique por la Gobernación que la sentencia está debidamente ejecutoriada, se debe proceder a la destitución, encargando a un Alcalde del mismo movimiento o filiación política del elegido, y señalando a la vez la fecha para la elección del nuevo Alcalde de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1º del Decreto 1001 de 1988".

Contra este oficio del Ministro de Gobierno el actor solicita la suspensión provisional en prevención "consagrada en el artículo 153, numeral 1º del Código Contencioso Administrativo", norma esta que establece tal medida precautelar especial "contra actos preparatorios o de trámite cuando se dirijan a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso".

De suerte que habrá que examinar, en estricto orden, los siguientes aspectos, para concluir si prospera o no la pretensión incoada por el actor: a) Si el acusado es un acto administrativo; b) Si fuere acto administrativo, precisar si es preparatorio o de trámite; c) Si se concluyere que el atacado es un acto administrativo de carácter preparatorio o de trámite, aclarar si está o no dirigido a producir un acto administrativo definitivo; d) Si este acto administrativo definitivo es inconstitucional o ilegal; y e) Si el acto administrativo definitivo inconstitucional o ilegal no tiene recurso o control jurídico alguno:

a) En el Oficio 294 de 1988 remitido por el Ministro de Gobierno al Gobernador de Antioquia deben distinguirse dos proposiciones o expresiones de inteligencia: De una parte, la negativa a formular la consulta pedida por el Gobernador, por las razones allí expuestas; y de otra, la instrucción consiguiente, contenida en esta frase: "...por lo tanto de conformidad con los artículos ya citados una vez se verifique por la Gobernación que la sentencia está debidamente ejecutoriada, se debe proceder a la destitución, encargando a un Alcalde..."

La negativa a formular ante el Consejo de Estado consulta alguna, no es acto administrativo. La instrucción, envuelve, como lo entendió el Gobernador una "orden" para que este proceda conforme a la misma, y que traduce una conducta del Ministro, capaz de producir efectos jurídicos y en la cual influyó de manera directa e inmediata la voluntad (C. C. A., art. 83); de donde se desprende que dicha orden o instrucción conforma un acto administrativo, independientemente de que a él debiera someterse o no el Gobernador en su comportamiento y en ejercicio de la competencia asignada por las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987;

b) Pero ese acto administrativo no es preparatorio ni de trámite, como afirma el actor. La Sala, en un esfuerzo por precisar el punto, dijo:

"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 necesaria su expedición habida cuenta en cada caso concreto del procedimiento previsto por la ley para llegar a aquella.

"

"De un 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 actos preparatorios dentro de una actuación la 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" (Auto mayo 10 de 1988, expediente número 830. Consejero ponente, doctor Simón Rodríguez Rodríguez).

Contra lo dicho, el acto de instrucción o contentivo de la orden no hace parte de procedimiento alguno ni se halla en situación de servir de fundamento al que deba iniciarse como consecuencia del mismo. Es un acto instantáneo y aislado que, no por contener una orden dirigida al Gobernador de Antioquia con el fin de que éste, a su vez, asuma una conducta o expida otro acto administrativo, es preparatorio o de trámite en relación con un procedimiento. Porque no puede confundirse la consecuencia que ese acto administrativo pueda tener, y que traducirá o se tradujo en otro acto administrativo, ese sí expresión final de una actuación cumplida por el funcionario departamental, no puede confundirse, se repite, con actos posteriores a la orden o instrucción, pero encadenados unos a otros o dentro de la misma actuación preordenada en la ley. Por sí solo, el acto del Ministro es acto administrativo completo y agota con su expedición la competencia sobre la materia tratada, a saber, el ejercicio de una supuesta jerarquía en frente del Gobernador;

c) Si en gracia de discusión se acepta que la instrucción contenida en el oficio materia de la petición de medida cautelar, tiene el carácter de preparatorio o de trámite conforme a la descripción que de los mismos hizo la Sala en la providencia parcialmente transcrita, sería necesario convenir en que ese acto apunta a la producción de un acto definitivo: La orden de destitución del Alcalde;

d) El acto de destitución resultaría ilegal o inconstitucional? Esta es cuestión de fondo que no fácilmente puede deducirse y precisarse cuando se examina la situación que puede dar origen a la suspensión provisional, incluida la en prevención. Cree el Despacho que la decisión de suspender en prevención un acto, tiene que elaborarse sobre consideración igual a la que precede la suspensión provisional ordinaria y que, en consecuencia, ha de aparecer a primera vista una transgresión manifiesta de norma superior por el acto objeto de acusación. Y la verdad es que en el presente caso, tal violación flagrante no aparece, porque sería indispensable llevar a cabo un examen profundo sobre la oportunidad y procedencia del acto por medio del cual el Gobernador está facultado para destituir un Alcalde elegido a través del voto popular, cuando éste ha sido condenado penal o disciplinariamente, o acusado ante Juez competente. Varias son las preguntas que pueden formularse ante una situación como la que es materia de análisis; preguntas que surgen de la inquietud del Gobernador plasmada en su petición de consulta al Consejo de Estado, de la apreciación consignada por el Ministro de Gobierno en el oficio acusado, y de los planteamientos y numerosísimas normas legales y constitucionales que el actor considera violadas. Por ejemplo: La condena hace caso omiso de los subrogados penales para efectos de la destitución? Si con solo el auto de llamamiento a juicio de que trata el artículo 17 de la Ley 78 de 1986 sustituido por la resolución

acusatoria debidamente ejecutoriada tal como dispone el artículo 6º de la Ley 49 de 1987, es posible la destitución, cuando aún nada se sabe sobre el final del proceso penal, será manifiestamente indebido interpretar las normas como lo hizo el Ministro? Las responsabilidades en que incurre el Gobernador por una decisión ilegal de la naturaleza anotada, pueden hacerse descansar o pueden eliminarse a través de un auto como el impetrado? Evidentemente, la prudencia indica que el Juez no puede comprometer la decisión que pronuncie, sobre bases endebles o discutibles, mucho menos cuando, como anota algún autor, la institución de la suspensión en prevención invoca muchas veces una especie de clarividencia en el fallador o sustanciador a quien se le solicita su aplicación, situación que hace aún más exigente que en el caso del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, la del artículo 153;

e) La demanda descansa sobre el hecho aceptado por el Despacho, de que el Ministro expidió una orden y el Gobernador la obedeció. Es decir, el Gobernador asumió el papel de agente del Gobierno y el Ministro el de superior jerárquico del Gobernador, lo cual situaría el comportamiento jurídico de éste en condición dependiente de aquel, y el acto que expidiera, como sujeto al recurso de apelación, razón suficiente para afirmar la improcedencia de la suspensión pedida. No pretende esta providencia calificar la relación en que se encuentren Ministro y Gobernador en situaciones como la que es materia de estudio, sino que partiendo del supuesto de la "orden" impartida por el Ministro y el obedecimiento a ella por parte del Gobernador, cuando expresa, "para cumplir la orden del señor Ministro de Gobierno, te ruego preparar decreto...", no cabe duda de que voluntariamente se situaron en relación jerárquica, lo cual conduciría a que la providencia o decreto expedido en cumplimiento de las instrucciones fuera objeto de recurso de apelación ante el mismo Ministro, independientemente de su legalidad.

Por todo lo expuesto, el Despacho *decide:*

1. *Inadmitir* la solicitud de suspensión provisional en prevención a que se refiere la parte motiva.

2. El abogado J. Clímaco Giraldo Gómez es apoderado del señor Jesús Arcesio Botero Botero.

3. Notifíquese personalmente esta providencia al señor Fiscal Primero de la Corporación y al señor Ministro de Gobierno.

4. En firme este proveído, devuélvanse los documentos al actor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL.— NOTIFICACION.

No es necesario notificar personalmente el auto admisorio de la demanda a la persona cuya elección se demanda.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., veintisiete de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Euclides Londoño Cardona.*

Referencia: Expediente número 0195. Recurso de apelación auto. Actor: Orlando Manuel Dangond Noguera.

Dentro de la oportunidad señalada por la ley (fls. 101 y 105 vtos.) el doctor José Ignacio Vives Menotti, en su condición de apoderado (sustituto) del actor interpuso el recurso de apelación contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena (Sala Unitaria), calendada el 18 de julio de 1988, por virtud de la cual se resolvió negativamente la nulidad solicitada por él.

Antecedentes:

1. El personero judicial (principal) del actor en memorial de 24 de junio de 1988 presentado en la secretaría del Tribunal el 27 del mismo mes y año (fls. 83 a 86 vtos.) solicitó que "...con fundamento en la causal 9ª del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a éste (sic) proceso por haberlo así ordenado el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, *se decrete la NULIDAD de lo actuado a partir inclusive de la FIJACION EN LISTA que por cinco días se hizo de éste (sic) juicio,* para que en su lugar se ordene en auto complementario al admisorio de la demanda que ésta, además de haberse notificado por EDICTO fijado durante diez días en la Secretaría y publicado por una sola vez en los periódicos EL ESPECTADOR Y LA REPUBLICA de fecha 24 de mayo pasado, *se notifique también PERSONALMENTE al demandado doctor ALFONSO DIAZ GRADOS (sic) DAVILA,* a fín (sic) de darle un más amplio cumplimiento al debido proceso ordenado en el artículo 26 de la Constitución Política, noficando (sic) personalmente al presunto afectado con la decisión que finalmente se produzca en éste (sic) juicio electoral, a fín (sic) de que pueda ejercer en la mejor forma su derecho de defensa y para que el principio de la contradicción resplandezca ampliamente" (fl. 83).

Con arreglo al numeral 1 del artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, fundó su pedimento en los hechos relacionados a folios 83 y 84.

Como soporte jurídico del pretendido decreto de nulidad de lo actuado, expuso:

"El artículo 233 del Decreto 01 de 1984, que en términos generales repite el texto del artículo 40 de la Ley 85 de 1981, es muy claro, cuando dispone que solamente el auto admisorio de la demanda debe notificársele personalmente al demandado, en juicio electoral, cuando 'se trata de nombramiento', disponiendo finalmente que 'si por virtud de la declaración de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio', como es el caso de éste (sic) juicio, se entenderá como demandado el ciudadano o ciudadanos declarados elegidos por el acto cuya nulidad se pretende, que en éste (sic) caso no es otro que el doctor Alfonso Díaz Granados Dávila, agregando finalmente que 'en éste (sic) caso se les notificará mediante EDICTO que durará fijado diez días en la Secretaría y se publicará por una sola vez en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral', como así se hizo en éste (sic) proceso judicial.

"En éste (sic) sentido rindieron un. (sic) informe por encargo que le hizo la Sala Plena los honorables Consejeros de Estado doctores Carlos Betancur, Samuel Buitrago Hurtado, Jorge Dávila y Humberto Mora Osejo, que fue acogido totalmente en providencia de fecha 26 de octubre de 1977, expediente número 317, de la que fue ponente el Consejero Bernardo Ortiz Amaya (leásele en págs. 137 a 140 del libro 'Jurisprudencia Electoral del Consejo de Estado 1977-1987' publicado en 1988 por la Registraduría Nacional del Estado Civil) y se ha pronunciado, además, el honorable Consejo de Estado, Sala Contenciosa Electoral, en providencia de fecha 8 de septiembre de 1986, Expediente E-036 de la que fue ponente el Consejero Simón Rodríguez Rodríguez (léase en pág. 140 del libro mencionado); en providencia de fecha 4 de septiembre de 1986, expediente E-038 de la que fue ponente el Consejero Miguel Betancourt Rey (leáse —sic— en pág. 142 del libro mencionado); en providencia de fecha 4 de noviembre de 1981, expediente número 709 de la que fue ponente el Consejero Samuel Buitrago Hurtado (leáse —sic— en pags. —sic— 142 y 143 del libro mencionado); en providencia de fecha 19 de noviembre de 1982, expediente número 960 de la que fue ponente el Consejero Carlos Betancur Jaramillo (leáse —sic— en pág. 148 del libro mencionado) y en providencia de fecha 4 de abril de 1986, expediente E-006 de la que fue ponente el Consejero Joaquín Vanín Tello (leáse —sic— en paág. 149 del libro mencionado), *pero toda ésta (sic) jurisprudencia con la que está acorde la actuación seguida hasta el momento en éste (sic) proceso electoral fue modificada y rectificada por la Sala Electoral del honorable Consejo de Estado en providencia posterior de fecha octubre 18 de 1986, dentro de los expedientes acumulados E-009 y*

E-014 en la que fue ponente el Consejero doctor Hernán Guillermo Aldana Duque (leáse —sic— págs. 144 a 146 del libro tantas veces mencionada —sic—), jurisprudencia ésta (sic) que se ha venido aplicando en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y que por ser la última jurisprudencia del honorable Consejo de Estado, nos merece respeto y acatamiento.

"Precisamente en los juicios electorales acumulados distinguidos con los números E-009 y E-014 se decretó con fecha 18 de octubre de 1986 una nulidad de todo lo actuado por no haberse notificado personalmente el auto admisorio de la demanda al demandado, elegido precisamente por el acto acusado. En dicha providencia se dijo:

" 'La notificación por EDICTO a que alude el artículo 233 del Código Contencioso Administrativo lo entiende la Sala Unitaria como un mecanismo complementario, o si se quiere, sucedáneo, de la notificación personal, que está subentendida tanto por la ley procesal civil como la Contenciosa Administrativa, y a la cual es factible acudir cuando la personal se ha hecho imposible...

" 'Así las cosas, la Sala Unitaria estima que la garantía del demandado a la defensa no ha sido cumplida en éste (sic) proceso, no por culpa del conductor original del mismo, que aplicó la ley que organiza el sistema de notificaciones en éstos (sic) casos, pero que no es garantía plena de proceso debido, según imperativo constitucional positivo y principio general de derecho procesal, aplicable por disposición del artículo 4º del Código de Procedimiento Civil.

" 'Lo anterior significa que el mecanismo de notificación *personal* de la demanda a los demandados es un principio general del derecho procesal, vale decir, de derecho público, cuya existencia hace parte del debido proceso y cuya omisión por falta de consagración legal expresa no podrá avalar el poder judicial. Desde luégo, (sic) ese mecanismo es el medio principal para notificar al reo de la demanda, pero, cuando no sea factible —por las razones que la ley procesal contempla— proceder a la notificación personal serán viables los mecanismos subsidiarios de notificación. Pero sólo entonces.

" 'Si ello ocurre en el campo del derecho privado cuyos intereses por respetables que sean no podrían colocarse en condición superior a los intereses públicos, que corresponden al proceso electoral contencioso administrativo, síguese que el sistema de éste (sic) proceso para garantizar el derecho de defensa y el principio de la contradicción en éstos (sic) procesos no puede funcionar en condiciones menos amplias que aquellas consabidas para la jurisdicción privada'.

"Aun cuando nosotros no compartimos completamente la tesis expuesta por el honorable Consejero Aldana Duque a la que nos acabamos de referir, por cuánto (sic) el artículo 233 del Código Contencioso Administrativo no fue declarado inexequible,

y por el contrario está vigente, y es de una claridad meridiana, sin embargo debemos acogernos a ella, que ha sido reiterada por posteriores jurisprudencias del honorable Consejo de Estado, cuando a pesar de que deben practicarse nuevos escrutinios en virtud de la declaración de nulidad que se pretenda, las personas afectadas con las decisiones finales de un juicio electoral sean identificadas y conocidas desde la presentación de la demanda, sin tener que finalmente conocerlas al practicarse el nuevo escrutinio, como es sin lugar a dudas el caso de éste (sic) proceso" (fls. 84 a 86).

2. El señor Fiscal del Tribunal emitió concepto favorable a la nulidad solicitada, con fundamento principal en estos razonamientos:

"El conocimiento personal de las decisiones que profieran las autoridades competentes de la (sic) distintas ramas del poder público por aquellas personas a quienes ellas afectan, ha merecido por parte del legislador un tratamiento especial, por los distintos efectos y derechos que de ello se derivan. Es así como se han establecido principios generales para la preservación de este derecho, como el consagrado en el numeral 1º del artículo 314 del Código de Procedimiento Civil, de notificar al demandado de manera personal el auto que confiere traslado de la demanda y en general, la que tenga por objeto hacerle saber la primera providencia que se dicte en el proceso.

"Considera esta Fiscalía, que si bien es cierto que el proceso electoral tiene señalado un régimen especial para la notificación del auto admisorio de la demanda, la notificación personal de esa providencia al demandado, no pugna con lo ordenado en el artículo 233 del Código Contencioso Administrativo. Adviertase (sic) que la norma en comento se refiere al evento de existir varios demandados y no para el caso de uno solo, lo que permite su notificación personal e individual, diligencia esta que no ocasionaría dilatación alguna por la cercanía del lugar y evitaria (sic) la posibilidad de un futura nulidad" (fls. 97 a 98).

3. En la providencia objeto del recurso el *a quo* resolvió desfavorablemente la solicitud de nulidad de lo actuado, sobre la base de estas apreciaciones:

"La cuestión planteada es ciertamente de orden puramente interpretativo. Considera el Tribunal que ante ordenamiento tan claro y expreso como el del inciso final del artículo 233 del Código Contencioso Administrativo no es admisible otra interpretación, debiéndose ajustar el procedimiento a su contenido, como lo ha hecho este Tribunal en todos los procesos electorales de que ha conocido bajo la vigencia de ese ordenamiento. Y es que tratándose de una acción pública de nulidad, como es la electoral, ha de haber atención acerca de la instauración y tramitación cualquier demanda de esa índole por parte del público en general y en especial por todos aquellos a quienes directamente atañe el asunto, como son los mismos elegidos.

"Si se concluyera que es procedente hacer la notificación personal, entonces resultaría innecesaria la hecha por edicto, pero

como el artículo 233 la impone, se evidenciaría así una dilación del procedimiento contraria a la celeridad que caracteriza a estos procesos.

"Por otra parte, no ha sido la última palabra del Consejo de Estado sobre este aspecto la expresada en auto, que no sentencia, de la Sala Unitaria por lo demás, de fecha 18 de octubre de 1986 a que se refiere el incidentalista. En efecto en sentencia de la Sala Electoral de junio 4 de 1987 en que fue ponente el do ctor (sic) Joaquín Vanín Tello, expediente número E-031, aunque no se trata directamente el tema de la notificación del auto admisorio sí se deja en claro que basta con hacer la notificación por edicto a que se refiere el artículo 233. Se había solicitado en ese caso por los demandantes y el impugnador que se pronunciara fallo inhibitorio, entre otras cosas porque no se señalaron en la demanda las personas demandadas y porque no acompañaron al libelo la copia de la demanda y sus anexos. Pués (sic) bien, la Sala Electoral del Consejo de Estado consideró en el primer caso y a la luz del artículo 233 del Código Contencioso Administrativo que 'el señalamiento de los demandados lo hace la ley y resulta entonces innecesaria su designación de (sic) la demanda'. Y con relación al otro planteamiento expresó con base en el mismo artículo 233 que 'no hay, por lo tanto, notificación personal y resulta entonces inútil acompañar a la demanda copia de ella y de sus anexos'.

"Esta última providencia del Consejo de Estado respalda tambien (sic) la opinión adversa a la notificación personal del auto admisorio, razones todas por las cuales ha de negarse la solicitud de nulidad hecha por el apoderado del actor, adicionado lo anterior con la consideración de que la nulidad estuvo mal propuesta, ya que se fundamentó en la causal 9ª del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a la notific ación (sic) o el emplazamiento de las demás personas que deban ser citadas como parte, o sea, distintas a demandante y demandado, cuando debió fundamentarse en el numeral 8º o causal 8ª del mismo artículo 152 que establece la nulidad 'cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda, o su emplazamiento'.

"Desde luego, lo dicho no se opone a que si de manera especial se pide en la demanda o en corrección oportuna de ella, que se haga la notificación personal y para ello se acompañan su copia y de los anexos, se ordene tal cosa en la admisíon (sic) de la demanda o en la admisión de su corrección, pero, se repite esa notificación no es necesaria" (fls. 100 a 101).

4. El recurrente, sustentó el recurso remitiéndose al memorial de 24 de junio de 1988 (fls. 83 a 86); anunció nueva sustentación dentro del término de traslado que ordenaría del *ad quem* y anotó:

"La nulidad procesal solicitada por la parte demandante que represento y que fue negada por ese honorable Tribunal por auto interlocutorio fechado el día 18 del presente mes es procedente conforme a la tesis que sentó en Sala Unitaria la extinguida Sala Contenciosa Electoral del honorable Consejo de Estado, en auto

de fecha 18 de octubre de 1986 del que fue ponente el Consejero Hernán Guillermo Aldana Duque (Expedientes acumulados E-009 y E-014), cuyos apartes pertinentes pueden leerse en las páginas 144 a 146 del libro 'Jurisprudencia Electoral del Consejo de Estado 1977-1987' que acaba de publicar en 1988 la Registraduría Nacional del Estado Civil, cuyas razones allí precisamente expresadas sirvieron de fundamentación para reclamar que *'se decrete la NULIDAD de lo actuado a partir inclusive de la FIJACION EN LISTA que por cinco días se hizo en éste (sic) juicio, para que en su lugar se ordene en auto complementario al admisorio de la demanda que ésta, además de haberse notificado por EDICTO fijado durante diez días en la Secretaría y publicado por una sola vez en los periódicos EL ESPECTADOR y LA REPUBLICA de fecha 24 de mayo pasado, se notifique también PERSONALMENTE al demandado doctor Alfonso Díaz Granados Dávila,* a fín (sic) de darle un más amplio cumplimiento al debido proceso ordenado en el artículo 26 de la Constitución Política, notificando personalmente al presunto afectado con la decisión que finalmente se produzca en éste (sic) juicio electoral, a fín (sic) de que pueda ejercer en la mejor forma su derecho de defensa y para que el principio de la contradicción resplandezca ampliamente' " (fl. 105).

5. Dentro del término de traslado el personero judicial (principal) del accionante —tal como lo había anunciado— en escrito visible de folios 111 a 118 sustentó el recurso reiterando los argumentos esbozados desde la solicitud de nulidad procesal; transcribiendo apartes de los variados lineamientos jurisprudencia sobre el tema objeto de examen y ratificando su propósito de "...brindar una felíz (sic) ocasión a la jurisdicción electoral para hacer un pronunciamiento por vía de jurisprudencia sobre este tópico, previniendo que más tarde cuando éste (sic) juicio se encontrare más adelantado pudiera decretarse por la misma causa una nulidad, con mayor perjuicio para la parte que represento y para la celeridad de la administración de la justicia reclamada" (fl. 112).

6. El señor Fiscal Octavo de la Corporación emitió el concepto de rigor que obra de folios 136 a 141, en el cual, después de transcribir dos providencias que contienen los dos criterios dispares sobre el punto controvertido, la suscrita por el entonces Consejero doctor Hernán Guillermo Aldana (Sala Unitaria) el 18 de octubre de 1986 (Expedientes acumulados E-009 y E-014) acerca de la obligación de la notificación personal, y la proferida en el expediente E-006 el 4 de abril de 1986 con ponencia del Consejero doctor Joaquín Vanín Tello, sobre la notificación por edicto si la designación es por elección, concluye así:

"Esta Agencia del Ministerio Público, tomando en cuenta lo preceptuado en el artículo 233 del actual Código Contencioso Administrativo estima que la notificación personal del auto admisorio de la demanda, fuera del Agente del Ministerio Público, debe hacerse al demandado cuando se trata de nombramientos, pero si la nulidad del acto implica la práctica de un nuevo escrutinio, la notificación del auto admisorio de la demanda debe hacerse mediante edicto, el cual debe permanecer fijado en la secretaría

por el término de diez días, y además publicarse, por una sola vez, en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral.

"Pues bien, como en el presente proceso electoral, si llegare a operarse la nulidad de la elección de Alfonso Díaz Granados Dávila, como Alcalde de Ciénaga, implica la práctica de un nuevo escrutinio, el auto admisorio de la demanda y personalmente al señor Agente del Ministerio Público, y por tanto, no se presenta la causal de nulidad invocada, por lo cual la Fiscalía solicita al honorable Consejo de Estado, Sección Quinta, la confirmación del auto de 18 de julio del corriente año" (fl. 141).

Se considera:

La actual Sala Electoral en reciente decisión (20 de octubre de 1988, expediente E-200, actor Flavio Fernando Castro Hidalgo, Consejero ponente doctor Amado Gutiérrez Velásquez) acogió el criterio que respecto al punto cuestionado sentó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en providencia calendada el 26 de octubre de 1977 en la que fue Consejero ponente el doctor Bernardo Ortiz A., a cuyo texto:

"Ante la diversidad de criterios sobre el tema y con el deseo de unificar la doctrina en este punto para así mantener una línea jurisprudencial uniforme, se acordó en Sala Plena que una comisión de su seno compuesta por los Consejeros Carlos Betancur, Samuel Buitrago, Jorge Dávila y Humberto Mora Osejo estudiará el punto y rindiera informe al respecto ofreciendo soluciones jurídicas que armonizaran los diferentes matices expuestos, informe que la Sala ha encontrado aceptable en lo sustancial y del cual se transcriben los siguientes apartes como fundamento doctrinal de sus decisiones.

"Las partes pertinentes del informe que se incorpora a este fallo son las siguientes:

"'1º La acción de nulidad electoral es, como la de nulidad ordinaria, pública y popular, en cuanto puede ser propuesta por cualquier persona natural o jurídica, con el fin exclusivo de hacer prevalecer el orden jurídico implicado en las normas de jerarquía superior. Por esta misma causa, según el artículo 89 del Código Contencioso Administrativo, toda persona puede pedir se la tenga como parte, para prohijar u oponerse a la acción, sin más interés que el de contribuir a esclarecer la verdad en el debate jurídico. Esto se explica porque, como expuso la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto de 21 de agosto de 1972, la acción de nulidad sustancialmente inicia una controversia jurídica no litigiosa, al contrario de lo que sucede con la de plena jurisdicción, en la cual por definición no se discute, como sucede en ésta (art. 67 del C. C. A.), un derecho civil o administrativo, sino exclusivamente si el acto impugnado es o no contrario a una disposición de superior jerarquía.

" 'De ahí que la jurisprudencia haya afirmado que «el demandado es el acto», no una determinada persona y que la doctrina haya prohijado el mismo criterio a saber: «El contencioso de anulación ... afirma Odent, es un contencioso objetivo, un proceso dirigido no contra una persona sino contra un acto...» (Contentieux Administratif, fascículo I, pág. 32).

" '2º «Como obligada consecuencia del principio expuesto, el Código Contencioso Administrativo no prevé la posibilidad de que los particulares, comprendidos por los actos de elección o nombramiento, sean llamados al juicio electoral como partes, entre los cuales sólo comprenden al actor, al Agente del Ministerio Público y según el artículo 89 *ibídem*, a quienes voluntariamente concurren a él para prohijar u oponerse a la acción. Al primero como impugnante del acto segundo como obliga actuar en las acciones de nulidad, en interés del orden jurídico» (art. 21, *in fine* del C. C. A.).

" '3º Este ha sido el criterio que ha orientado tradicionalmente la jurisprudencia de la corporación, hasta constituir una costumbre inveterada conforme con la ley, que los particulares han respetado y observando, conscientes que el juicio electoral se adelante mediante acción de nulidad en el cual, por lo mismo, por definición, no se debaten derechos o intereses particulares. Estos están necesariamente condicionados al orden jurídico cuya guarda, fundada en normas de derecho público, es el interés tutelado por la ley.

" '4º El criterio que permite vincular al juicio electoral, como partes, a las personas comprendidas por los actos de elección o nombramiento, desplaza el debate jurídico, eminentemente de derecho público, a uno entre particulares no obstante que el actor, en principio, sólo obra con interés de la ley y que el acto impugnado, como administrativo, proviene del Estado, y no de la persona o personas favorecidas por el mismo. Además el debate jurídico que implica la acción no consiste en determinar si el elegido tiene o no derecho, sino en si el acto de elección es o no válido, sean cuales fueran las consecuencias de la decisión, muchas veces imprevisibles hasta el momento de adoptarla.

" '5º Este mismo criterio se ha fundado en la necesidad de garantizar el derecho de defensa. Pero, por una parte si el acto de elección o nombramiento está condicionado a que se haya expedido con base en normas de orden público, cuya observancia la ley garantiza mediante la acción de nulidad que se decide mediante sentencia *erga omnes*, es obvio que el derecho particular no tiene, *ab initio*, el mismo condicionamiento de un derecho constituido mediante uno creador de situación jurídica particular, sino la verificación, mediante sentencia declarativa, de una situación ilegal existente desde el instante mismo en que se expidió en relación, no con un acto creador de situación jurídica particular, sino con un acto condición que, como ha expuesto la jurisprudencia de la Corporación, por su propia índole en cuanto enviste a una persona de un estatuto general' ".

Mas, dada la circunstancia de que después del lineamiento jurisprudencial que sirvió de apoyo a la aludida providencia de esta Sala fue expedido el Decreto-ley 01 de 1984 (Nuevo C. C. A.), cabe precisar que en lo tocante a las nulidades éste en su artículo 165 remite, a las causales y al procedimiento reglados en los artículos 152, 153 y 154 del Código de Procedimiento Civil. De suerte que le asiste la razón al *a quo* cuando en el auto apelado observa que el peticionario de la nulidad procesal incurrió en equívoco al apoyarla en la causal 9ª del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, pues, en razón del sustento de la petición, resulta evidente que la causal es la indicada en el numeral 8 del mismo texto, según cuyas voces:

"8. Cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda, o su emplazamiento".

Cabe examinar, entonces, si en el evento *sub lite* se practicó, con arreglo a la norma procesal que gobierna la materia, la notificación del auto admisorio de la demanda.

Al respecto el artículo 233 del Código Contencioso Administrativo, estatuye:

"Artículo 233. Auto admisorio de la demanda. El auto admisorio de la demanda deberá disponer:

"1. Que se notifique por edicto que durará fijado cinco (5) días y al agente del Ministerio Público.

"Si se trata de nombramiento, se ordenará la notificación al nombrado, como demandado.

"2. Que se fije en lista por cinco (5) días una vez cumplido el término de la notificación.

"3. La prevención de que durante este término podrá contestarse la demanda y solicitarse pruebas.

"Si por virtud de la declaración de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio se entenderán demandados todos los ciudadanos declarados elegidos por el acto cuya nulidad se pretende. En este caso se les notificará mediante edicto que durará fijado diez días en la secretaría y se publicará por una sola vez en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral. Si el demandante no comprueba la publicación en la prensa dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación al Ministerio Público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará archivar el expediente".

Obsérvese que la norma, especial, que regla la notificación del auto admisorio de la demanda en los procesos electorales, consagra la notificación personal —en tratándose de la parte demandada— sólo en el caso de nombramiento en el cual el nombrado es considerado aquélla por el propio texto. Pero no así cuando es el caso de elecciones, toda vez que, aunque aquí también la norma estima que

son demandados todos los ciudadanos elegidos por el acto cuya nulidad se pretende, si por virtud de la declaración de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio, ordena la notificación por edicto.

Desde luego, al Agente del Ministerio Público habrá de notificársele personalmente todas las providencias, por virtud del terminante mandato contenido en el inciso segundo del artículo 127 del Código Contencioso Administrativo.

Podría pensarse que, con la misma lógica y por las mismas razones que al nombrado debe notificarse personalmente el auto admisorio de la demanda de su nombramiento, el auto admisorio de la demanda del acto de elección de un Alcalde debería ser notificado del mismo modo, pero la disposición no lo establece de tal forma y es tan clara y perentoria al señalar la notificación por edicto que no se puede desatender su tenor literal para consultar un espíritu inexistente, sin correr el riesgo de abrogarse función pública ajena creando norma nueva, bajo el pretexto de interpretación legal. Es que si la notificación por edicto no cumpliese la finalidad buscada por la ley procesal, el legislador no la habría consagrado —para casos específicos— como sucedánea de la notificación personal.

En otras voces, si no es causal de nulidad procesal la notificación por edicto cuando la norma la admite en defecto de la notificación personal, *a fortiori* cuando aquélla la estatuye de modo principal.

Pero, además, como ya lo anotó la Sala en el fallo en comento, siguiendo —por remisión— los derroteros del artículo 325 del Código de Procedimiento Civil "...la notificación de los actos declaratorios de elección popular, por producirse éstos en diligencia pública como continuación del escrutinio general, se efectúa en estrados..."

De otro lado, como atinadamente lo sugiere el *a quo*, la notificación por edicto estatuida en la norma procesal del Código Contencioso Administrativo no se opone a que "...si de manera especial se pide en la demanda o en corrección oportuna de ella, que se haga la notificación personal y para ello se acompaña su copia y de los anexos, se ordene tal cosa en la admisión de la demanda o en la admisión de su corrección..." Mas esta notificación no es obligatoria, ni su omisión, en tal caso, puede generar la nulidad procesal indicada en el numeral 8 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

En el evento *sub exámine* —demanda del acto de elección de Alcalde, con nuevo escrutinio— se acredita de manera palmaria (fls. 54 y 55) que la notificación se hizo por edicto, con arreglo al mandamiento expreso del numeral 1 e inciso final del artículo 233 del Código Contencioso Administrativo. Luego, la notificación del auto admisorio de la demanda se practicó en legal forma, por lo cual no se configura la causal de nulidad procesal alegada por el impugnante, lo que conduce, necesariamente, a la confirmación de la providencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

Resuelve:

Primero: Confírmase la providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena con fecha dieciocho (18) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988), mediante la cual no se accedió a decretar la nulidad solicitada.

Segundo: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.— CLASIFICACION ARANCELARIA. Improcedencia.

Técnicamente no cabe acción de restablecimiento contra un acto de clasificación de bienes en posición arancelaria ya que siendo ésta impersonal no confiere derecho ni causa perjuicio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., treinta y uno de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 2274. Actor: Occidental de Colombia Inc. Autoridades nacionales.

Se procede a decidir el recurso de reposición contra el auto de septiembre 23 de 1988 que el señor apoderado de la actora, sustenta en los siguientes argumentos:

1º La competencia del Consejo de Estado corresponde a la indicada en el ordinal 3º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo respecto a procesos de restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía en los que se controvierten actos de carácter nacional.

2º El caso sometido a estudio carece de cuantía y por lo tanto no es necesario precisarla porque ésto sólo procede cuando ella influye para determinar la competencia.

3º En este caso sólo se está pidiendo resarcimiento de los perjuicios que se hayan derivado, o que se deriven en el futuro, si el acto acusado desemboca en una liquidación de impuestos. Esto se aprecia en la forma condicional como se han hecho las peticiones de modificación de la obligación fiscal y de resarcimiento de los perjuicios.

4º A pesar de que no se ha producido aún la liquidación de la obligación fiscal, se puede producir un perjuicio de tipo fiscal, en la medida que el acto demandado repercute en unos gravámenes arancelarios más altos de los que correspondían a la posición arancelaria que fue sustituida; esta última indicaba el 2% y la nueva en 35% más otros gravámenes.

5º El cambio de clasificación arancelaria causa perjuicio no sólo cuando se produce una liquidación fiscal sino en el régimen de importaciones que puede ser económicamente desventajoso cuando se

pasa del régimen libre al de licencia previa o al de prohibida importación; además, puede repercutir en efectos desfavorables en el nivel de impuestos del IVA o de los CERT, etc.

6º Por último, "como este asunto en el fondo es de carácter petrolero, la competencia para conocer de él corresponde, por virtud del numeral 11 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo al Consejo de Estado en única instancia". Todos los antecedentes administrativos, incluido un concepto pedido al Ministerio de Minas, indica su relación con asuntos petroleros.

Para resolver se considera:

Es necesario, en primer lugar, despejar la propuesta de cambio de fundamento legal de la competencia del numeral 3º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo como se planteó inicialmente por el numeral 11 del mismo artículo al afirmarse que se trata "en el fondo" de un asunto petrolero.

La demanda invocó como sustento legal de la competencia del Consejo de Estado el numeral 3º bajo el entendimiento de que primordialmente se trataba de un asunto de impuestos, pues así lo indican las dos pretensiones que hizo derivar de la nulidad de la clasificación arancelaria número 18386.

Tanto que específicamente se dirigió a la Sección Cuarta "porque estimamos que el fondo del asunto implica la posibilidad de una liquidación de impuestos".

Además, la circunstancia de que el "barco cisterna" o "unidad de almacenamiento flotante" fuera clasificado primero en la posición 89.03 y luego en la 89.05 y en ambos actos se tuvo en cuenta la aptitud de servir para almacenamiento de petróleo crudo, demuestra que el producto o mercancía al cual está destinado no es un factor determinante. Desde el punto de vista de clasificación aduanera el problema hubiera sido igual si fuere destinado a almacenar o transportar otro producto o material.

El problema de la legalidad de la reclasificación aduanera no es petrolero sino arancelario, con todas las consecuencias que de él se derivan, comenzando por las obligaciones fiscales, régimen comercial, cambiario, etc., por lo cual no se acepta el argumento de que la competencia se rige por el numeral 11 del artículo 128.

2º La existencia o la ausencia de una "cuantía" con influencia en la competencia de uno u otro Tribunal, está vinculada estrechamente a la naturaleza de la acción y a las pretensiones concretas de la demanda.

En el caso que se estudia, la demanda claramente ubicó la acción incoada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo o sea, la de restablecimiento del derecho que se funda en la anulación de un acto administrativo.

La petición principal radica en la anulación del acto consistente en una reclasificación arancelaria que por su naturaleza carece de

cuantía y su impugnación cabe perfectamente ante el Consejo de Estado en proceso de única instancia por debatirse un acto de carácter nacional y conforme al ordinal 3º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, como acertadamente lo expresó el demandante.

El objetivo buscado en el auto de 23 de septiembre de 1988 fue el de precisar el alcance y sentido de las dos pretensiones consecuenciales de la nulidad que planteó la demanda y que se concretan a la modificación de obligaciones fiscales que se hayan derivado o que en el futuro se deriven de la aplicación de la clasificación arancelaria número 18386 o sea, como dice el reponente, que "sólo se está pidiendo el resarcimiento de los perjuicios que se hayan derivado o deriven, si el acto demandado desemboca en una liquidación de impuestos", en este último caso, en un planteamiento claramente condicional.

De acuerdo con las explicaciones del actor en su escrito de 10 de octubre de 1988, se precisa que al no existir hasta el momento una liquidación concreta de impuestos, no se refiere la demanda a la acción tendiente a la "modificación de una obligación fiscal" que regula el último inciso del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, por lo que resulta innecesario el informe de "cuantía".

Pero entendida una clasificación arancelaria como acto de carácter general como lo titula el artículo 306 del Código de Aduanas, por sí solo no confiere derechos particulares, ni puede vulnerar situaciones concretas consolidadas puesto que sus efectos son para el futuro (parágrafo art. 302 del C. de Aduanas); los producirá cuando tenga aplicación concreta en un caso individual.

Pero entonces será acusable por la vía del artículo 85 ese acto, o sea, el liquidatorio de impuestos con el cumplimiento de los respectivos requisitos.

Por otra parte, en cuanto a la petición de los perjuicios que se lleguen a derivar en el futuro, es técnicamente una pretensión improcedente dentro de las características de la acción de restablecimiento del derecho del artículo 85, acción que parte del supuesto de que se haya causado un daño o violado un derecho, mas no se encamina a prevenir futuras situaciones ni a decretar previamente indemnizaciones por eventuales daños.

Con el objeto de ampliar la fundamentación de las anteriores consideraciones la Sala Unitaria considera necesario exponer en forma suscinta su criterio sobre el ejercicio de las acciones contenciosas en esta materia y con relación al caso concreto planteado.

Como se sabe, la impugnación de los actos administrativos puede hacerse por las vías consagradas en los artículos 84 y 85 del Decreto 01 de 1984, o sea, las de nulidad y de restablecimiento del derecho.

La primera cabe como acción ciudadana sin sujeción a término de caducidad y puesto que tiene por finalidad proteger la juridicidad

de una manera objetiva, puede intentarla cualquier persona. La segunda, en cambio, por tener por fin primordial restablecer un derecho individual vulnerado, solamente puede intentarla el afectado y mediante cumplimiento de algunos requisitos especiales como el de la previa discución ante las autoridades gubernamentales, el pago o garantía del monto cuando se trate de impuestos y ejerciéndola dentro del término de caducidad de 4 meses.

En principio, pues, técnicamente no cabe acción de restablecimiento del derecho contra un acto de carácter general, como es la clasificación de unos bienes dentro de una posición arancelaria, ya que siendo ésta impersonal y objetiva por sí sola no confiere ningún derecho, ni causa un perjuicio, sino cuando tiene aplicación concreta en un caso individual.

La segunda acción, o sea la de restablecimiento del derecho constituida como vía para resarcir al individuo los daños causados por la actuación ilegal de la Administración. Cuando tal actuación tiene por objeto fijar el monto de una obligación fiscal, la acción, que es la misma del artículo 85, tiene por objetivo concreto que "se modifique una obligación fiscal"; esta acción es heredera del juicio especial de revisión de impuestos que consagraba el anterior Código (Ley 167 de 1941) en su artículo 271 y siguientes. Pero, es preciso recordar que los impuestos en ningún caso pueden tratarse como un "perjuicio" indemnizable con igual sentido al de reparación de un daño causado por la Administración.

Los impuestos son una obligación de origen legal cuyo establecimiento y discusión, deben ceñirse "exactamente" (como expresa el ordinal 11 del art. 120 de la C. N.) a los dictados de la ley, lo cual ha consagrado las vías adecuadas para que el contribuyente se defienda de las ilegalidades en que pueda incurrir la Administración, primero por la vía gubernativa y luego por la jurisdiccional en la ya citada acción a que se refiere el segundo inciso del artículo 85.

En resumen de lo expuesto, al no existir liquidaciones de impuesto, no ser viable la acción del artículo 85 en procura de lograr anticipadamente indemnización de posibles daños contra un acto de carácter general que por sí solo no crea derechos particulares, se concluye que no es procedente la demanda incoada por la vía del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, por la cual ha insistido el señor apoderado.

O, en otras palabras, comparado el acto cuya anulación se solicita con las peticiones 2ª y 3ª de la demanda, se observa que aún en el evento de prosperar la nulidad de la clasificación arancelaria, no sería posible el restablecimiento del derecho con relación a liquidaciones tributarias no realizadas, de donde se deduce un *petitum* defectuoso que impediría la decisión del litigio. Esta es una forma de ineptitud de la demanda que imposibilita su aceptación, pues no existiendo demostrado el interés jurídico, la acción impetrada resulta improcedente.

En mérito de lo expuesto, la Sala Unitaria, *decide* no dar curso a la anterior demanda de Occidental de Colombia Inc. (con matrícula mercantil de Bogotá número 88.417) incoada por su apoderado el doctor José Chalela Mantilla, a quien se le reconoce como tal.

Notifíquese y cúmplase.

Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

DEMANDA LABORAL. COMPETENCIA.— Regulación legal.

La norma que regula la competencia de un proceso, en principio, es la vigente cuando se presenta la demanda pero no la que regía el día de la desvinculación.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., nueve de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 2804. Recurso de queja. Actor: Luis Enrique Montilla Sanclemente.

Conoce la Sala del recurso de queja interpuesto por la parte demandada contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Caquetá (fls. 74 y 75) por medio del cual no se concedió el recurso de apelación que la misma parte interpuso contra la sentencia que decidió la acción promovida por Luis Enrique Montilla Sanclemente.

Para negar la concesión del recurso tuvo en cuenta el Tribunal aludido que la asignación correspondiente al cargo desempeñado por el actor no excedía la suma de $ 80.000.00 y los mandatos del Decreto 3867 de 1985, aplicable a partir de 1º de enero de 1986.

La demanda fue presentada el 9 de abril de 1986 (fl. 94).

La parte recurrente apoya su petición para que se declare mal denegado el recurso de apelación, en las siguientes circunstancias: Que el actor fue desvinculado el 10 de septiembre de 1985 cuando su asignación básica era de $ 61.996.00 y en momentos en que no regía el Decreto 3867 de 1985, sino la norma del Código Contencioso Administrativo que establecía la cuantía, para conocer en única instancia, en el valor de la asignación del cargo que no excediera de $ 50.000.00.

Para resolver se considera:

Si bien es cierto que la Sala ha dicho reiteradamente que la asignación del cargo que debe tomarse en cuenta, para los efectos de la cuantía, es la que tenía el cargo en el momento de la remoción del empleado, ello no significa que la norma que deba gobernar la competencia sea igualmente la vigente el día de tal desvinculación como lo pretende la parte recurrente.

La norma que regula la competencia de un proceso, en principio, es la vigente cuando se presenta la demanda pero no la que regía el día de la desvinculación, por la potísima razón de que las normas de

competencia jurisdiccional sólo se aplican cuando alguna parte pone en movimiento la función judicial, lo cual no sucede, como es apenas obvio con la expedición de un acto que desvincule a un funcionario público, sino cuando este presente su correspondiente demanda.

En consecuencia, para nada incide en la competencia del presente asunto la circunstancia de que cuando se desvinculó al actor existiera una cuantía hasta de $ 50.000.00 para que los Tribunales administrativos conocieran en única instancia de los actos de remoción, si por mandato de la ley, tal valor debió ser reajustado a partir de 1º de enero de 1986 a la suma de $ 80.000.00 (art. 265 del C. C. A. y Decreto 3867 de 1985) y era la cuantía vigente cuando se presentó la demanda el 9 de abril de ese año, como ya se dijo.

Entonces, si la asignación mensual correspondiente al cargo que desempeñaba el actor era de $ 61.996.00 forzoso es concluir que el proceso que promovió era de única instancia y, por ende, inapelable cualquier providencia que dictare el Tribunal del conocimiento.

En mérito de lo dicho, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, declara bien denegado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá en el proceso promovido por Luis Enrique Montilla Sanclemente.

Cópiese, notifíquese y envíese al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 28 de octubre de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

ACUMULACION DE PRETENSIONES. COMPETENCIA. CUANTIA.

Cuando se formulan varias pretensiones en una sola demanda, ellas no pueden sumarse para conseguir el efecto deseado (vocación de segunda instancia).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Referencia: 5555. Actor: Martha Cecilia Pombo de Fernández de Soto.

Procede la Sala a decidir sobre la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia calendada el 2 de junio de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso del rubro.

Con tal efecto,

Se considera:

A) La demanda con que se inició el presente proceso de reparación directa y cumplimiento, fue presentada ante la secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 6 de agosto de 1984, según constancia visible a folio 15 vuelto del cuaderno número 1. Para esta fecha, la competencia por razón de la cuantía, para conocer de esta clase de acciones, promovidas contra la Nación...correspondía a los Tribunales administrativos del lugar donde se realizó el hecho, en única instancia, cuando la cuantía no excedía de dos millones de pesos ($ 2.000.000.00), y en primera, en el caso contrario (numerales 10 arts. 131 y 132 del C. C. A., en su orden).

El inciso 3º del numeral 10 del artículo 131 del Código Contencioso Administrativo, preceptúa que cuando sea del caso determinar la cuantía para efectos de la competencia, se hará por el valor de los perjuicios causados, estimados en la demanda por el actor, en forma razonada, conforme al numeral 1º del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil. Esta última disposición pregona que la cuantía se determinará, por el valor de las pretensiones, *al tiempo de la demanda,* sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios, reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquella.

B) Al entrar a hacer un análisis del aspecto vinculado con la cuantía, la Sala se encuentra con las siguientes realidades:

1. Si se toma la pretensión relativa a perjuicios materiales (daño emergente), se tiene que asciende sólo a $ 502.783.05 y $ 140.000.00 (lucro cesante).

2. Si se atiende el monto de la pretensión por perjuicios morales subjetivos, ella montaba a $ 1.471.001.00 según certificación que obra a folio 22.

Dentro del marco de circunstancias anotadas, no queda la menor duda de que ninguna de las pretensiones del libelo demandatorio, alcanza la suma señalada por la ley, para que el asunto tenga vocación de segunda instancia.

C) Finalmente, la Sala reitera en esta oportunidad, que cuando se formulan varias pretensiones en una sola demanda, ellas no pueden sumarse para conseguir el efecto deseado. Así lo enseña la doctrina, como puede verse en el siguiente aparte:

> "Cuando el demandante deduce varias pretensiones acumuladas en una demanda, para determinar la competencia se tiene en cuenta el valor separado de cada una de ellas, siempre que provengan de distintos títulos. Por ende, si en una demanda se ejercitan varias pretensiones, para que sea de mayor cuantía se requiere que una de aquellas pase de trescientos mil pesos (hoy $ 432.000.00 Ley 2ª de 1984), pues aunque sumadas todas ascienden a más de la referida cantidad, la demanda será de menor cuantía. Así, si se solicita ejecución por varias letras de cambio, una debe sobrepasar los trescientos mil pesos para que el proceso sea de mayor cuantía, ya que se trata de varios negocios cambiarios, aun cuando su origen fuere la misma deuda, v.gr. la venta de un bien cuyo precio convenga en cuotas sucesivas o concurrentes. Si ninguna letra supera dicha cifra, computados sus intereses devengados, el proceso será de menor cuantía, a pesar de que todas juntas y sus intereses vencidos alcance suma mayor a trescientos mil pesos" (Morales Molina Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Novena Edición, Editorial A.B.C., Bogotá 1985, pág. 326).

Así las cosas, y siendo el negocio de única instancia, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Unitaria,

Resuelve:

Primero: Es inadmisible el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, por las razones expuestas en las consideraciones precedentes.

Segundo: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previa desanotación en los libros de la secretaría.

Cópiese y notifíquese.

Julio César Uribe Acosta.

Arturo Mora Villate, Secretario.

COMPETENCIA. CUANTIA. Reajuste.

Los reajustes y modificaciones de las cuantías por los decretos posteriores, deberán gobernarse observando los artículos 20 y 21 del Código de Procedimiento Civil o sea preservando las cuantías existentes, de las pretensiones, al momento de incoarse la acción.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiuno de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 497. Demandante: David Díaz Plata y otros.

En cumplimiento del auto de 2 de septiembre de 1987 de esta Sala (disposición II), entra esta Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, Corporación Financiera del Transporte S. A., contra el auto de 12 de marzo de 1986 proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico y que fue confirmado a su vez por auto de 14 de junio de 1986 del mismo Tribunal.

Antecedentes:

1. El mencionado Tribunal a instancia de la mencionada Corporación Financiera mediante el auto recurrido decretó "la acumulación de los procesos de restablecimiento del derecho números 3399, 3400, 3401 y 3402 en que aparecen como demandantes Myriam Díaz Camargo, David Díaz Plata, José Angel Díaz Plata y Flota Roja Limitada y como demandada la Corporación Financiera del Transporte S. A. para continuar tramitándolos conjuntamente y decidirlos en la misma sentencia".

En la parte motiva de dicho auto se afirma que "los cuatro procesos materia de acumulación son de restablecimiento del derecho y del conocimiento del Tribunal en única instancia".

2. Contra el auto anterior interpuso la Corporación recurso de reposición y en subsidio recurso de apelación con el fin de obtener su revocación, a cuyo efecto alegó que por ser la cuantía del proceso número 3402, en que actúa como demandante la sociedad Flota Roja Ltda., de $ 645.803.20, es aplicable el artículo 20 del Código de Proce-

dimiento Civil en armonía con el artículo 132 numeral 9º del Código Contencioso Administrativo y por ello ésta será también la cuantía de los procesos acumulados que así tendrán dos instancias.

3. El Tribunal confirmó su providencia por proveído de 14 de junio de 1976 con el argumento de que con los reajustes hechos por el Decreto 3867 de 30 de diciembre de 1985 en los asuntos del conocimiento de los Tribunales administrativos (art. 131, ordinal 9º del C. C. A.) la nueva cuantía para los negocios de única instancia se fijó en $ 720.000.00. Y de lo cual concluye que los negocios objeto de la acumulación son de única instancia.

Del mismo modo rechazó por improcedente el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente.

4. La Corporación Financiera interpuso el recurso de reposición contra la providencia de 14 de junio de 1976 en cuanto denegó el recurso de apelación y en subsidio pidió la expedición de las copias pertinentes del caso controvertido. Resuelto aquél desfavorablemente por el Tribunal, la Corporación con esas copias interpuso ante el Consejo de Estado —Sección Primera—, el recurso de queja para que se le concediera la alzada y éste por auto de 2 de septiembre de 1987 decidió concederla.

Sustentación del recurso de apelación:

1. En su escrito de 21 de marzo de 1986 alegó la parte recurrente lo siguiente:

"1º Los cuatro procesos cuya acumulación se pidió y fue decretada deben tramitarse por los cauces del procedimiento señalado en el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, todos sin excepción.

"2º La acumulación se decretó, por entenderse que se dan los extremos previstos por el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil, norma esta que rige por analogía esta situación. Se sobreentiende que sin tener ninguna incidencia la cuantía en cada uno de los procesos.

"3º Una vez decretada la acumulación, debe dársele aplicación para orientar el procedimiento en orden a considerar su trámite, al artículo 20 del Código de Procedimiento Civil que a la letra dice: 'La cuantía se determinará así: ... 2º Por el valor de la pretensión mayor cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones'.

"Es decir, la competencia por cuantía está determinada por el valor de la pretensión mayor.

"Así las cosas, nos encontramos frente a un fenómeno de acumulación en el cual figuran acumulados cuatro procesos y en uno de ellos o sea el número 3402. Acción de restablecimiento del derecho de la Sociedad Flota Roja Ltda. contra Corporación Financiera del Transporte S. A., la pretensión determinada por la parte demandante es de seiscientos cuarenta y cinco mil ocho-

cientos tres pesos con 20 centavos moneda legal ($ 645.803.20), o sea de conformidad con la norma transcrita la pretensión mayor la determina la cuantía que acabamos de señalar, en atención a que este proceso se encuentra acumulado a los anteriores. Y como consecuencia, el trámite previsto una vez decretada la acumulación, para todos los procesos involucrados en ella es el establecido en el artículo 132, numeral 9º del Código Contencioso Administrativo.

"Por todo lo anterior, queda claro que de conformidad con la cuantía del proceso que acabamos de indicar, el trámite que tienen que someterse los procesos acumulados es de las dos instancias siguiendo el curso del proceso especial del restablecimiento del derecho, consignado en el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

"Por lo cual se debe enmendar o modificar la providencia recurrida, en el sentido de establecer en la parte resolutiva de la misma que se trata de procesos de mayor cuantía que deben ventilarse en dos instancias".

2. Y en el escrito presentado ante esta Sección el 26 de mayo de 1988 sostuvo:

"1. Las demandas contra la Corporación Financiera del Transporte S. A. fueron presentadas antes de la vigencia del Decreto 3887 (sic) de 1985.

"2. El mismo Decreto establece que los procesos con fecha anterior al primero de enero de 1986, no se altera la competencia en los negocios iniciados antes de su vigencia.

"3. La Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de septiembre 1º de 1987 dijo: 'En aquellos procesos iniciados antes de la vigencia del Decreto 3867, no puede decirse que la competencia inicial haya variado por el simple reajuste o actuación de unos valores depreciados puesto que con tal proceder se estaría cargando sobre las espaldas de las partes una irrazonable alteración de los términos del litigio.

" 'El reajuste monetario de las cuantías en el campo procesal no puede en manera alguna alterar la *litis* en la forma como de antemano se había planteado; si antes el proceso admitía las dos instancias, por la simple equivalencia de valores actuales, no puede afirmarse que en el camino se convierta en uno de única instancia, como antes se dijera'.

"PETICION. Consecuente con lo anteriormente transcrito. les pido reformen el auto apelado, ordenando que se siga el rito procesal de dos instancias".

Consideraciones:

La cuestión que se debe dilucidar, según se desprende claramente de los antecedentes precedentes, gira alrededor de determinar si el negocio acumulado debe ser de dos instancias o de única instancia.

El Tribunal alega que la cuantía mayor, correspondiente al proceso de la Sociedad Flota Roja Ltda. (número 3402), es de $ 645.803.20. Mas según el reajuste hecho por el Decreto 3867 de 1985 a los negocios de restablecimiento del derecho, los de única instancia quedaron en $ 720.000.00. Luego la acumulación sólo permite la única instancia.

Estima la Sala que en el evento *sub lite* debe conservarse la cuantía que venía antes de expedirse el Decreto 3867 de 1985, en virtud de los artículos 20 y 21 del Código de Procedimiento Civil, luego el proceso después de acumulado seguirá siendo de dos instancias.

En efecto:

Existe la norma general del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, según la cual la competencia por razones de la cuantía se determinará "por el valor de las pretensiones al *tiempo de la demanda,* sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a aquélla" (Se subraya).

Y el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil dispone que "la competencia por razón de la cuantía señalada inicialmente podrá modificarse únicamente en los casos que menciona en sus numerales 1 (proceso de sucesión) y 2 (procesos ante Juez municipal, con demanda de reconvención, etc.), dentro de las circunstancias de cada numeral".

Es decir que la preceptiva general es la inmutabilidad de la cuantía y la excepción los casos taxativamente señalados.

Tales preceptos en aras de la seguridad jurídica procesal quieren que desde el mismo momento de la demanda se fije la cuantía de las pretensiones que será la del negocio, para fines de determinar el Juez competente.

Y esto es de significativa importancia en el mundo de relaciones de hoy, en que la inflación signo inevitable de nuestro tiempo, hace que el simple transcurso de éste deprecie el valor de las cosas y sean así menos valiosas cada día que pasa.

El artículo 265 del nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) previó que el Gobierno debía reajustar cada dos años, a partir de 1º de enero de 1986, los valores absolutos que el mismo expresa en moneda nacional, en un porcentaje igual a la variación que para el período bienal que termina el 31 de octubre anterior registre el índice de precios al consumidor, nivel de ingresos medios (empleados) que elabora el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

En virtud de dicho texto se dictaron los Decretos 3867 de 1985 que reajustó los valores absolutos del Código Contencioso Administrativo

para el período comprendido entre el 1º de enero de 1986 y el 31 de diciembre de 1987 y el Decreto 2269 de 25 de noviembre de 1987, que hizo lo propio, con vigencia de 1º de enero de 1988.

Posteriormente y en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por la Ley 30 de 1987, éste expidió el Decreto 597 de 5 de abril de 1988 por el cual, entre otras cosas, se modificaron las cuantías del Código Contencioso Administrativo y así mismo las competencias del honorable Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos.

Igualmente previó el Decreto que los valores expresados en moneda nacional en el mismo, se reajustaran en un cuarenta por ciento (40%) cada dos años, desde el 1º de enero de 1990 y se siguieran ajustando automáticamente en el mismo porcentaje y en la misma fecha.

3. El nuevo Código Contencioso Administrativo dio reglas para afrontar la situación que se presentaba con el cambio de legislación y por ello la competencia del honorable Consejo de Estado y de los Tribunales, en única y primera instancia, con el tránsito legislativo en cuestión, no ofreció dificultad alguna.

Mas los reajustes y modificaciones de las cuantías por los Decretos posteriores, según el relato que se hizo en el punto 2 anterior, deberán gobernarse a juicio de la Sala, observando los artículos 20 y 21 del Código de Procedimiento Civil o sea, preservando las cuantías existentes de las pretensiones al momento de incoarse la acción, porque —se repite— no se somete así a los litigantes a los vaivenes naturales e inevitables de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pues la inflación constituye en los días de hoy fenómeno económico común y corriente insalvable y con el cual necesariamente deben convivir los países. Si tuvieran que mutarse las competencias por razones del cambio de las *cuantías* que apareja la inflación y que es, en verdad, lo que recogen los ordenamientos que periódicamente ordenan reajustes de ellas, se introduciría incertidumbre e inestabilidad procesal entre las partes del proceso porque nada más ineludible resultaría ser que el valor fijado en la demanda nunca regiría la competencia del asunto, en razón de que con seguridad el mismo habría de sufrir un posterior reajuste legal automático al cabo de algún tiempo. Tan evidente es esto que el último decreto sobre la materia y actualmente en vigor antes comentado, esto es, el 597 de 1988, precisamente definió normativamente la cuestión diciendo "que la vigencia de los aumentos porcentuales a que se refiere el inciso anterior (el reajuste automático bienal del 40%) *no afectará la competencia en los asuntos cuya demanda ya hubiese sido admitida*" (art. 4º) (Se subraya).

El asunto controvertido, entonces, es de dos instancias y así habrá de entenderlo y proceder el Tribunal *a quo*.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, revoca el auto recurrido de 12 de marzo de 1986 en cuanto considero de única instancia el presente negocio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

TESTIMONIO.— Ratificación. INDAGATORIA.— Valor probatorio.

La ratificación de los testimonios tiene por objeto, que la prueba que se haya practicado sin conocimiento de la parte contraria pueda ser controvertida, que es el elemento primordial en todo medio probatorio.

En penal la confesión no es plena prueba mientras que en el campo civil y administrativo sí, respecto de los asuntos susceptibles de acreditarse por este medio probatorio.

CONFESION. Valor probatorio.

No vale la confesión espontánea de los representantes judiciales de la Nación, los Departamentos, y las Intendencias, las Comisarías, los Municipios y los establecimientos públicos.

CARGA DE LA PRUEBA.

La conducta de los apoderados debe estar orientada a proporcionar los medios probatorios suficientes para la formación del conocimiento del Juez sobre los hechos constitutivos de la causa petendi.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., primero de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Proyectó: *Inés Hurtado Cubides.*

Referencia: 5228. Actor: Luis Elías Acevedo R. y otros.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 18 de septiembre de 1987.

I

La sentencia apelada:

El *a quo* culminó la instancia con sentencia denegatoria de las súplicas de la demanda, conclusión a la que llegó, después de discurrir dentro del siguiente marco:

"1. El Municipio de Bello es responsable, según los actores, porque el agente de Seguridad y Control que le disparó a uno de ellos, Luis Elías Acevedo, hizo 'uso indebido e innecesario de su arma...'

"2. De acuerdo con reiterados criterios jurisprudenciales, la falta del servicio se concreta y da origen, por tanto, a la indemnización correspondiente, si se demuestran los siguientes elementos: a) La falla del servicio por acción, omisión, retardo o ineficacia del mismo; b) El daño, lesión o perturbación a un bien protegido por el derecho, y c) Un vínculo de causalidad entre la falla y el daño.

"3. Es pues necesario ver si los elementos axiológicos de que se trata se configuran en este proceso.

"4. *La falla del servicio.*

"Obra en los autos —folios 50 y siguientes— copia de una parte del proceso adelantado por el Juzgado Primero Penal Municipal con motivo de los mismos hechos que originaron las lesiones sufridas por el demandante Luis Elías Acevedo Rodas. Se trata de declaraciones de testigos, reconocimientos médicos practicados al lesionado, indagatorias rendidas por éste y el señor Antonio Sepúlveda, etc. Pero el Tribunal no podrá ocuparse del análisis de los testimonios porque sus autores no los ratificaron de conformidad con lo que prescribe el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil.

"4.1. La ratificación era necesaria porque, tal como lo ha sostenido reiteradamente el máximo organismo de lo Contencioso Administrativo, la intervención del Estado en el proceso penal es diferente a la que el mismo cumple cuando actúa como parte en los procesos de restablecimiento de derechos subjetivos. En síntesis, el Estado no ostenta el carácter de parte en el ámbito penal. Cabe traer a cuento sobre el particular lo que anota el profesor Carlos Betancur Jaramillo en su obra Derecho Procesal Administrativo, segunda edición, página 305:

"'...Las controversias contra la administración necesariamente sitúan a éste como parte demandada por lo que siendo ella parte debe gozar de las garantías procesales que son básicas en todos los juicios. La disposición constitucional relativa a que nadie puede ser juzgado sin la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, no puede excluir a las personas públicas; y como la publicidad de la prueba, que implica la oportunidad para controvertirla, es condición para que ella valga, no puede tenerse como elemento probatorio lo que se presenta como tal, cuando esa oportunidad no ha existido. Es equivocado pensar que por el hecho de que en desempeño de la función penal que asiste al Estado los competentes órganos o funcionarios de éste hayan determinado en un caso dado el delito y el delincuente, la infracción y el infractor, las partes y las resultas del proceso judicial administrativo. Esta identificación es imposible no sólo porque en el procedimiento penal no es propiamente la administración activa la que concurre, ni la concurrencia es como parte

en una controversia, y si en ejercicio del *jus imperii* encaminado a sancionar, sino también porque los objetivos de aquella actividad punitiva son completamente distintos al restablecimiento del equilibrio patrimonial roto por la desigualdad ante las cargas públicas, que es el objeto de la acción indemnizatoria...'

"4.2. Los señores Evelio Antonio Muñoz Duque —folio 39— y Jesús Antonio Sepúlveda —folio 40— presenciaron los hechos en referencia. El primero dice: 'De ese problema me enteré de que pasaba yo por ahí, por la zona de machado, iba yo para Girardota el domingo de resurrección cuando el caso de Luis Acevedo. Este, salió *con una varilla a pié*, rumbo a Girardota, detrás de un señor que no sé quien era. *En esas salió otro detrás y le disparó* con un revólver. Iba de civil; yo no oí sino un solo tiro. Yo no me quedé ahí porque mi mamá nos enseñó a huir del peligro...'

"4.3. Jesús Antonio Sepúlveda expresa: '...En ese momento, antes de llevarme a Bello, ví que trajeron a Luis como muerto *pero no me dí cuenta qué le había pasado pero luego supe que estaba herido*. Luis cuando yo estaba cuidando el carro, se estaba defendiendo de unos tipos que le estaban pegando. *Yo oí el tiro pero como había tanta gente no supe quien se lo hizo*...Nosotros no tratamos mal a nadie, al contrario, ellos nos decían de todo y nosotros nos aguantábamos. Pero no podíamos irnos porque el carro estaba varado. Elías viendo que nos iban a dar sacó una *varilla y resultó que con el que estaba dándose, era la ley*...' (Estas y las demás subrayas son de la Sala).

"4.4. Las dudas que dejan estos declarantes sobre la identidad de la persona que hizo el disparo las despeja el Alcalde de Bello, cuando anota a folio 19: 'El 11 de abril de 1982, a eso de las ocho de la mañana el señor *Luis Acevedo Rodas*, en avanzado estado de embriaguez y en compañía de otras personas en las mismas circunstancias, obstaculizaba la vía pública mediante un vehículo de servicio particular que al parecer estaba varado, ante solicitud de las personas que en el mismo día y hora hacían parte de una procesión y de los conductores de numerosos vehículos que a esa hora circulaban por la vía y a quienes interrumpía el normal desplazamiento, el demandante se armó con un objeto contundente atentando contra la integridad física de los ciudadanos. Mediante previa llamada telefónica a Seguridad y Control, se hicieron presentes en el lugar los agentes de la dependencia entre los que se encontraban Antonio Arteaga, Juan Henao y otros, en el preciso momento en que el señor Acevedo Rodas agredía a un ciudadano. El agente Juan Henao le gritó el alto correspondiente y haciendo caso omiso le lanzó un golpe con una varilla y continuó corriendo hacia su víctima. Ante esta situación el secreto *Antonio Arteaga también lo intimó* a que se detuviera y el energúmeno, nuevamente desoyendo la orden, atacó al representante del orden quien no tuvo más alternativa que efectuarle un disparo'.

"4.5. Es, pues, el representante legal y administrativo de la entidad territorial el que confirma que, realmente, fue Antonio Arteaga, agente de Seguridad y Control, esto es, integrante de

'la ley' como suele decirse en el argot popular, el que hizo el disparo que lesionó a Luis Elías Acevedo Rodas. Debe concluirse entonces, en principio, que la entidad ha de responder por los perjuicios que se reclaman porque fue un agente suyo el que causó las lesiones al demandante. Existen, sin embargo, en el expediente elementos de convicción que dan a entender que la conducta del servidor oficial no fue injusta e ilegal. En efecto:

"4.6. Es importante anotar que el representante del municipio no demostró su versión de los hechos porque se abstuvo de presentar los testigos que anunció en su memorial de respuesta a la demanda. Quedan entonces disponibles únicamente la declaración de quien acompañó al señor Acevedo durante su periplo por distintos municipios del sur del Departamento y la versión de Evelio Antonio Muñoz Duque, quien fue testigo de lo ocurrido en aquel día trágico. Se expresa así el compañero de Acevedo, Jesús Antonio Sepulveda: '...Nada, cayeron desprevenidos, dando madera y nos agarramos con ellos. Luego, a los días, nos dimos cuenta que eran de la ley. *Preguntado:* Díganos si antes de dispararle al señor Luis Acevedo, le hicieron alguna amonestación o el disparo fue intempestativo? *Contestó:* Llegaron fue de una. *Preguntado:* Qué arma tenía usted? *Contestó:* Las armas que teníamos era una varilla de hierro. *Preguntado:* Quién de ustedes utilizó la varilla? *Contestó:* Luis Acevedo...'

"4.7. La exposición anterior indica:

"a) Que Elías Acevedo tomó con sus manos una varilla para defenderse y 'se estaba dando' con personas que hacían parte de 'la ley'; b) Que aquellos —los de 'la ley'— cayeron 'desprevenidos', 'dando madera' y Acevedo y el testigo se 'agarraron' con ellos, 'nos agarramos con ellos', dice textualmente. Cabe entonces preguntar: Es posible concluir, con la certeza que en estos casos se requiere, que el agente del municipio actuó injustamente, esto es, que sus contrincantes no lo agredieron y no ofrecían, además, ningún peligro para su vida, cuando ha quedado claro que 'estaba agarrado' con varias personas, una de las cuales portaba una varilla de hierro en sus manos? La Sala cree que no, que tal conclusión no resulta razonable y lógica en circunstancias como esta. Y es, precisamente, la anterior narración del testigo la que aclara una respuesta posterior suya: 'Díganos si antes de dispararle al señor Luis Acevedo, le hicieron alguna amonestación o el disparo fue intempestivo'? Contestó: 'Llegaron fue de una'. El deponente no pudo haberse referido al instante mismo del disparo, porque ya había dicho anteriormente que se 'estaban dando' con *la ley*.

"Cabe destacar la siguiente respuesta dada por el mismo declarante a una pregunta del apoderado del demandante: 'Cree usted de acuerdo a las condiciones de la pelea que los agentes tuvieron necesidad de dispararle a don Luis? Contestó: Hay un factor, yo digo, como ellos no se identificaron sino que llegaron acabando con todos *entonces Luis se defendió*. No es más'. Esto precisa que le llegaron 'de una' no puede hacer relación al momento en que se produjo el disparo.

"4.8. Así, pues, se repite, la exposición del amigo y compañero de Acevedo descarta la idea de que el agente hizo el disparo sin que hubiera mediado ninguna provocación de parte de la víctima. Ha quedado bien demostrado que ese disparo surgió cuando forcejeaban varios hombres, uno de los cuales tenía una varilla de hierro en sus manos. Y muchos tragos posiblemente. Obsérvese que Sepúlveda acepta haber ingerido con el demandante algunos tragos. Así, dice 'esa mañana estaba muy fría y habíamos tomado pero poco así como de uno poder conducir'. La forma como reaccionó Acevedo a los reclamos de los conductores de vehículos que se encontraban en el lugar indica que había tomado mucho licor o que éste lo afecta notablemente.

"4.9. Es necesario reflexionar sobre los 15 días que, según su propia confesión, permaneció en la cárcel el acompañante de Acevedo. Es razonable pensar que la autoridad castigue con un arresto tan drástico a una persona que no provocó a nadie, que se limitó a defenderse *adecuadamente?* Tampoco lo cree el Tribunal, salvo, desde luego, que los funcionarios oficiales hubiesen incurrido en un lamentable error de hecho o actuado con fines protervos, pero ello no fue acreditado por quien tenía la carga de hacerlo: El demandante.

"4.10. Evelio Antonio Muñoz Duque no coincide en su exposición con el declarante anterior: 'De ese problema me enteré de que pasaba yo por ahí, por la zona de machado, iba yo para Girardota el domingo de resurrección cuando el caso de Luis Acevedo. Este, salió con una varilla a pié, rumbo a Girardota, detrás de un señor que no sé quién era. En esas salió otro detrás y le disparó con un revólver. Iba de civil, yo no oí sino un solo tiro. Yo no me quedé ahí porque mi mamá no enseñó huir del peligro...'

"Como se ve, Muñoz Duque da la idea de haber percibido muy imperfectamente los acontecimientos, o de no haberlos relatado con la precisión y la fidelidad debidas ante el Tribunal, porque pasa por alto la 'varada' del vehículo de Acevedo, las protestas de los conductores perjudicados y la pelea que sostuvieron la víctima y sus acompañantes con los agentes de seguridad y control y otras personas.

"4.11. Es evidente que Antonio Sepúlveda estaba en condiciones de hacer una más completa narración de los sucesos anteriores y concomitantes al disparo, porque participó al lado de Acevedo en la trifulca con los conductores de vehículos automotores y los agentes de Seguridad y Control.

"5. Se concluye, en consecuencia, que los elementos de convicción existentes en el proceso no permiten afirmar que la conducta del agente fue ilegal e injusta. Tampoco permiten deducir que fue desproporcionada a la acción de Luis Elías Acevedo. Por el contrario, todo da a entender que el servidor público trató de protegerse —con cierta prudencia, porque no hizo el disparo a los órganos vitales del demandante—, del peligro que éste ofrecía

cuando resolvió salir a castigar a las personas que reprochaban su conducta y se encontró con los agentes que trataron de controlarlo.

"6. Se impone entonces un fallo denegatorio de las pretensiones de la demanda porque no se demostró que el Municipio de Bello hubiese incurrido en una falla del servicio de Seguridad y Control que le corresponde prestar".

II

Alegato presentado por la parte demandada:

En la oportunidad procesal correspondiente, el Alcalde del Municipio de Bello, invocando su calidad de tal, presentó el alegato de conclusión, que aparece a folios 90 y siguientes. En el aludido escrito se hacen las siguientes valoraciones jurídicas y fácticas:

"La prueba aportada al proceso merece los siguientes comentarios:

"a) En la ampliación de la denuncia de Luis Acevedo Rodas contra el agente de Seguridad y Control, la cual vale parte de la prueba traslado (sic) el demandante afirma:

"A folio 69 vuelto: 'Después de que repartimos la orquesta, ya eran las tres (3) de la mañana o más tarde, decidimos irnos a Girardota. *Nosotros sí tomamos aguardiente* por el camino, porque por la autopista no fuimos y también entramos un rato a Tres Jotas, y *nos tomamos algunos aguardientes*';

"b) Uno de los acompañantes del actor, el señor Jesús Antonio Sepúlveda, en la indagatoria rendida ante la Inspección Primera, afirma:

"A folio 64: 'A qué hora lo retuvieron a ustedes, hombre no sé que horas serían porque estaba *bastante borracho*'.

"Si nos atenemos a lo afirmado por el actor y su acompañante, sin necesidad de mucha suspicacia, nos damos cuenta que el actor después de trabajar hasta casi las tres (3) de la mañana, prosiguió en su periplo etílico hasta las ocho (8) a.m., hora en la cual sucedieron los hechos. Es que el estado de ánimo del actor no podría ser peor, después de una larga jornada de repartir a todos y cada uno de los músicos, continuar bebiendo hasta las primeras horas del día; es que si el trasnocho por sí solo indispone el ánimo, agregándole alcohol, produce situaciones impredicibles (sic).

"Es por ello, que el mismo Código Civil Colombiano en su artículo 2345 establece la responsabilidad del ebrio;

"c) En el momento de los hechos, está demostrado a través de todo el acervo probatorio, que el actor y sus acompañantes se encontraban tratando de desvarar su vehículo y por el obstáculo que constituía en la vía, se presentaron problemas con los otros conductores lo cual se demuestra con las siguientes citas:

"A folio 2: 'Después de los insultos consabidos vino la reacción de éste, quien se apeó del vehículo con una varilla en la mano a perseguir el buscapleito'.

"A folio 39: 'Dice Evelio Antonio Muñoz, éste (Luis Acevedo) salió con una varilla a pié, rumbo a Girardota detrás de un señor que no sé quién era'.

"A folio 51: 'Evelio Antonio Muñoz declara, únicamente vi cuando iba con la varilla en la mano detrás de otro tipo'.

"En la indagatoria Luis Acevedo Rodas dice a folio 57: 'Mejor dicho yo le arranqué al cliente con un tubo o con una varilla, no sé qué sería eso y en el momento que yo le arranqué al cliente otro me disparó por detrás'.

"Ahora, si se analiza la ratificación del informe de Seguridad y Control el señor Juan Henao Velásquez.

"A folio 67: 'En las horas de la mañana recibió una llamada en Seguridad y Control donde informaban que en Machado cerca del puente habían varios individuos en estado de embriaguez en un vehículo fomentando escándalos y poniendo problemas a toda persona que pasara por el lugar' y más adelante agrega: 'Cuando yo lo ví venir en persecución de un individuo, iba hacia nosotros, pero persiguiendo a otro, yo fuí a detenerlo y *él me lanzó un varillazo* y yo me le retiré, yo antes le salí y le dije, hombre de parte de Seguridad y Control, deténgase y me dijo que Seguridad y Control y qué hijueputas y siguió para adelante, entonces más adelante se encontró con el agente Arteaga, que también llegó en la patrulla con nosotros, *y le mandó un varillazo* que si Arteaga no se le tira a un lado hasta lo habría matado, el agente al verse agredido por éste sujeto, tuvo que hacer uso del arma de dotación'.

"Es que la declaración del agente Henao son sinceras y además encuentran apoyo, en la versión de uno de los acompañantes del actor cuando éste, o sea, Jesús Antonio Sepúlveda en su testimonio dice:

"A folio 40: 'Nosotros no tratamos mal a nadie al contrario, ellos nos decían de todo y nosotros nos aguantamos, pero no podíamos irnos porque el carro estaba varado. Elías viendo que nos iban a dar sacó un varilla y *resultó que con el que estaba dándose, era de la ley*'.

"Esto prueba, que el actor señor Luis Elías Acevedo, en su estado de ebriedad, armado de varilla arremitió (sic) contra personas que estaban en el sitio, y no contento con poner en peligro la vida de terceras personas, no hizo caso alguno a la presencia de los agentes de Seguridad y Control sino que contra ellos también arremetió, viéndose obligado el agente hacer uso de su arma de dotación oficial con el fin de salvar la vida del tercero y la suya propia.

"Y es que la forma de actuar del agente tiene su respaldo legal, ya que el reglamento de servicio de vigilancia Urbana y

Rural para la Policía Nacional establece que se puede hacer uso del arma cuando se trata de deponer las armas y objetos que sirvan de mortal amenaza a un tercero y la orden no fuere cumplida al mandato del agente. A renglón seguido el Estatuto en mención dice que se podrá disparar al espacio o al sujeto, procurando causarle el menor daño posible, el suficiente para salvar la vida del agredido e impedir que continúe la agresión. Y es que la actuación del agente Arteaga está ceñida a lo que ordena el reglamento.

"La jurisprudencia ha señalado que la Administración responde por los perjuicios causados siempre y cuando concurran los requisitos siguientes:

"a) Una falla o falta del servicio;

"b) Un daño;

"c) Un nexo causal entre la falta de la Administración y el daño.

"Es que no se le puede atribuir falla o falta del servicio al ente municipal por la forma como tuvo que actuar el agente Arteaga, ya que esta conducta fue fruto de la imprudencia y desacato del señor Luis Elías a las voces de la autoridad, como consecuencia del estado de ebriedad y furia paranóica; su actuar fue determinante para que el agente utilizara su arma. Es que no sólo estaba protegiendo la vida de un tercero, sino también la propia".

III

Conducta procesal del apoderado de la parte actora:

No obstante que mediante providencia de noviembre 13 de 1986, visible a folio 89, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, el apoderado de los demandantes, no lo hizo. A pesar de esta realidad procesal, el sentenciador procede a revisar el fallo recurrido, sin el auxilio de sus apreciaciones de hecho y de derecho.

IV

Concepto Fiscal:

La señora Fiscal Segundo de la Corporación, solicita a la honorable Sala confirmar la sentencia impugnada, por considerar que no se dan los elementos necesarios para establecer la responsabilidad administrativa del Municipio de Bello. En el escrito que obra a folios 116 y siguientes, se lee, en lo pertinente:

"De las pocas pruebas allegadas al proceso, es de resaltar lo siguiente:

"a) El declarante Emilio Antonio Muñoz (fl. 39), manifiesta: El señor Luis Acevedo salió con una varilla detrás de un señor, en dicho momento recibió el disparo realizado por una persona de civil;

"b) Jesús Antonio Sepúlveda, narra: El señor Luis Acevedo, se estaba defendiendo de unos tipos que le estaban pegando, se defendió con una varilla y resultó que con el que estaba dándose era la ley, agrega, que el señor Acevedo había tomado.

"Otras declaraciones rendidas ante la justicia penal ordinaria, no fueron ratificadas ante esta jurisdicción, lo cual no permite su apreciación como plena prueba; sin embargo, al igual que las anteriores diligencias en nada apoyan lo manifestado por la parte demandante.

"La ratificación del informe del señor Juan José Velásquez (fl. 67) dice que él, los otros agentes y un ciudadano, fueron atacados con una varilla por parte del señor Luis Elías Acevedo Rodas, lo cual motivó el disparo realizado por el agente Arteaga. El señor Acevedo Rodas, expresó a la justicia penal que utilizó un machete y después aclara que una varilla; imprecisión que unida a la indagatoria presentada por el señor Sepúlveda (fl. 65) al no recordar la hora en que lo retuvieron, porque se encontraba 'bastante embriagado', le resta credibilidad a sus dichos y confirma lo ratificado por Henao Velásquez.

"No se presentó falla del servicio, no solamente porque la autoridad municipal de Bello acudió oportunamente al lugar de los hechos, sino además en consideración a que su actuación no fue excesiva o irregular; fue su intervención acorde con sus funciones y protegiendo su integridad y la del ciudadano que era perseguido por el señor Luis Acevedo".

V

Consideraciones de la Sala:

La Sala prohijará el fallo apelado, aunque por razones diferentes a las que tuvo el *a quo*, como pasa a precisarse.

A) No se demostró la falla del servicio. En efecto: Sólo existen en el plenario dos declaraciones orientadas a la demostración de los hechos constitutivos de la *causa petendi*, rendidas por los señores Jesús Antonio Sepúlveda y Evelio Antonio Muñoz Duque, quienes declaran por constancia personal.

El primero de los nombrados, es un conductor de oficio, dueño del carro en el cual viajaba en compañía de la víctima y un ayudante, el día once de abril de 1982, por la carretera que de Bello conduce al Municipio de Girardota, a la altura del sitio denominado "Machado". En este lugar detuvieron la marcha, con el objeto de tomarse "un tinto", porque "...estaba haciendo mucho invierno". Al tratar de

emprender la marcha, el vehículo no prendió y al empujarlo, quedó atravesado en la vía pública, lo que causó desórdenes. Su relato es el siguiente:

"...y estando yo ahí cuidando el carro llegó un tipo dando madera como si fuera mi papá y me castigó y me metieron a la cárcel, ese tipo no sé quién era. Primero me dio con la mano y luego de cachazos con el revólver. Hubo primero la 'pela', me maderió y me cogió y me metió a un carro ahí, particular, luego me llevaron a Bello, ví que trajeron a Luis como muerto, *pero no me dí cuenta qué le había pasado pero luego supe que estaba herido. Luis cuando yo estaba cuidando el carro, se estaba defendiendo de unos tipos que le estaban pegando, yo oí el tiro pero como había tanta gente no supe quién se lo hizo...*" Nosotros no tratamos mal a nadie, al contrario. Ellos nos decían de todo y nosotros nos aguantábamos. Pero no podíamos irnos porque el carro estaba varado. Elías viendo que nos iban a dar sacó una varilla y resultó que con el que estaba dándose era de la ley... *Preguntado:* Díganos si alguna persona le manifestó a usted o a don Luis que no pelearan y que eran agente de la policía? *Contestó:* "Nada, cayeron desprevenidos, dando madera y nos agarramos con ellos. Luego, a los dos días, nos dimos cuenta que eran de la ley..." (fls. 40 y ss.).

Evelio Antonio Muñoz Duque.

Es un pintor de profesión, conocido del demandante, desde hace 8 ó 10 años, por razones de vecindad, en el barrio Miranda, de Medellín. Es un ocasional transeúnte por el sector donde se desarrollaron los hechos, en los cuales resultó lesionado Luis Elías Acevedo. Se encontraba allí, de paso para Girardota, un domingo de Resurrección, circunstancia de frecuente ocurrencia, porque, como dice el declarante "...es muy común que la gente viaje a Girardota a pagar promesas y estamos mucha gente en esas..."

Dijo:

"...iba yo para Girardota el domingo de Resurrección cuando el caso de Luis Acevedo. Este, salió con una varilla a pié, rumbo a Girardota, detrás de *un señor que no sé quién era. En esas salió otro detrás y le disparó con un revólver. Iba de civil;* yo no oí sino un solo tiro. Yo no me quedé ahí porque mi mamá nos enseñó a huir del peligro. Yo estaba como a una distancia de unos cuatro o cinco metros. El señor Luis cayó al suelo pero ya no supe de más. *Preguntado:* Díganos quién era la persona que lanzó el disparo contra Elías Acevedo? *Contestó: 'No sé, nunca la había visto. No puedo decir siquiera si era autoridad. Eso hace por ahí unos tres años, pero no recuerdo la fecha exacta. Ese día transitaba por ahí mucha gente...'* (fls. 39 y ss.)" (Subrayas de la Sala).

Los testimonios anteriores no alcanzan a ser demostrativos de la falla del servicio que presenta la demanda, pues no obstante que uno de los deponentes, Jesús Antonio Sepúlveda, participó directamente en los hechos, en que resultó herido el demandante, desconoce qué fue lo que le ocurrió a éste, y quién hizo el "tiro" que él simplemente

"oyó". El otro declarante, Evelio Antonio Muñoz Duque, pasaba por el sitio ocasionalmente, y vio que un señor que "iba de civil", le disparó a Acevedo con un revólver, pero nunca había visto a esa persona, de la cual ni siquiera puede afirmar "si era autoridad". Verificado el texto de los testimonios que son objeto de análisis, se puede concluir que los hechos se desarrollaron en un ambiente de confusión, de desorden y de gritos, enmarcado dentro de unas particulares circunstancias de abundante tráfico de peregrinos que viajaban a Girardota a pagar promesas, por ser un domingo de Resurrección. Esto explica que los testimonios sean confusos, vagos e imprecisos, lo que impide que sean eficientes en la demostración del hecho concreto, como es la autoría del disparo que lesionó al actor.

A lo anterior se agrega que para el sentenciador es inexplicable, por decir lo menos, la conducta del testigo Evelio Antonio Muñoz Duque, quien, diciéndose vecino del demandante, por ocho o diez años, vé cuando éste cae al suelo, según sus propias palabras, y, sin embargo, se aleja del sector, sin prestar el más mínimo auxilio a su amigo. Iba acompañado de un muchacho Jairo, de quien no recuerdo el apellido, y que ya es "finado" (fl. 140).

Situación similar a la que se deja descrita, se presenta en relación con la declaración de Jairo de Jesús Moreno Zuleta, quien declaró en el proceso penal. La Sala no aprecia esta probanza, porque, como se dirá más adelante no fue ratificada en este proceso.

Dentro del marco anterior de incertidumbre y dudas, la Sala no le da valor probatorio alguno a tales testimonios.

B) En el libelo demandatorio, y bajo el epígrafe *"testimonial"* (fl. 12), el apoderado pide, para demostrar la ocurrencia de los hechos, las declaraciones de los señores Balmore Tobón Ochoa; Jairo de Jesús Moreno; Jesús Antonio Sepúlveda y Evelio Muñoz Duque. Estos dos últimos testimonios ya fueron objeto de análisis y valoración. En relación con Jairo de Jesús Moreno Zuleta, aunque aparece rindiendo declaración dentro del proceso penal, como puede verse a folio 50, su testimonio no fue ratificado, como lo exige la ley y lo precisa la jurisprudencia nacional, para que la parte frente a la cual pretende aducirse la prueba, tenga el derecho de contrainterrogar.

Sobre la necesidad de ratificar los testimonios recibidos sin audiencia de la otra parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha dicho:

> "En efecto, la ratificación tiene por objeto, que la prueba que se haya practicado sin conocimiento de la parte contraria pueda ser controvertida, que es elemento primordial en todo medio probatorio, pues da la oportunidad para debatir la prueba misma en el momento de su producción, en este caso, a través del contrainterrogatorio y tacha. Se ve claro, entonces, que la ratificación sea indispensable, si en el proceso en que se produjo la declaración no intervino como parte la persona respecto a la cual se trata de hacer valer el testimonio; pero no se explicaría la ratificación cuando ésta se haya recibido en juicio en que ha sido parte quien tiene el mismo carácter en el proceso donde va

a obrar dicha probanza..." (Sentencia de julio 17 de 1959. Magistrado ponente: Doctor Hernando Morales Molina. G. J. Tomo XCI. pág. 23).

C) Respecto de la indagatoria rendida por el señor Luis Elías Acevedo ante la Inspección Primaria Municipal de Policía de Bello el 15 de abril de 1982 (fls. 56 y ss.), la Sala tampoco la valora, pues siendo del mismo demandante, sus afirmaciones, que lo favorecen, no tiene relevancia probatoria. Además, y como es bien sabido, tal diligencia se practica sin la formalidad del juramento, en ella no se puede contrainterrogar al sindicado por ninguna de las partes, aspectos sobre los cuales difiere sustancialmente del interrogatorio de parte, y también del testimonio. En sentencia de 22 de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988), expediente número 5090. Actor: William A. Potes Vergara. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta, sobre el mismo tema, la Sala dijo:

"...Tampoco acertó el *a quo* al valorar, con miras a dar por probada la falla del servicio, la indagatoria rendida por el sindicado...En este aspecto no puede perderse de vista que en penal la confesión no es plena prueba mientras que en el campo civil y administrativo sí, respecto de los asuntos susceptibles de acreditarse por este medio probatorio. En la indagatoria el sindicado no puede ser interrogado sino por el Juez, nunca por otro interesado en la investigación del delito. En la recepción de la prueba testimonial, la contraparte puede contrainterrogar al deponente, lo que no puede ocurrir en la citada diligencia penal. La indagatoria se rinde sin juramento, el interrogatorio de parte, en materia civil, administrativa, lo exige como formalidad sustancial..."

D) Es verdad que el representante legal del Municipio de Bello, confesó, al momento de contestar la demanda, que el autor del disparo fue un agente vinculado al referido ente administrativo. En el escrito correspondiente, se lee:

"...Mediante previa llamada telefónica a Seguridad y Control, se hicieron presentes en el lugar los agentes de la dependencia entre los que se encontraban Antonio Arteaga, Juan Henao y otros, en el preciso momento en que el señor Acevedo Rodas agredía a un ciudadano. El agente Juan Henao le gritó el alto correspondiente y haciendo caso omiso le lanzó un golpe con una varilla y continuó corriendo hacia su víctima. *Ante esta situación el secreto Antonio Arteaga también lo intimó a que se detuviese y el energúmeno, nuevamente desoyendo la orden, atacó al representante del orden quien no tuvo otra alternativa que efectuarle un disparo...*" (fl. 19) (Subraya la Sala).

La anterior manifestación no puede aceptarse a la luz de la ley, pues el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil, dispone:

"No vale la confesión espontánea de los representantes judiciales de la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, *los Municipios* y los establecimientos públicos.

"Tampoco podrá provocarse confesión mediante interrogatorio de dichos representantes, ni de las personas que lleven la representación administrativa de tales entidades..." (Subraya la Sala).

El Alcalde ostenta la representación judicial y administrativa del municipio (Constitución Nacional, art. 200; art. 3º de la Ley 28 de 1974 y art. 149 del C. C. A.). A la luz de lo pregonado en el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil, transcrito antes, la confesión del Alcalde de Bello no la valora la Sala, como sí lo hizo el *a quo*, por las razones ya anotadas.

F) Fluye de todo lo dicho, que las pretensiones del demandante serán despachadas en forma desfavorable, porque, como ya se dijo, no se demostró la falla del servicio, pues ni siquiera se probó que el autor del disparo estuviese vinculado a la administración municipal. No se practicó toda la prueba testimonial deprecada en el libelo demandatorio, ni se ratificó en su totalidad la que fue recibida en el proceso penal. No se libró el oficio al señor Jefe de Seguridad y Control del Municipio de Bello, para que certificara en la forma solicitada por el apoderado del demandante, quien ni siquiera se dio por enterado de esta situación. Así las cosas, deviene un fallo adverso a las pretensiones del actor, toda vez que no cumplió con la carga de la prueba, como lo manda el inciso primero del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. La conducta de los apoderados, debe estar orientada a proporcionar los medios probatorios suficientes para la formación del conocimiento del Juez, sobre los hechos constitutivos de la *causa petendi*. En desarrollo de este principio, la Sala ha precisado:

"Es un principio de derecho probatorio que para lograr que el Juez dirima una controversia aplicando las normas de derecho que precisamente han de restablecer el equilibrio violado, es necesario demostrar en forma plena los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho, o nazca la obligación invocada. Así, si el interesado en dar la prueba de los hechos básicos de la pretensión, no lo hace o la da imperfectamente o descuidada, el resultado le será forzosamente adverso.

"Toda resolución en materia contenciosa administrativa debe fundarse en los hechos de la demanda y en las excepciones y descargos de la Administración, si la existencia y verdad, de unos y otros aparecen evidenciados de manera satisfactoria, según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios compatibles con la clase de controversia debatida.

"Ninguna de las partes goza en el proceso colombiano del privilegio especial de que se tengan por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de éstas deberá acreditar sus propias aseveraciones.

"Lo enunciado atrás no es más que la traducción del principio de la carga de la prueba; principio que está contenido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y que no es más que la concreción o síntesis de la doctrina elaborada por los procesalistas a este respecto. Así, de acuerdo con el aludido texto, 'incumbe a las partes probar' el supuesto de hecho de las normas

que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen..." (Sentencia de 4 de septiembre de 1984. Expediente número 4233. Actor: Empresa Autolegal Ltda. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo).

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: Se confirma la sentencia apelada, por las razones expuestas en los considerandos de este proveído.

Segundo: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Carlos Ramírez Arcila, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.

Arturo Mora Villate, Secretario.

CONSEJO DE ESTADO.— JURISDICCION.

La jurisdicción en lo contencioso administrativo no es el Juez del contrato de trabajo. De su conocimiento se han excluido las acciones laborales de restablecimiento del derecho "provenientes de un contrato de trabajo".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 1502. Apelación interlocutorios. Actora: Stella Velasco Maya y otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca, en virtud del cual no se admitió la demanda.

Las pretensiones de la demanda consisten en que se anule la Resolución 03589 de 13 de noviembre de 1984, del Director General del Trabajo, por medio de la cual se revocó la número 116 de 10 de julio del mismo año del jefe de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Cauca que calificó como despido colectivo el que afectó a los demandantes por parte del Banco del Estado y en la declaración siguiente:

> "A título de restablecimiento del derecho se declare que los demandantes se encuentran en la situación prevista por el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo".

El Tribunal del conocimiento para inadmitir la demanda tuvo en cuenta que los demandantes eran trabajadores oficiales regidos por el Código Sustantivo del Trabajo, según los mandatos del Decreto 1258 de 1983, aprobatorio de los estatutos del mencionado Banco del Estado y que las acciones de restablecimiento del derecho de carácter laboral de que conoce esta jurisdicción son las que no provienen de un contrato de trabajo.

A su turno la parte apelante alega que lo demandado no es un acto administrativo del Banco del Estado sino expedido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con el cual los demandantes no han tenido ningún vínculo. Que se trata de un acto administrativo enmarcado dentro del objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 82 y 83 del Código Contencioso Administrativo. Se afirma, además, que la acción

en el presente caso, no emana del contrato de trabajo, que no existe con el Ministerio aludido, sino directamente de la Constitución Nacional y de la ley.

Para resolver se considera:

Es evidente que los demandantes no tienen vínculo contractual laboral con el Ministerio mencionado (del Trabajo), que lo impugnado no es un acto administrativo expedido por el Banco del Estado y que no existen acciones de restablecimiento del derecho que emanen del contrato de trabajo, sino de la ley. Pero, ello no significa que esta jurisdicción deba conocer de la acción propuesta.

En efecto, el restablecimiento del derecho pretendido, ya transcrito, constituye nada menos que la declaración de vigencia del contrato de trabajo de los demandantes con un *litis* consorte necesario pasivo, vale decir, con una persona integrante de la parte demandada, en este caso el Banco del Estado, con la obligación a cargo de esta de pagar salarios sin la contraprestación del servicio, a términos del artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo.

En tal virtud la jurisdicción en lo contencioso administrativo, no es el Juez del contrato de trabajo, único que puede producir una declaración como la aquí pretendida, y que se relaciona con su vigencia y determinados efectos, como son los previstos en el artículo 140 aludido.

De ahí que, de su conocimiento se hayan excluido las acciones laborales de restablecimiento del derecho "provenientes de un contrato de trabajo", o para decirlo mejor, relacionadas con él, pues, lo que el legislador quiere impedir en los numerales 6 de los artículos 131 y 132, es el conocimiento de acciones de restablecimiento del derecho en las cuales el Juez tenga que decidir sobre el contrato de trabajo en cualquiera de sus aspectos (vigencia, terminación, ejecución, efectos, etc.), cuyo juzgamiento corresponde al Juez del trabajo con arreglo a los mandatos del artículo 2º del Código Procesal de la materia (Decreto 2158 de 1948).

Consecuentemente, el auto recurrido deberá confirmarse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 25 de noviembre de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO.— ACUERDO DE CARTAGENA. INTERPRETACION PREJUDICIAL.

En algunos asuntos en los cuales deban aplicarse normas del Acuerdo de Cartagena, el Juez nacional debe suspender el procedimiento y solicitar la interpretación de sus disposiciones al Tribunal Andino de Justicia. Tal solicitud no constituye en sí misma prueba alguna ya que el Tribunal en referencia al proveer sobre la interpretación sólo podrá hacerlo sobre el alcance de las disposiciones del ordenamiento supranacional en cuestión, sin que le sea permitido inmiscuirse en las particularidades que ofrezca el caso nacional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sala de Decisión.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 593. Demandante: Schering Corporation.

La sociedad Schering Corporation, mediante procurador judicial interpuso recurso ordinario de súplica contra el auto de 14 de octubre de 1988 del Consejero ponente que negó su petición de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia Andino de normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena en conexión con el asunto controvertido (fls. 347 a 380).

La Fiscalía Primera conceptuó a favor de tal petición.

Toda la cuestión litigiosa alrededor de la negativa del Comité de Regalías a la aprobación de un contrato de licencia de uso de marcas solicitada por dicha sociedad, porque las marcas se encontraban en trámite de registro.

Auto suplicado:

La petición en cuestión se negó "por cuanto el término probatorio está más que vencido, encontrándose el expediente al Despacho para fallo, pues ha llegado con concepto del Agente del Ministerio Público".

Sustentación del recurso de súplica:

Solicita la sociedad la revocatoria del auto y en su lugar se ordene la interpretación prejudicial solicitada.

Y al efecto arguye de este modo:

"El auto que rechaza solicitar la interpretación prejudicial dice que 'no accede a la petición porque el término probatorio está más que vencido'. De esta afirmación surgen dos reparos en los que baso este recurso: Por qué asume el auto que es lícito asimilar la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena a una prueba? Y, en segundo lugar, por qué le fija el auto un término a la solicitud de interpretación prejudicial que ni el Tratado ni el Código Contencioso Administrativo estipulan?

"La interpretación prejudicial que hace el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena no es una prueba judicial. Las pruebas son los medios de convencer al Juez de los hechos que se afirman y la interpretación que hace el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, por mandato mismo del Tratado, no puede versar sobre hechos. No siendo prueba, no se ve la razón para darle tratamiento de tal e incluirse la solicitud de la interpretación en la relación de pruebas de la demanda.

"Ahora, el Tratado que consagra la figura de la interpretación prejudicial no señala el momento en que debe la parte solicitarla. Al respecto sólo indica que debe suspenderse el proceso antes de dictarse la sentencia y solicitarse al Tribunal la interpretación de las normas del derecho andino envueltas en el caso. Como en natural (sic), tampoco el Código Contencioso Administrativo toca la materia y no hay otra ley que lo haga. Entonces, por qué le recorta al actor el auto impugnado el derecho que le da el Tratado, siendo además, como es el caso, obligatoria de todas maneras la consulta para el Consejo, por involucrar el caso normas de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena?

"Siendo evidente que la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena no es una prueba judicial y que no hay norma que le exija al actor solicitar la interpretación prejudicial en un momento determinado, el auto acusado debe revocarse, como respetuosamente lo pido a la Sala, y en su lugar solicitarse la interpretación requerida" (fls. 383 y 384).

Consideraciones de la Sala de Decisión:

Halla ésta (la Sala) que debe accederse a la petición de la sociedad y en consecuencia deberá revocarse el auto suplicado, por las siguientes razones:

1. A través de la interpretación que se le confía al Tribunal de Justicia Andino de las disposiciones que conforman la normatividad del Acuerdo de Cartagena, se persigue que haya una unidad de criterio sobre el significado y contenido del derecho comunitario para que sea éste el que prevalezca y no la interpretación de los diferentes Tribunales nacionales.

2. Es así entonces que en tratándose de asuntos de última instancia no susceptibles de recursos —cual es el evento *sub lite*— y en

los cuales deban aplicarse algunas de las normas del ordenamiento supranacional en cuestión, el Juez nacional "...*suspenderá* el procedimiento y solicitará interpretación del Tribunal de oficio, en todo caso o a petición de parte si lo considera procedente" (art. XXIX del Tratado que crea el Tribunal del Acuerdo de Cartagena) (Se subraya).

La presente causa se funda en algunas normas del Acuerdo de Cartagena que deben ser interpretadas por el Tribunal Andino.

3. Se trata entonces, en las circunstancias vistas, de una causal de suspensión del proceso, cuya inadvertencia podría dar lugar a la nulidad del mismo (art. 152, ordinal 5º del C. de P. C. en armonía con el art. 165 del C. C. A.).

4. De otro lado la solicitud de interpretación prejudicial en comento no constituye en sí misma prueba alguna, ya que ésta por definición propende a demostrar la existencia de hechos del proceso y con ello las pretensiones de la demanda, al paso que el Tribunal Andino al proveer sobre la interpretación que de él se recaba sólo podrá hacerlo sobre el alcance de disposiciones y en términos generales, sin que le sea permitido entrar en consideraciones e inmiscuirse en las particularidades que ofrezca el caso nacional. Al efecto el artículo XXX *ibidem*, reza como sigue:

> "En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcances de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcances del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso".

Luego no puede sostenerse, como lo hizo equivocadamente el auto suplicado, que a la solicitud de interpretación examinada se le apliquen las reglas sobre oportunidad procesal de pruebas del Código Contencioso Administrativo.

5. Obviamente el Consejero conductor del proceso goza de la debida autonomía para que, teniendo como puntos de referencia la cuestión debatida y las normas comunitarias susceptibles de aplicarse y citadas como violadas en la demanda o conexas, estimar la procedencia del ordenamiento supranacional que el Tribunal Andino debe interpretar y fijar en últimas la materia que someterá a juicio del mismo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Primera, Sala de Decisión, decide:

1º Revócase el auto suplicado.

2º En su lugar sométese a consideración del Tribunal Andino de Justicia del Acuerdo de Cartagena la cuestión de interpretación prejudicial propuesta por la sociedad demandante, previo examen y decisión del Consejero de lo que fuere conducente al caso litigioso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Despacho de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión del siete (7) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

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

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

VIA GUBERNATIVA.— Agotamiento. CADUCIDAD.

El agotamiento de la vía gubernativa no puede darse por demostrado con la decisión administrativa que niega el recurso por improcedente, ni contarse a partir de ésta el término de caducidad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyectó: *Doctor José Alberto Roldán B.*, Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 1417. Actor: Tejidos El Cóndor S. A. "TEJICONDOR".

Reconstruido el expediente según las normas del Decreto 3825 de 1985, al momento de definir la admisibilidad de la demanda, se observa:

1. La acción que se ejercita es la de restablecimiento del derecho.

2. A través de esta acción se pretende la anulación de la Resolución número 4118 de 3 de diciembre de 1982 del Ministerio de Trabajo.

3. En el hecho número 14 de la demanda, se afirma:

> "La Resolución 4118, fue notificada a Tejidos El Cóndor S. A. 'TEJICONDOR', el día 29 de octubre de 1984 y contra ella interpuso en tiempo, *recurso de reposición*, desatado el día 23 de mayo de 1985 en forma negativa, quedando por tanto agotada la vía gubernativa el día 17 de julio de 1985 de acuerdo con la constancia que se adjunta" (fls. 6-7).

Ahora bien, a folio 52 obra el informe de la Oficina Jurídica del Ministerio del Trabajo, donde se expresa que por auto de 23 de mayo de 1985 ese Ministerio "niega por improcedente el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución número 01418 de 3 de diciembre de 1982", al que alude la sociedad demandante en el hecho preinserto.

Así pues, dado que la reposición en referencia fue denegada por improcedente, no puede aceptarse como válida para interrumpir el término de caducidad, ni admisible la afirmación de que este recurso fue "desatado el día 23 de mayo de 1985", por cuanto no hubo pronunciamiento de fondo.

En efecto: Al negarse por improcedente, lo que se niega no es la pretensión aclaratoria, modificatoria o revocatoria que contenga el recurso, sino el recurso en sí mismo, de donde su interposición resulta absolutamente ineficaz, ya que lo improcedente no tiene efectos en derecho ni crea situaciones de validez jurídica.

Ahora bien, el pronunciamiento por el cual la administración se niega a considerar un recurso, pasa a ser un acto autónomo e independiente del que se pretendió impugnar, el cual, por lo tanto, resulta inalcanzable por aquél. No da lugar a la revisión del impugnado, que conduzca a la decisión que lo confirme, lo aclare, lo modifique o revoque. En otros términos, no existe entre los dos unidad ideológica ni jurídica que configure una etapa parcial o definitiva cumplida en el desarrollo del agotamiento de la vía gubernativa.

Por otra parte, si la administración rechaza el recurso por improcedente, lo que está manifestando es que el mismo no es apto para agotar la vía gubernativa.

De esta suerte, el agotamiento de la vía gubernativa no puede darse por demostrado con la decisión administrativa que niega el recurso por improcedente, ni contarse a partir de ésta el término de caducidad.

Cabe reiterar que lo improcedente no tiene la virtualidad ni de revivir ni de prorrogar los términos legales, los que, entonces, ya no serían ni perentorios, ni improrrogables (art. 118, C. de P. C.).

En tal virtud, como la Resolución que se acusa "fue notificada a Tejidos El Cóndor S. A. 'TEJICONDOR', el día 29 de octubre de 1984" (fl. 6, *in fine*) y la demanda de restablecimiento del derecho en contra de ella se presentó el día 13 de septiembre de 1985 (fl. 23 vto.), es evidente que lo fue *después* del vencimiento del término de caducidad señalado por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y, por lo tanto, conforme al 143 *ibidem*, no es el caso de admitirla. Así se decide.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

TITULO XIV

REVISION CONTRATOS

CONTRATO DE EMPRESTITO.

Los planes de desarrollo económico y social a que debe someterse la economía nacional y los de las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, deben ser expedidos por medio de la ley, o mediante decreto del Gobierno con fuerza de ley, cuando el Congreso no resuelva.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Contrato de empréstito externo celebrado entre la República de Colombia ("prestatario") y Kreditanstalt für Wiederaufbau —KfW— y un "Consorcio de Bancos" por la cantidad de 157 millones de marcos alemanes, destinados a financiar el mantenimiento (recorrido decenal), modernización, dotación y pruebas de dos (2) submarinos oceánicos de la Armada Nacional. Radicación número 210.

El Gobierno, por conducto del Director General de Crédito Público y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 55 de 1985, ha remitido a la Sala para efectos de la revisión de legalidad el contrato de empréstito externo a que se refiere el epígrafe.

El contrato fue hecho en seis originales, tres en alemán y tres en español, y se encuentra suscrito con fecha 10 de junio de 1988 por la parte alemana, a saber: KREDITANSTALT FUR WIEDERAUBAU, COMMERZBANK AG, BANK FUR GEMEINWIRTSCHAFT AG, DEUTSCHE BANK AG, DEUTSCHE GIROZENTRALE, DEUTSCHE KOMMUNALBANK, BAYERICHE HYPOTHEDEN, UND WECHSEK, BANK AG, y DG BANK DEUTSCHE GENOSSENSCHAFTSBANK, cuyos representantes autorizados autenticaron sus firmas ante Notario. Y con fecha 1º de septiembre de 1988, por la República de Colombia, representada por el señor Presidente, doctor Virgilio Barco Vargas y el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Luis Fernando Alarcón.

Por otra parte, la República de Colombia y una mancomunidad de trabajo de empresas alemanas, integrada por Ferrotaal Aktiengeselischaft, Essen y Howaldtswerke-Deutsche Werft Aktiengeselischaft, Kiel (llamados juntos, "exportador"), celebraron un "contrato de exportación" para la reparación decenal, la modernización y el equipamento

de dos (2) submarinos oceánicos de la Armada Nacional, cuyo precio total es la cantidad de ciento cincuenta y siete millones de marcos alemanes (Deutsche Mark o D.M.).

La suma de los préstamos se discrimina así:

D.M. 32.313.493.89 préstamo del Consorcio

D.M. 46.186.506.11 préstamo de Consorcio de Bancos

D.M. 78.500.000.00 préstamo de KfW.

De manera que con los préstamos, el prestatario podrá pagar al exportador el precio total en marcos alemanes (D.M.).

De conformidad con lo expuesto, el mayor prestamista es el Kreditanstalt für Wiederaufbau ("KfW"), que según sus estatutos (fls. 52-70) es una corporación de derecho público, cuya sede social radica en Frankfurt (Main), y de conformidad con el certificado expedido por la Embajada de la República Federal de Alemania en Bogotá (fl. 78), "es el banco de fomento de la República Federal de Alemania". Respecto del Consorcio de Bancos, el líder es el Commerzbank AG, con domicilio en Düsseldorf (estatutos visibles a fls. 72-90).

El contrato de empréstito está fundamentado en las siguientes disposiciones: Decreto-ley 222 de 1983 (Estatuto Contractual de la Nación y sus entidades descentralizadas), Capítulo 17, Título VIII, reglamentado por el Decreto 2875 de 1983; el artículo 59 de la Ley 55 de 1985 y la Ley 43 de 1987.

Para dar cumplimiento a los requisitos señalados en las normas precitadas, en el trámite contractual se obtuvieron los siguientes conceptos favorables:

a) Del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, en su sesión celebrada el día 23 de diciembre de 1985, que conceptuó favorablemente "sobre la contratación de una operación de crédito externo hasta por un valor de D.M. 157.0 millones o su equivalente en otras monedas, que suscribirá el Gobierno nacional para ser utilizado por el Ministerio de Defensa Nacional" (fl. 35);

b) De la Junta Monetaria, en su sesión del día 1º de junio de 1988, que conceptuó sobre el empréstito "en el sentido de que no tiene efectos monetarios" (fl. 39);

c) De la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público, según comunicación de fecha 31 de mayo de 1988 dirigida al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en la cual estima conveniente la contratación del empréstito en las siguientes condiciones:

Monto D.M.	157 millones
Plazo	10 años
Período de gracia	2 años
Interés	7.10% anual
Comisiones y Gastos	Los propios de esta clase de operaciones

Destinación	Financiar el mantenimiento (recorrido decenal), modernización, dotación y pruebas de dos (2) submarinos oceánicos de Armada Nacional.
Ley que afecta	Ley 43 de 1987;

d) Del Gobierno, mediante el Decreto 890 de 1986 (marzo 10), autorizó a los Ministros de Hacienda y Crédito Público y Defensa Nacional, para que conjunta o separadamente gestionen a nombre del Gobierno un empréstito externo hasta por la suma de ciento cincuenta y siete millones de marcos alemanes y con los propósitos ya conocidos;

e) Del Consejo de Ministros, que en sesión de 30 de agosto de 1988 emitió dictamen favorable acerca del contrato.

Por lo demás, en el artículo 12 del contrato consta que el Consorcio de Bancos, conforme a lo previsto en el artículo 74 del Decreto 222 de 1983, renuncia a intentar reclamación diplomática en lo tocante a las obligaciones originadas en el contrato de préstamo, excepto en el caso de denegación de justicia. Y que el Consorcio de Bancos declara que para los efectos del artículo 14 del Decreto 222 de 1983, no se halla incurso en las prohibiciones o inhabilidades para contratar de que tratan los artículos 8º y 9º de la misma disposición.

Por consiguiente, revisada la autorización legal en virtud de la cual el contrato se celebra; la competencia de los funcionarios y la capacidad de las demás partes que en él intervienen; el régimen legal de las estipulaciones acordadas; las prescripciones de orden fiscal, y en general lo relativo a su celebración, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil,

Decide:

Declarar ajustado a la ley, el contrato de empréstito externo de fecha 1º de septiembre de 1988, celebrado entre la República de Colombia en calidad de prestatario y Kreditanstalt für Wiederaufbau —"KfW"— y un "Consorcio de Bancos" por la cantidad de ciento cincuenta y siete millones de marcos alemanes (157 millones D.M.), destinados a financiar el mantenimiento, modernización, dotación y pruebas de dos (2) submarinos oceánicos de la Armada Nacional.

El contrato de empréstito, para su debido perfeccionamiento, deberá publicarse en el Diario Oficial en la forma indicada en el artículo 232 del Decreto 222 de 1983.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR HUMBERTO MORA OSEJO.

Referencia: Contrato. Radicación número 210.

No comparto la decisión de la mayoría, por el siguiente motivo:

Como he expuesto en ocasiones similares, los artículos 1º de la Ley 63 de 1983 y 5º de la Ley 7ª de 1986 facultan al Gobierno para celebrar contratos de empréstito en el exterior a fín de "financiar planes y programas de desarrollo económico y social". Los artículos 76, ordinal 4º y 80 de la Constitución Nacional prescriben que "los planes, y programas de desarrollo económico y social a que debe someterse la economía nacional, y los de las obras públicas que hayan de emprenderse o de continuarse" deben ser expedidos por medio de la ley o, en su defecto, en la hipótesis exclusiva de que el Congreso no resuelva, dentro de los términos especiales prescritos al efecto por la Constitución, mediante decreto del Gobierno con fuerza legislativa. La Constitución también exige que la ley del plan también comprenda "la determinación de los recursos e inversiones que se autoricen para la ejecución y de las medidas para impulsar" su cumplimiento. *De manera que es evidente que las facultades dadas al Gobierno por las mencionadas leyes tiene por objeto ejecutar planes y programas de desarrollo económico y social y expedidos de conformidad con los artículos 76, ordinal 4º, y 80 de la Constitución.*

En consecuencia, por falta de ley que prescriba el plan de desarrolo económico y social, el Gobierno no podía ejercer las facultades que le dieron las Leyes 63 de 1983 y 7ª de 1986, lo que obligaba a la Sala a proferir decisión que declare que el contrato contraría la Constitución y las leyes.

Fecha *ut supra.*

Humberto Mora Osejo.

REVISION DE CONTRATOS. CONTRATO DE EXPLOTACION DE BIENES DEL ESTADO.

La legislación aplicable son las Leyes 20 de 1969 y 61 de 1979 con el Decreto reglamentario 2477 de 1986. El sistema aplicado en el contrato es el de "aporte", definido como el otorgamiento que hace el Estado a través del Ministerio de Minas y Energía, del derecho de explorar y explotar sus reservas carboníferas a las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, entidades éstas que podrán llevar a cabo tales actividades directamente o mediante contratos celebrados con particulares.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Contrato de explotación de bienes del Estado. Radicación número 209. Celebrado por Carbones de Colombia S. A. —CARBOCOL—, y la firma DRUMMOND LTDA.

1. La Sala es competente para revisar la legalidad de los contratos sobre exploraciones y explotaciones de minerales energéticos, con base en el artículo 254 del Código Contencioso Administrativo —Decreto-ley 01 de 1984— y la cuantía para el conocimiento en el caso, aunque no está determinada es determinable del contexto del contrato.

2. El ámbito de revisión no es discrecional, ni de carácter político o de conveniencia, sino de aspecto legal, reglado, circunscrito a lo que perceptúa el Código citado en el artículo 256: "En el ejercicio de la facultad de revisión de los contratos, el Consejo de Estado examinará 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 intervienen; el régimen legal de las estipulaciones acordadas y las prescripciones de orden fiscal".

3. La legislación aplicable son las Leyes 20 de 1969 y 61 de 1979, con el Decreto reglamentario 2477 de 1986. *El sistema aplicado en el contrato es el de APORTE,* definido por el artículo 1º, de la Ley 61 de 1979 como "el otorgamiento que hace el Estado, a través del Ministerio de Minas y Energía, del derecho a explorar y explotar sus reservas carboníferas a las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional. *Las entidades titulares de aporte podrán llevar a cabo estas actividades directamente o mediante contratos celebrados con particulares".*

Se consagran así dos alternativas: La actividad *directa* de la empresa industrial o comercial, *y la directa de los particulares, sin que la ley determine con éstos una específica y exclusiva clase de contratos.* Al respecto el Decreto reglamentario 2477 en su artículo 248 prescribe en el Capítulo XXIV, Disposiciones Especiales sobre el Carbón, lo siguiente: "En los aportes de que trata este Decreto, las entidades beneficiarias *podrán* llevar a cabo las labores de prospección, exploración, montaje, explotación, construcción de infraestructura, de comercialización del mineral, *directamente o mediante contratos de asociación, operación, servicios, administración o de cualquier otra clase*".

El legislador puede tomar la decisión importante por ley de modificar la legislación minera actual, pero mientras ello no ocurra hay que aplicar la legislación minera vigente y esta Sala tiene que atenerse a su amplio alcance, que por ser tan claro en sus textos no admite hacer deducciones personales de lo que ella no dice, ni interpretaciones por bien intencionadas que aparezcan, en virtud de los principios de hermenéutica jurídica de que no se puede desatender el tenor literal de la ley so pretexto de consultar su espíritu, y que donde el legislador no distingue no le es permitido al intérprete hacerlo.

4. *Objeto.*

En la presente situación se trata del contrato, por el sistema de *aporte,* de la exploración, construcción, montaje y explotación de un Proyecto Carbonífero en el área ubicada en los Municipios de Chiriguaná, El Paso y la Jagua de Ibirico en el Departamento del Cesar y delimitada en la Cláusula Tercera del Contrato. El Contrato está celebrado *por la empresa industrial y comercial del Estado Carbones de Colombia S. A. —CARBOCOL—,* y la firma particular DRUMMOND LTD., representados respectivamente por el señor Ministro de Minas y Energía doctor Oscar Mejía Vallejo, y los señores Sergio Sokoloff Moreno, Gilbert A. Pribbenow Jr., Carlos Lleras de la Fuente y Camilo Caicedo.

5. *Las partes contratantes.*

Carbones de Colombia S. A. —CARBOCOL—, sociedad anónima de economía mixta, del orden nacional, perteneciente al sector de Minas y Energía, sometida al régimen legal previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado; constituido por escritura pública número 6350 de 16 de noviembre de 1976, de la Notaría Séptima del Círculo de Bogotá, y quien además, aportó los siguientes documentos: Certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, comprobándose así, la vigencia de la sociedad hasta el año 2076, objeto y capital social, conformación de la Junta Directiva y representación legal a cargo de su presidente. Certificados números AA-5494167 a 5494172 y 5450088 a 5450089, Acta de Posesión número 3384 de 16 de junio de 1988.

Drummond Ltd., sociedad organizada conforme a las leyes de Alabama, Estados Unidos de América, con domicilio en Birmingham, Alabama, representada por el señor G.A. Pribbenow (Certificados del Consulado General de Colombia en Nueva Orleans, Louisiana y traducción oficial número 3094).

6. *Procedimiento de contratación.*

Por Resolución número 002857 de 10 de octubre de 1977, el Ministerio de Minas y Energía otorgó a CARBOCOL a título de aporte, los yacimientos de carbón y minerales asociados existentes en la zona de (317.254 hectáreas), situadas en la jurisdicción de los Municipios de Chiriguaná, El Paso y la Jagua de Ibirico (Departamento del Cesar). El 29 de enero de 1988, el Consejo Nacional de Política Económica y Social, por Acta número 602 consagró el documento número DNP-2355-UINF, en relación con las "Políticas Generales de Contratación en la Gran Minería". Posteriormente, por Resolución número 002657 de 22 de agosto de 1988, el Ministerio de Minas y Energía, aprobó las condiciones de negociación del precitado contrato, e igualmente, en reunión de la Junta Directiva de CARBOCOL, de 6 de julio de 1988, Acta número 227 impartió aprobación a la negociación del mismo.

7. *Cláusulas del contrato.*

Duración máxima. El contrato en estudio, tendrá una duración de treinta años (30), contados a partir de la fecha efectiva, conforme al procedimiento establecido en la cláusula vigésima sexta.

Utilización de los recursos naturales. Para llevar a cabo sus obligaciones Drummond, empleará al máximo recursos locales, regionales y nacionales de Colombia, incluyéndose los servicios de empresas colombianas, observándose lo referente a transferencia de tecnología (Clásulas décimaquinta y décimasexta).

Devolución del área. El área contratada se aminorará a aquella estrictamente necesaria conforme al plan minero contenido en el estudio de factibilidad, en el período de construcción y montaje (Cláusula séptima).

Cantidad de tolenadas del proyecto. La cantidad de toneladas de carbón que podrá exportar Drummond anualmente del área contratada, será de diez millones (10.000.000.00) (Cláusula décimanoventa).

Regalía. Drummond, deberá pagar a CARBOCOL, el (15%) del precio FOB presuntivo en boca de mina por cada tonelada del proyecto vendida, no pudiendo ser inferior al (5%) del precio FOB (Cláusula vigésimatercera).

Caducidad. CARBOCOL posee la facultad de declarar la caducidad del contrato, por resolución motivada, al constituirse las causales establecidas en la cláusula trigésima.

Términos y condiciones. En el período de explotación del contrato, Drummond realizará las actividades de extracción, beneficio, transporte y comercialización del carbón, conforme a los términos pactados por las partes en las cláusulas novena y décimaprimera.

Aplicación de las leyes colombianas. Se fija por las partes, la ciudad de Bogotá, República de Colombia, como domicilio contractual. El contrato se rige en todas sus partes por la ley y la jurisdicción de los Tribunales colombianos (Cláusula cuadragésimaprimera).

8. Por lo anteriormente expuesto, y una vez realizada la revisión de legalidad del expediente, la Sala de Consulta y Servicio Civil del

Consejo de Estado *declara ajustado a la ley* el Contrato de Explotación de Bienes del Estado número 2411, con sus correspondientes anexos, celebrado por Carbones de Colombia S. A. —CARBOCOL— y la firma Drummond Ltd.

9. *La Sala advierte* que en todas las etapas de realización de este contrato debe darse severo cumplimiento al Decreto reglamentario de las Leyes mineras 2477 de 1986, Capítulo II, Disposiciones preliminares, en su artículo 3º, "las disposiciones del presente estatuto se interpretarán y aplicarán teniendo en cuenta que la industria minera es de utilidad pública y de interés social en sus ramas de exploración, explotación, distribución y procesamiento; que las leyes que la regulan son de la misma naturaleza y se expiden por motivos de aquella índole: que la prevalencia de los intereses públicos o sociales sobre los intereses privados es principio fundamental que consagran y reglamentan las normas constitucionales y legales en vigencia, y que la consecución de las finalidades enumeradas en el artículo anterior es conveniente y necesaria para el desarrollo de la economía nacional y para el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los deberes sociales de los particulares".

Elévese a escritura pública, publíquese en el Diario Oficial y páguese el impuesto de timbre nacional (arts. 52 a 54 del Decreto 222 de 1983).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

REVISION DE CONTRATOS.— CONTRATO DE EXPLOTACION DE BIENES DEL ESTADO.

El artículo 1º de la Ley 61 de 1979, prescribe, con evidente claridad, no que las empresas industriales y comerciales del Estado que reciban aportes de la reserva carbonífera nacional pueden contratar ab libitum, *sino que deben explorarlos y explotarlos directamente o con el concurso particular, bajo su inmediato y directo control y exclusiva responsabilidad.*

Salvamento de voto del *doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Contrato del Ministerio de Minas y Energía. Radicación número 209.

No comparto la decisión de la mayoría por los siguientes motivos:

1º El artículo 8º de la Ley 20 de 1969 prescribe que todas las minas pertenecientes a la Nación "quedan sujetas *al sistema de la concesión, del aporte o del permiso* (subrayo), conforme a las clasificaciones que adopte el Gobierno". Los artículos 30, 31 y 32 del Decreto reglamentario 1275 de 1970 reiteran y desarrollan este principio legal. La reforma significó un cambio fundamental porque tuvo por objeto, según la exposición de motivos, "adaptar la legislación minera al espíritu de la Constitución" que, mediante el artículo 202, recobró para "la República el dominio de todas las minas que pertenecían a los antiguos estados soberanos o a los dueños del terreno". El artículo 7º de la Ley 20 de 1969 declaró, en consecuencia, "de utilidad pública y de interés social la industria minera en sus ramas de exploración, explotación, beneficio, transporte y procesamiento" para hacer prevalecer, en la materia, el interés público o social sobre el individual o privado. De manera que el prevalente carácter de orden público de la actividad minera no proviene *—ni podría provenir— del artículo 3º del Decreto reglamentario 2477 de 1986, sino del artículo 7º de la Ley 20 de 1969, cuyo artículo 8º además prescribió que todas las minas, en ellas incluidas las de carbón, "quedan sujetas al sistema de la concesión, del aporte o del permiso".*

2º Sin embargo, ante la reconocida importancia y magnitud de las minas de carbón, estimadas como de vital importancia para el país, el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 dispuso que a partir de su vigencia "la exploración y explotación de carbón mineral de la Nación *sólo podrá realizarse mediante el sistema de aporte* (subrayo) otorgado por el Ministerio de Minas y Energía a empresas industriales y comerciales del Estado que tengan entre sus fines dicha actividad". Con el objeto de evitar cualquiera duda o equívoco, la misma disposición

define como aporte "el otorgamiento que hace el Estado, a través del Ministerio de Minas y Energía, del derecho a explorar y explotar sus reservas carboníferas a las empresas industriales y comerciales del Estado". Se trata, por consiguiente, *de la transferencia que hace el estado a las empresas industriales y comerciales de carácter nacional del derecho a explorar y explotar las reservas de carbón que son de su propiedad.*

3º La finalidad de esta reforma es evidente: El artículo 8º de la Ley 20 de 1969 ya había prescrito que "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". Pero el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 sustrajo de esta disposición las reservas carboníferas de la Nación y dispuso, específicamente, que sólo podrán ser exploradas y explotadas mediante aportes otorgados a las empresas industriales y comerciales del Estado. De este modo, *ante la reconocida importancia de estas reservas,* como se afirma en la exposición de motivos de la Ley 61 de 1979, *la ley las confió a la permanente y exclusiva vigilancia de entidades oficiales de carácter nacional, con derecho, también exclusivo, a explorarlas y explotarlas.* Esta evidente finalidad de la ley explica que hubiera prescindido, respecto de las reservas carboníferas de la Nación, de la posibilidad de explotarlas por concesión o permiso, dos procedimientos jurídicos que, como en la Ley 20 de 1969, favorecen la actividad particular: *El sistema del aporte, dispuesto por el artículo 1º de la Ley 61 de 1979, los excluye para que la exploración y la explotación de las reservas carboníferas del Estado sólo estén a cargo de empresas industriales y comerciales del Estado.*

4º El artículo 1º de la Ley 61 de 1979 también dispone que "las entidades titulares del aporte podrán llevar a cabo estas actividades directamente o mediante contratos celebrados con particulares". Esta disposición claramente prescribe que las empresas comerciales e industriales del Estado, que reciban en aportes las reservas carboníferas nacionales, deben —como una obligación intransferible— explorarlas y explotarlas por sí mismo o con el concurso particular, siempre, en todos los casos, bajo su absoluta responsabilidad. De ahí que el precepto no signifique, como se expresa en la decisión que motiva mi disentimiento, que las mencionadas empresas del Estado, que reciban en aportes reservas carboníferas de la Nación, estén autorizadas para contratar sin ningún límite, como a bien tengan, con los particulares: *Por el contrario, según el artículo 1º de la Ley 61 de 1979, éstos sólo pueden contratar con aquéllas para facilitarles el cumplimiento de las obligaciones específicas e intransferibles que les impone por motivos de orden público: Explorar y explotar, en beneficio de la comunidad, las reservas carboníferas del Estado.*

5º Por consiguiente, el artículo 248 del Decreto reglamentario 2477 de 1986, que reproduce el artículo 10 del Decreto reglamentario 1155 de 1980, no significa, como afirma la mayoría, que las empresas industriales y comerciales del Estado pueden celebrar cualquier clase de contratos con los particulares sino, *por el contrario, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 61 de 1979, que los "contratos de asociación,*

operación, servicios, administración" y todos los demás que fueren necesarios, deben tener por único objetivo el cumplimiento de las obligaciones que les prescribe esa misma disposición legal; pues, constituye elemental principio de hermenéutica jurídica interpretar la disposición reglamentaria en armonía con la que es reglamentada y no al contrario para desconocer el claro sentido y la inequívoca finalidad de la ley.

6º Pero, en la hipótesis improbable de que se estimare, en gracia de discusión, que el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 faculta a las empresas comerciales e industriales del Estado para contratar libre e indiscriminadamente con los particulares, sería en sí mismo contradictorio: Mientras por una parte dispone que el único sistema adecuado para la exploración y la explotación "del carbón mineral de propiedad de la Nación" es el aporte a las empresas industriales y comerciales del Estado, por otra les permitiría contratar con los particulares con absoluta discrecionalidad, *aún mediante el contrato de concesión, que fue, con el permiso, expresamente excluido por el artículo 1º de la Ley 61 de 1979.* En realidad la disposición prescribe, con evidente claridad, no que las empresas industriales y comerciales del Estado que reciban aportes de la reserva carbonífera nacional pueden contratar *ab libitum, sino que deben explorarlos y explotarlos directamente o con el concurso particular, bajo su inmediato y directo control y exclusiva responsabilidad: Esta es la finalidad específica del aporte, contemplado por el artículo 1º de la Ley 61 de 1979, como también la razón para que excluya los sistemas de concesión y permiso.*

7º Sin embargo, la providencia mayoritaria interpretó y aplicó erróneamente el artículo 1º de la Ley 61 de 1979, porque estimó que el contrato de que se trata se celebró por el "sistema de aporte", para "la exploración, construcción, montaje y explotación de un proyecto carbonífero en el área ubicada en los municipios de Chiriguaná, El Paso y la Jagua de Ibirico en el Departamento del Cesar". Desconoció así que los aportes de reservas carboníferas de la Nación, según el artículo 1º de la Ley 61 de 1979, *sólo pueden hacerse a las empresas industriales del Estado y que esta disposición tiene por finalidad hacer que esas entidades exploren y exploten las reservas, directamente o con el concurso particular, en ambos casos bajo su exclusiva responsabilidad.* Según la misma ley, *los particulares no pueden, en modo alguno, recibir aportes de las reservas carboníferas nacionales,* sino celebrar contratos con las empresas industriales y comerciales del Estado *para colaborarles, de diversos modos, en la exploración y explotación de los yacimientos carboníferos que les aporte la Nación con esa exclusiva finalidad.* Además, según la misma ley, *el Estado no les aporta o transfiere el yacimiento, sino únicamente el derecho a explorarlo y explotarlo.*

8º De manera que es claro y evidente que el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 sólo contempla el sistema del aporte —no la concesión ni el permiso— para la exploración y explotación de las reservas carboníferas del Estado. Sin embargo, el contrato de que se trata *concedió la exploración y la explotación de un yacimiento carbonífero a una empresa particular,* mediante el reconocimiento de una regalía y de una posible participación en el exceso de utilidades, no obstante

que la finalidad del artículo 1º de la Ley 61 de 1979 consiste en impedir que las reservas carboníferas nacionales se exploren y exploten por concesión o permiso. De este modo *el contrato infringió directamente el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 y la Sala debió declararlo contrario a la ley.*

9º Esto mismo hizo que en el contrato se estipule que todo el carbón que se extraiga pertenecerá a la empresa contratante, y que a ésta se le reconozca situación preponderante, no obstante que, como se ha demostrado, según el artículo 1º de la Ley 61 de 1979, la explotación y exploración siempre deben adelantarse bajo el control y la responsabilidad de la empresa comercial e industrial del Estado que reciba el aporte. El contrato *desconoció, por este nuevo aspecto, el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 y la Sala debió declarar que no se celebró de conformidad con la ley.*

10. En fin, la providencia mayoritaria cita y transcribe el artículo 3º del Decreto reglamentario 2477 de 1976 que prescribe que "la industria minera es de utilidad pública y de interés social", que "las leyes que la regulan son de la misma naturaleza" y que "la prevalencia de los intereses públicos o sociales sobre los intereses privados es principio fundamental que consagran y reglamentan las normas constitucionales y legales en vigencia..."

De conformidad con la transcrita disposición, que reglamenta el artículo 7º de la Ley 20 de 1969, en *este caso debieron prevalecer, como he demostrado, la Constitución, las leyes y el interés público o social.*

En conclusión estimó que la Sala debió declarar que el contrato no se celebró de conformidad con la ley.

Fecha *ut supra.*

Humberto Mora Osejo.

INDICES

INDICE DE ACTORES

SEGUNDO SEMESTRE 1988

A

Págs.

Acevedo R. Luis Elías y otros. ... 2350

Adán Arévalo Luis Eduardo. ... 1071

Agroinsumos y Servicios Técnicos Ltda. "AGROST LTDA.". ... 1637

Agropecuaria Hepra S. A. ... 754

Agudelo Ledesma Antonio. ... 925

Aguirre Gilma. ... 868

Almacén Parra Ltda. ... 1931

Almario Ernestina y otros. ... 1288

Alvarado López Alfonso. ... 741

Alvarez Múnera Guillermo. ... 1768

Angarita Angarita Luis Hernando. ... 829

Angulo Guiza Teobaldo. ... 1028

Anzola Franco Gustavo Adolfo. ... 250

Aponte Herrera Milciades. ... 324

Arbeláez Arias Jairo. ... 850

Ardila Dimaté José Joaquín. ... 398

Arévalo Zambrano Hermann. ... 2275

Arredondo Cárdenas Carlos Manuel. ... 1794

Arrieta P. Carlos Gustavo. ... 883

Asociación de Ingenieros Consultores Colombianos, AICO. ... 454

Autódromo Internacional. ... 1906

Avellaneda Tarazona Luis Carlos. ... 320

B

Págs.

Bahamón Soto Alberto. ... 1395
Basf Química Colombiana S. A. ... 2208
Beltrán de López Amancia Romelia. ... 371
Bernal Salamanca Rafael. ... 289
Bonadiez Bayuelo Nicanor. ... 1765
Bonnet Vargas Loeb Martine. ... 1754
Botero Escobar Antonio. ... 993
Botero Botero Jesús Arcesio. ... 2319

C

Cáceres Corrales Pablo J. ... 773
Cáceres Corrales Pablo J. ... 794
Cáceres Corrales Pablo J. ... 1063
Cadavid Castaño José Manuel. ... 819
Caja Nacional de Previsión Social. ... 535
Cajamarca García Guillermo. ... 496
Calderón de Córdoba Ligia. ... 1124
Calderón Mosquera Carlos. ... 890
Calle Fernández Helena de las Mercedes. ... 719
Callejas Víctor y otros. ... 1477
Camacho Rodríguez Nemesio. ... 363
Capitalizadora Grancolombiana S. A. ... 1882
Cárdenas Pérez Pablo. ... 1035
Cárdenas Carrillo Félix Joaquín. ... 326
Cartón de Colombia S. A. ... 1922
Castañeda Contreras Luis Ramón. ... 2085
Castaño Loaiza Gustavo. ... 1607
Castillo Sierra Arnulfo. ... 2157
Castro viuda de Castro Carmen Cecilia. ... 423
Cementos del Caribe S. A. y Parrish & Cía. S. A. ... 653
Cerro Matoso S. A. ... 526
Chahín Correa Willianson. ... 1086

Págs.

Chahín Lizcano Guillermo. ... 225
Chávez Cabrera Silvio. ... 894
Colombiana de Servicios y Comedores Ltda. ... 1952
Compañía de Seguros Antorcha S. A. ... 1894
Contraloría General de la República. ... 928
Cooperativa de Transportadores de Saravita Ltda. "COOTRANSARAVITA". 539
Cortés Rengifo Diana Lucía. ... 293

D

Dangond Orlando Manuel. ... 2324
Dangond Noguera Orlando Manuel. ... 1741
De la Ossa Troncoso Alvaro. ... 1817
Del Castillo Abella José María. ... 337
Departamento de Antioquia. ... 1836
Departamento de Risaralda. ... 1061
Díaz Meza Rafael. ... 1810
Díaz Castro Alfonso. ... 1802
Díaz Plata David y otros. ... 2344
Distral S. A. ... 1633
Distribuidora Parra y Forero Ltda. ... 1972
Domínguez Márquez Filadelfo A. ... 856
Duque Luis Mario. ... 1000
Duque Luis Mario. ... 1012
Duque Peña Luis A. e Hijos Ltda. ... 1968

E

Echeverry Grisales Roberto. ... 1910
Echeverry Giraldo Antonio José. ... 341
Editorial Mercurio S. A. ... 2001
Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda. ... 1099
Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. ... 947
Empresas Públicas de Medellín. ... 1877
Enríquez Maya Eduardo. ... 1051

Págs.

Escobar Restrepo Bernarda Concepción. ... 404

Escobar Sierra Hugo. ... 1693

Escobar Uribe Ignacio. ... 402

Espinosa Castellanos Rafael. ... 513

Espitia de Petán Carmen Elisa. ... 521

Estruco S. A. ... 2246

F

Fábrica de Café La Bastilla. ... 1915

Farfán Limbania. ... 2134

Fernández Maestre Luis Fabián. ... 988

Fondo Nacional de Caminos Vecinales. ... 545

Forero Mendoza Guillermo. ... 274

G

Gabriel Cure y Cía. Ltda. ... 697

Gaitán Quimbayo Jorge Enrique. ... 2270

Gastelbondo Villalobos Manuel del Cristo. ... 2052

Gil Blas Enrique. ... 1048

Giraldo Gómez Adolfo. ... 1979

Gobernador del Departamento de Norte de Santander. ... 759

Gómez Francisco Eladio. ... 1653

Gómez Gómez Carlos Alfonso. ... 934

Gómez A. Jorge. ... 970

González Digna Rosa y otros. ... 1209

González Becerra Víctor Manuel y otros. ... 2312

González Rodríguez Miguel. ... 277

González Contreras Paulina. ... 1464

Grancolombiana de Ingeniería y Construcciones Ltda. "GRANDICON". ... 1543

Guaracao González José Manuel. ... 767

Guerra Tulena Salim. ... 1777

Págs.

Guerrero de Escobar Miryam. 798
Guerrero Carlos Alfredo y otro. 237
Guerrero Jorge Alberto. 285
Gutiérrez Baquero Ancízar. 379
Gutiérrez Jaramillo Camilo. 352

H

Hernández Caamaño Benjamín. 813
Hospital Manuel Uribe Angel de Envigado. 1039
Hurtado Marmolejo Ovidio. 1789
Hurtado D. Clara Inés. 267

I

Industria Química Pennwalt S. A. 612
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. 473
Iregui Iregui Francisco A. 1008

J

Joyas de América. 1955

L

La Interamericana Compañía de Seguros S. A. 1675
La Nación. 9
La Nación. 64
La Nación. 75
La Nación. 78
La Nación. 83
La Nación. 107
La Nación. 113
La Nación. 118
La Nación. 136
La Nación. 143
La Nación. 1829

Págs.

La Nación. ... 1833
La Nación. ... 1839
La Nación. ... 1853
La Nación. ... 1859
La Nación. ... 1865
La Nación. ... 1872
Laverde Ospina José Jesús. ... 748
Laverde Ospina José Jesús. ... 787
Laverde Ospina José Jesús. ... 900
Laverde Ospina José Jesús. ... 903
Laverde Ospina José Jesús. ... 1722
Leguízamo de Laverde Beatriz. ... 418
Liga de Usuarios de las Empresas Públicas Municipales de Medellín. ... 1081
Limbania Farfán. ... 2134
López Valencia Mario. ... 1747
López Giraldo Delio. ... 1383
López Morales Jairo. ... 725
Luis A. Duque Peña e Hijos Ltda. ... 1968

M

Monroy T. Manuel y otro. ... 551
Marcucci César R. ... 1022
Marcucci V. César Rolando. ... 744
Martínez de Bejarano Clemencia. ... 315
Martínez Ruiz Alfonso María y otros. ... 2031
Medina Avila Hernando. ... 429
Mejía A. Gabriel Antonio. ... 2297
Mejía Velásquez Ignacio y otro. ... 957
Mendoza Barrios José Luis. ... 762
Mendoza Llana Paulina. ... 1959
Monroy Marcela y Juan Manuel Charry. ... 551
Monroy Marcela y Juan Manuel Charry. ... 440
Montilla Sanclemente Luis E. ... 2340

Págs.

Moreno Pérez Fabio. ... 1704
Multicambios Ltda. ... 692
Municipio de Cartagena. ... 1025
Murillo Palacios Augusto. ... 2218

N

Namen A. Jafizza Ivonne. ... 586
Nuevo Rápido del Quindío Ltda. ... 604
Núñez Africano Fernando. ... 262

O

Ocampo J. María Rosmira. ... 863
Ocampo Jaramillo Julio César. ... 1500
Occidental de Colombia Inc. ... 2335
Ortiz Amaya Bernardo. ... 1004
Ospina Morales Nadín. ... 2292

P

Pardo de Barbosa Etelvina y otro. ... 1312
Parker Drilling Company S. A. ... 1899
Patiño Ruiz Angela. ... 621
Perdomo Ramírez Luis Alfredo. ... 1096
Perdomo Polanco Miguel. ... 941
Pimienta Brito Jaime R. ... 931
Pombo de Fernández Martha Cecilia. ... 2342
Posada Posada Carlos. ... 2301
Pulido Pinto Pedro Silvio. ... 311

R

Ríos del Valle Mario y otros. ... 391
Ríos Cifuentes Gabriela. ... 908
Rivillas Pineda Omar. ... 1055
Rochel Awad Roberto. ... 2243
Rodríguez Gacha José Gonzalo. ... 2279

Págs.

Rodríguez Calle Rafael. ... 710
Rodríguez Rozo Hernando. ... 246
Rodríguez Navarrete José Guillermo. ... 2008
Rodríguez Varón Gentil Enrique. ... 2309
Rojas Gutiérrez Víctor Manuel. ... 1031
Rojas Peláez María Elisa. ... 562
Romero García Guillermo. ... 1697
Romero Mendoza Alberto. ... 1107
Rubiano viuda de Buitrago Mercedes y otros. ... 1489
Ruiz Tose Henry. ... 802

S

Sampayo Augusto Eliseo y otro. ... 2255
Santos Montero Alfonso. ... 1717
Schering Corporation. ... 2366
Seba Meza Luis Carlos. ... 832
Serna Vallejo Medardo. ... 2284
Servicios Aéreos Ejecutivos Ltda. "SAE LTDA.". ... 1987
Siderúrgica del Pacífico S. A. "SIDELPA". ... 875
Sociedad Rafael V. Roa V. Hermanos. ... 595
Sociedad Rafael V. Roa V. y Hermanos. ... 445
Sociedad La Angelita Ltda. ... 2065
Sociedad Expreso Trejos Ltda. ... 450
Sociedad Auto Germana. ... 387
Stella Velasco Amaya. ... 2364
Suescún de Bocarejo Fanny. ... 257

T

Tabares R. William. ... 2304
Tabares Becerra Luis Alfonso. ... 461
Tafur Galvis Alvaro. ... 489
Tafur Galvis Alvaro. ... 570
Tecnelectro Ltda. ... 1943

Págs.

Tejidos El Cóndor S. A. "TEJICONDOR". 2370
Téllez Aurelio. 1736
Tobón Restrepo Gustavo. 918
Tobón Berta Olga y otro. 2234
Toro Mauricio. 984
Toro Nieto Alberto. 808
Torres M. Edgar E. 590
Tovar S. Hugo Napoleón. 1339
Transtanques Ltda. 1891

U

Uribe Pinto Roberto. 1004
Usuga Campo Tomás María y otros. 1419

V

Valencia Cossio Fabio. 306
Vargas Pérez René y otros. 703
Velasco Muñoz Jaime y otro. 1432
Velasco Amaya Stella. 2364
Villalba Bustillo Carlos. 979
Vizcaino viuda de González Alicia. 2306
Vizcaino Hernández Gabriel Orlando. 634

INDICE ALFABETICO DE MATERIAS

SEGUNDO SEMESTRE 1988

A

Págs.

ACCION DE REPARACION DIRECTA. ... 1543

ACCION ELECTORAL. Caducidad. ... 1736

ACCION DE REPARACION DIRECTA. ... 2297

ACCION ELECTORAL. Excepciones, naturaleza. ... 1802

ACCION DE NULIDAD. Individualización del acto. ... 634

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. ... 2306

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Carácter del perjuicio. 595

ACCION DE RESTABLECIMIENTO. Efectos. ... 767

ACCION DE NULIDAD. ... 767

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. ... 2335

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. ... 391

ACCION DE PLENA JURISDICCION. ... 1395

ACCION INDEMNIZATORIA. Diferencias. ... 1395

ACCION INDEMNIZATORIA. Procedencia. ... 1395

ACTAS DE ESCRUTINIO. Presunción de autenticidad. ... 1768

ACTO ADMINISTRATIVO. Notificación. ... 2065

ACTO SUSPENDIDO PROVISIONALMENTE. ... 225

ACTO SUSPENDIDO PROVISIONALMENTE. ... 234

ACTO COMPLEJO. ... 326

ACTO ADMINISTRATIVO. Determinación. ... 2319

ACTO ADMINISTRATIVO. Motivación. ... 257

ACTO ADMINISTRATIVO. Obligatoriedad. ... 402

ACTO ADMINISTRATIVO. Obligatoriedad. ... 371

ACTO ADMINISTRATIVO. Notificación. ... 2065

Págs.

ACTO SEPARABLE. ... 1633
ACTO SUSPENDIDO PROVISIONALMENTE. Reproducción. ... 947
ACTO SUSPENDIDO. Reproducción. ... 925
ACTO DE ADJUDICACION. Nulidad. ... 1653
ACTO DE ADJUDICACION. ... 1607
ACTO ADMINISTRATIVO. ... 315
ACTO ADMINISTRATIVO SUSPENDIDO. Reproducción. ... 1035
ACTO ADMINISTRATIVO PREPARATORIO. Notificación. ... 2279
ACTO ADMINISTRATIVO REVOCADO. Revisión. ... 371
ACTOS DE REGISTRO. ... 445
ACTOS SEPARABLES DEL CONTRATO. Acciones procedentes. ... 1607
ACUERDO DE CARTAGENA. Interpretación. ... 2366
ACUERDO METROPOLITANO. ... 1099
ACUERDO MUNICIPAL. Objeción al Proyecto. ... 988
ACUERDOS METROPOLITANOS. ... 1048
ACUMULACION DE PRETENSIONES. ... 2246
ACUMULACION DE PRETENSIONES. ... 2342
ACUMULACION DE PROCESOS. ... 1865
ACUMULACION DE PROCESOS. ... 2312
ACUMULACION DE PROCESOS. Procedencia, irregularidad. ... 2312
ADJUDICACION. ... 1653
ADJUDICACION. Nulidad. ... 1653
ADMINISTRACION MUNICIPAL. Codificación. ... 1704
ADMINISTRACION DE IMPUESTOS NACIONALES. ... 1952
AGENCIA OFICIOSA. ... 1955
AGENTES DIPLOMATICOS Y CONSULARES. Importación de vehículos. 387
ALCALDE. Inhabilidades. ... 1817
ALCALDE. ... 78
ALCALDE. Inhabilidad. ... 1794
ALCALDE. ... 1722
ALCALDE. Inhabilidad. ... 1693
ALCALDE. Inhabilidades. ... 1777
ALCALDE. Inhabilidad. ... 1789

Págs.

ALCALDE. Inhabilidad. ... 1717

ALCALDE. Inhabilidades. ... 1810

ALCALDE. Inhabilidades. ... 1802

ALCALDE. ... 1081

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL. Facultad. ... 808

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL. Funciones. ... 819

ASAMBLEA GENERAL. Socios. ... 539

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL. Facultades. ... 813

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL. Facultades. ... 819

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. Competencia. ... 744

ASOCIACION DE FACULTADES DE COMUNICACION SOCIAL. Designación de representante. ... 176

B

BALDIOS. Presunción. ... 653

BANCO CENTRAL HIPOTECARIO. ... 212

BIENES FISCALES. ... 473

BILLETE DE LOTERIA. Concepto. ... 185

C

CADUCIDAD. ... 2306

CADUCIDAD. Naturaleza jurídica. ... 2085

CADUCIDAD. Término. ... 2085

CADUCIDAD. Término. ... 1339

CADUCIDAD. ... 934

CADUCIDAD. ... 2297

CADUCIDAD. ... 1802

CADUCIDAD. ... 2370

CAJA AGRARIA. ... 198

CAJA AGRARIA. Naturaleza. ... 1637

CAMARA DE COMERCIO. Presupuestos anuales. Procedimiento. ... 164

CAMARAS DE COMERCIO. ... 445

CARBOCOL. ... 136

CARBOCOL. INTERCOR. ... 217

Págs.

CARGA DE LA PRUEBA. ... 2350

CARRERA ADMINISTRATIVA. Nombramiento en otro cargo. Derechos del Escalafón. ... 429

CARRERA ADMINISTRATIVA. Supresión del cargo. ... 934

CARRERA ADMINISTRATIVA. ... 113

CARRERA ADMINISTRATIVA. ... 434

CATASTRO Y SERVICIOS PUBLICOS. Regulación de impuestos. ... 979

CATASTRO. Comprensión. ... 984

CESION DE CREDITOS FISCALES. ... 1882

CLASIFICACION ARANCELARIA. Improcedencia. ... 2335

CLAUSULA PENAL. ... 1637

CLAUSULA DE CADUCIDAD. ... 1637

CLAUSULA PENAL. ... 697

COASEGUROS. Responsabilidad. ... 1836

CODIGO NACIONAL DE TRANSITO. Violación de normas superiores. ... 586

SUSPENSION PROVISIONAL. Comparación norma-acto. ... 590

COMISIONES ACCIDENTALES. ... 993

COMISIONES PERMANENTES. ... 993

COMISIONES LEGALES. Períodos. ... 171

COMISIONES CONSTITUCIONALES. ... 171

COMPAÑIA DE SEGURO. ... 1894

COMPAÑIA DE SEGUROS. ... 1675

COMPAÑIA DE SEGUROS. Monto del reembolso. ... 1675

COMPETENCIA. ... 595

COMPETENCIA. ... 2342

COMPETENCIA. Regulación legal. ... 2340

CONCEJO MUNICIPAL. Competencia. ... 1039

CONCEJO MUNICIPAL. Actos de elección. ... 1704

CONCEPTOS DE LA ADMINISTRACION. Control jurisdiccional. ... 808

CONFESION. LOS REPRESENTANTES ADMINISTRATIVOS DE LAS ENTIDADES OFICIALES, CARECEN DE APTITUD LEGAL PARA CONFESAR. DICHOS FUNCIONARIOS PUEDE RENDIR INFORME ESCRITO BAJO JURAMENTO A SOLICITUD DEL JUEZ (art. 199 del C. de P. C.). ... 61

CONFESION. Valor probatorio. ... 2350

Págs.

CONSEJO DE ESTADO. Jurisdicción. ... 2364

CONSEJO DE ESTADO. Competencia. ... 2301

CONSEJO DE ESTADO. Competencia. ... 2243

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL. Prohibiciones. ... 1741

CONSEJO DE MINISTROS. Naturaleza de sus actos. ... 1543

CONSEJOS DIRECTIVOS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Designación. 1081

CONTRALORIA GENERAL. Funciones. ... 900

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Funciones. ... 454

CONTRALORIA MUNICIPAL. ... 748

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL. Funciones. ... 710

CONTRALORIAS DEPARTAMENTALES. Gastos totales, límite. ... 762

CONTRATO DE EXPLOTACION DE BIENES DEL ESTADO. ... 2377

CONTRATO DE OBRA PUBLICA. Interventoría. ... 107

CONTRATO DE SEGURO. ... 1675

CONTRATO DE OBRA PUBLICA. Perjuicios a terceros. ... 1107

CONTRATO DE USO DE MARCAS. ... 379

CONTRATO ADMINISTRATIVO. ... 1872

CONTRATO DE SEGURO. Régimen de prescripción. ... 1859

CONTRATO DE SEGURO. Responsabilidad del garante. ... 1859

CONTRATO DE GARANTIA. Régimen jurídico. ... 1872

CONTRATO DE ADMINISTRACION DELEGADA. ... 179

CONTRATO DE EMPRESTITO. ... 2373

CONTRATOS. ... 198

CONTRIBUCION DE VALORIZACION. Límite. ... 875

CONTRIBUCION DE VALORIZACION. ... 754

CONTRIBUCION DE VALORIZACION. Exención. ... 1025

CONTRIBUYENTE. Definición. ... 274

CONTROL FISCAL. ... 710

COOPERATIVA. Control. ... 208

COOPERATIVA. ... 208

COOPERATIVAS. ... 539

COOPERATIVAS. ... 957

CORPORACION PUBLICA. ... 1747

Págs.

MAYORIA ABSOLUTA. ... 1747

CORPORACIONES PUBLICAS. ... 993

COSA JUZGADA. ... 2157

COSA JUZGADA. ... 1169

COSA JUZGADA. Efectos. ... 1039

COSTOS Y DEDUCCIONES. Prueba de la discriminación. ... 1943

CREACION DE MUNICIPIO. Requisito. ... 819

CREACION DE MUNICIPIO. Requisitos. ... 813

CREACION DE MUNICIPIO. Requisitos. ... 808

CREDITO DUDOSO. ... 1959

CREDITO ADICIONAL. ... 9

CREDITO ADICIONAL. Control de mérito. ... 64

CREDITOS ADICIONALES. Imprescindibilidad y urgencia del gasto. ... 28

CREDITOS ADICIONALES. Imprescindibilidad del gasto. ... 30

CREDITOS ADICIONALES. ... 34

CREDITOS ADICIONALES. ... 48

CREDITOS ADICIONALES. Imprescindibilidad del gasto. ... 57

CREDITOS ADICIONALES. Falta de planeación. ... 26

CREDITOS ADICIONALES. Revisión de su apertura. ... 61

CREDITOS ADICIONALES. Necesidad del gasto. ... 24

CREDITOS ADICIONALES. Necesidad del gasto. ... 53

CUANTIA. ... 2342

CUANTIA. Estimación razonada. ... 391

CUANTIA. Reajuste, reglamentación. ... 2344

CUANTIA. Reglamentación. ... 595

D

DANCOOP. Facultades. ... 203

DANCOOP. Facultades. ... 190

DANCOOP. Facultades. ... 208

DAÑO. Prueba. ... 1543

DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efectos. ... 337

Págs.

DECRETOS METROPOLITANOS. ... 1099

DELEGACION DE FUNCIONES. Límites. ... 285

DEMANDA. Ineptitud. ... 1432

DEMANDA. Omisión de requisito. ... 2008

DEMANDA DE IMPUESTOS. Requisitos. ... 1922

DEMANDA ELECTORAL. Notificación. ... 2324

DEMANDA ELECTORAL. Requisitos. ... 1765

DEMANDA ELECTORAL. Corrección. ... 2270

DEMANDA ELECTORAL. ... 2309

DEMANDA LABORAL. ... 2340

DEMANDA ELECTORAL. Interpretación. ... 1717

DEMANDA. ... 391

DEMANDA. Ineptitud. ... 326

DEMANDA. Consignación del impuesto. ... 1968

DEPOSITOS FRANCOS EN AEROPUERTOS. Venta de mercancía. ... 277

DEPOSITOS PREVIOS. ... 703

DERECHO A LA ACCION. Fundamento constitucional. ... 2246

DERECHO DE ACCION. ... 634

DESVIACION DE PODER. ... 293

DESVIACION DE PODER. Prueba. ... 894

DESVIACION DE PODER. ... 461

DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS. Procedimiento gubernativo. ... 1899

DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA. ... 1910

DOBLE IMPOSICION. ... 1000

DOCENCIA PUBLICA Y PRIVADA. Acumulación de tiempos. ... 719

DOCENCIA UNIVERSITARIA. ... 521

DOMINIO. ... 1383

E

ECOPETROL. ... 75

EJERCICIO DE LA LOCUCION. REGLAMENTACION A TRAVES DE MEDIOS DE RADIODIFUSION SONORA Y TELEVISION. ... 496

EMPLEADO PUBLICO. Suspensión, pago de sueldos y prestaciones sociales. 1071

EMPLEADO MUNICIPAL. Posesión. ... 1736

Págs.

EMPLEADO PUBLICO. Beneficios. CONVENCION COLECTIVA. 928

EMPLEADO PUBLICO. Suspensión. 1071

EMPLEADO PUBLICO. 928

EMPLEADOS DIRECTIVOS. Situación laboral. 136

EMPLEADOS DEL CONGRESO. Períodos. 171

EMPLEADOS DEL CONGRESO. Estabilidad. 725

EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA. Naturaleza. Privilegios tributarios. 947

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. 1839

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. 1839

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Celebración de contratos. 1653

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES. Creación. 1039

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES. Juntas o Consejos Directivos. 267

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. 903

ESCALAFON DOCENTE. 890

ESCALAFON DOCENTE. Proceso de ascenso. 863

ESCALAFON DOCENTE. Requisitos no utilizados. 868

ESCALAFON DOCENTE. Requisitos no utilizados. 320

ESCRUTINIO. 1768

ESTABLECIMIENTO PUBLICO. Empleos de libre nombramiento y remoción. 155

ESTABLECIMIENTO PUBLICO. Empleos de libre nombramiento. 148

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. 1061

TRABAJADORES OFICIALES. 1061

ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL. Prueba. 1209

ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL. Prueba. 1281

ESTATUTO CAMBIARIO. Violaciones. 352

EXCEPCIONES. 1853

EXCEPCIONES. 1833

EXPLORACION Y EXPLOTACION DE YACIMIENTOS CARBONIFEROS. Permiso. 404

EXPLOTACION DE CANTERAS. Régimen legal. 883

EXTINCION DEL DOMINIO. Procedencia. 473

F

Págs.

FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL. ... 744

FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL. ... 754

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL. Prohibición. ... 1022

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL. ... 1004

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL. ... 984

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL. ... 957

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL. ... 979

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL. ... 1008

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL. Titulares. Límites, condiciones. ... 947

FACULTAD IMPOSITIVA DELEGADA. ... 1000

FALLA DEL SERVICIO. ... 1288

FALLA DEL SERVICIO. ... 1477

FALLA DEL SERVICIO. ... 1312

FALLA DEL SERVICIO. ... 1419

FALLA DEL SERVICIO. ... 1464

FALLA DEL SERVICIO. Prueba. ... 1311

FALLA DEL SERVICIO. ... 1124

FALLA DEL SERVICIO. ... 1500

FALLO *EXTRA PETITA*. ... 429

FERROCARRILES NACIONALES. ... 1839

FOCINE. ... 167

FONDO DE GARANTIAS E INSTITUCIONES FINANCIERAS. Junta Directiva. ... 489

FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES. ... 545

FONDO DE GARANTIAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS. ... 562

G

GESTION FISCAL. Vigilancia. ... 748

H

HECHO NOTORIO. Prueba. ... 1697

HIDROCARBUROS. ... 83

I

Págs.

IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS. 1489

IMPUESTO SOBRE LA RENTA. Valor patrimonial. 1959

IMPUESTO SOBRE LA RENTA. 1959

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Cobro. 1008

IMPUESTO DE CIRCULACION Y TRANSITO. Pago. 217

IMPUESTO A ESPECTACULOS PUBLICOS. Exenciones. 1910

IMPUESTO MUNICIPAL. 1004

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. 957

IMPUESTO A ESPECTACULOS PUBLICOS. Exención, eventos deportivos. 1906

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Prohibición. 1031

IMPUESTO DE ESPECTACULOS PUBLICOS. DOBLE TRIBUTACION. ... 1012

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Sujetos pasivos. Servicios gravados. 947

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Determinación de la base gravable. 1915

IMPUESTO DE REGISTRO. Exención. 212

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. 1063

IMPUESTO MUNICIPAL. 1000

IMPUESTO DE TIMBRE NACIONAL. Exención. 198

IMPUESTO PREDIAL. Reglamentación. 984

IMPUESTO PREDIAL. Prohibición de gravar los bienes de los municipios con impuestos directos. 947

IMPUESTO SOBRE LA RENTA. 311

IMPUESTO A LA PRODUCCION PRIMARIA. Prohibición. 1915

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Cuantificación. 1922

IMPUESTO SOBRE LA RENTA. 1931

INCORA. 2301

INCORA. Actos. 2243

INCORA. Competencia. 653

INDAGATORIA. Valor probatorio. 2350

INGRESO NETO. 246

INRAVISION. 176

INSUBSISTENCIA. Procedencia. 315

Págs.

INSUBSISTENCIA. Autor del acto. ... 513

INSUBSISTENCIA. Caducidad. ... 1071

INTERVENTORIA. Honorarios. ... 107

INTRA. ... 450

INVESTIGACION DISCIPLINARIA. Tránsito de ley. ... 730

J

JUICIO EJECUTIVO. Recurso. ... 1829

JUNTA METROPOLITANA. ... 1048

JUNTA MONETARIA. ... 697

JUNTA MONETARIA. ... 703

JUNTAS O CONSEJOS DIRECTIVOS. Fijación salarial. ... 903

JUNTAS O CONSEJOS DIRECTIVOS. Facultades. ... 545

JURADO DE VOTACION. ... 1768

JURISDICCION COACTIVA. Funcionario ejecutor. ... 1877

JURISDICCION COACTIVA. ... 1865

JURISDICCION COACTIVA. ... 1872

JURISDICCION COACTIVA. ... 1943

JURISDICCION COACTIVA. ... 1859

JURISDICCION COACTIVA. ... 1839

JURISDICCION COACTIVA. ... 1836

JURISDICCION COACTIVA. ... 1853

JURISDICCION COACTIVA. ... 1865

JURISDICCION COACTIVA. ... 1833

L

LEASING. ... 341

LEGALIDAD SOBREVINIENTE. ... 802

LEGITIMACION ACTIVA. Prueba. ... 391

LEGITIMACION PASIVA. ... 2255

LEGITIMACION EN LA CAUSA. ... 2031

LEGITIMACION PASIVA. ... 2031

Págs.

LEGITIMACION EN LA CAUSA. 1339

LEGITIMACION POR ACTIVA. 1339

LIQUIDACION DE REVISION. Presunción de autenticidad. 1931

LIQUIDACION DE IMPUESTO. Nulidades. 1959

LIQUIDACION DE CONDENA. Pautas. 1286

LIQUIDACION DE CONDENA. Pruebas. 2292

LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO. 1659

LITIS CONSORCIO FACULTATIVO. 2157

LITIS CONSORCIO ACTIVO. Requisitos. 2312

M

MANDAMIENTO DE PAGO. 941

MARCAS Y PATENTES. 379

MAYORIA ABSOLUTA. 193

MAYORIA CALIFICADA. 193

MILITARES. Ascenso. 398

MINAS. Hidrocarburos. 83

MINISTERIO PUBLICO. Orbita de actuación procesal. 2304

MONOPOLIO DE LICORES. 794

MONOPOLIO DE LICORES. 1051

MONOPOLIO DEPARTAMENTAL. 773

MONOPOLIO DE LICORES. 773

MUNICIPIO. Creación. 808

MUNICIPIO. Creación. 813

MUNICIPIO. Creación. 787

MUNICIPIO. Creación. 819

N

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION. Efectos. 850

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION. 159

NORMA SUSTANTIVA. Determinación. 2134

NORMA SUSTANTIVA. Determinación. 2008

NORMA DE HABILITACION. 2008

Págs.

NORMA SUSTANTIVA. Determinación. ... 2052

NORMA SUSTANTIVA. Determinación. ... 634

NORMA SUSTANTIVA. ... 832

NULIDAD PROCESAL. ... 2218

O

OCUPACION DE HECHO DE BIENES INMUEBLES. ... 2255

OCUPACION DE HECHO EN ZONA RURAL. Procedimiento. ... 741

ORDENANZA. ... 767

P

PAGO PREVIO. ... 1922

PENSION DE JUBILACION. ... 2306

PENSION DE JUBILACION. ... 719

PENSION DE JUBILACION. Incompatibilidades. ... 918

PENSION DE JUBILACION. Reconocimiento y pago. ... 908

PENSION DE JUBILACION. Sustitución por muerte en misión de servicio. 423

PENSION DE JUBILACION. Compatibilidad. ... 521

PENSION DE JUBILACION. ... 143

PERJUICIOS. ... 1429

PERJUICIOS. ... 1464

PERSONAL DOCENTE. Incompatibilidades. ... 832

PERSONAL DOCENTE. Estabilidad. ... 856

PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO. ... 521

PERSONAL DOCENTE. Limitaciones. ... 2052

PERSONAL INRAVISION. Naturaleza. ... 496

PERSONAL DOCENTE. ... 159

PERSONAL INRAVISION. ... 143

PERSONAL INRAVISION. Planta de personal y manual de funciones. ... 143

PERSONERIA ADJETIVA. ... 1675

Págs.

PERSONERIA SUSTANTIVA. ... 1675

PLEITO PENDIENTE. ... 1833

PODER REGLAMENTARIO. ... 274

PODER DE POLICIA. Permisos. ... 1086

POLIZA DE SEGURO. Pago. ... 179

POLIZA AUTOMATICA. ... 1675

POTESTAD REGLAMENTARIA. Contenido. ... 250

POTESTAD REGLAMENTARIA. ... 324

POTESTAD REGLAMENTARIA. ... 352

PRESCRIPCION. ... 1865

PRESCRIPCION. ... 2297

PRESIDENTE. Atribución constitucional. ... 289

PRESIDENTE. ... 285

PRESIDENTE. ... 306

PRESTACIONES SOCIALES. ... 324

PRESTACIONES SOCIALES. Organo creador. ... 931

PRESUNCION DE LEGALIDAD. Destrucción. ... 315

PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL DE RENTAS E INGRESOS Y APROPIACIONES. ... 829

PRINCIPIO DE CELERIDAD. ... 692

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. ... 1500

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COACTIVO. Alcances. Competencia. 1891

PROCEDIMIENTO GUBERNATIVO TRIBUTARIO. ... 1955

PROCEDIMIENTO GUBERNATIVO. ... 1829

PROCESO ELECTORAL. ... 2275

PROCESO LICITATORIO. ... 1607

PROCESO LICITATORIO. ... 1653

PROCESO LICITATORIO. Irregularidad. ... 1653

PROCURADOR. ... 306

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. ... 730

Págs.

PROPIEDAD AUTOMOTOR. Prueba. 1383

PROYECTO. Contenido. 767

PRUEBA RECOBRADA. 2234

PRUEBA CONTABLE. 1972

R

RECURSO DE APELACION. Sustentación. 2275

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. Técnica. 2008

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. 1208

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. Alcances. 2218

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. Naturaleza y finalidad. ... 2208

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. 2234

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA. Vigencia. 1987

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA. Procedencia. 2001

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. 1169

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. Técnica. 2052

ECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA. Procedencia. Vigencia. 1987

RECURSO DE APELACION. Sustentación. 1025

RECURSOS NATURALES RENOVABLES. 118

REGIMEN PRESTACIONAL. 159

REGIMEN DE CAMBIO INTERNACIONAL Y COMERCIO EXTERIOR. Regulación. 352

REGISTRO MERCANTIL. Inscripción de libros de contabilidad. 1943

REINTEGRO. 429

RENTA BRUTA. Concepto. 246

REPRESENTACION PROCESAL. 1952

RESERVA NACIONAL DE LA MACARENA. Alinderamiento. Area especial. 118

RESERVAS TECNICAS. 1894

RESOLUCIONES DE ADUANA. 1829

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. 1288

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. 1339

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. Prueba del daño. 1432

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. 1489

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. 1124

Págs.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. 1312

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. Fundamento en los hechos. 1165

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. 1167

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. Improcedibilidad de violación directa de la Constitución Nacional. 1124

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. Fundamento mediato. 1203

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. 1419

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. Falla del servicio. 1477

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. 1464

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL SOLIDARIA. Fundamento legal. 1107

RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS. Carácter. 1107

RETENCION EN LA FUENTE. Sujetos pasivos. 262

REVISION DE CONTRATOS. 2377

REVOCACION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS. 1086

REVOCACION DIRECTA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS. Situación consolidada. 450

RUTAS Y HORARIOS. 604

S

SALARIO. 167

SANCION POR INEXACTITUD. 1972

SEGURO DE DEPOSITO. 570

SEGURO DE DEPOSITO. Naturaleza. 489

SEGURO DE DEPOSITO. Cobertura, sujetos. 440

SEGURO DE DEPOSITO. 562

SEGURO DE TRANSPORTE. 1675

SENA. Aportes. 526

SENTENCIA. Naturaleza jurídica. 2134

SENTENCIA. Motivación. 2157

SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD. 1039

SENTENCIA DE NULIDAD. Efectos. 352

SENTENCIA INHIBITORIA. No susceptibilidad de violación directa. ... 2008

Págs.

SENTENCIA INHIBITORIA. Objeto de violación directa. 2008

SENTENCIA. 767

SENTENCIAS. Obligatoriedad. 363

SERVICIO SECCIONAL DE SALUD. 802

SERVIDUMBRE MINERA. 404

SILENCIO ADMINISTRATIVO. 1979

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO. 934

SISTEMA NACIONAL DE SALUD. Carrera Administrativa. 113

SOCIEDAD CONYUGAL. 1312

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Régimen contractual. 1637

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Inspección y vigilancia. 612

SUBSIDIO FAMILIAR. Finalidad. 418

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS. Sanciones. 352

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. 612

SUPERVENCION. 802

SUSPENSION PROVISIONAL. 1048

SUSPENSION PROVISIONAL. 595

SUSPENSION PROVISIONAL. Finalidad. 1028

SUSPENSION PROVISIONAL. Sustentación expresa. 551

SUSPENSION PROVISIONAL. 925

SUSPENSION PROVISIONAL. Sustentación. 1055

SUSPENSION PROVISIONAL. Procedencia. 798

SUSPENSION PROVISIONAL. Procedencia. 1096

SUSPENSION PROVISIONAL. Comparación norma. 590

SUSPENSION PROVISIONAL. Improcedencia. 1031

SUSPENSION PROVISIONAL. 586

SUSPENSION EN PREVENCION. 1633

SUSPENSION PROVISIONAL. Técnica. 562

SUSPENSION PROVISIONAL. 237

SUSTRACCION DE MATERIA. Operancia. 970

SUSTRACCION DE MATERIA. 237

T

Págs.

TESORERO. Alcalde. 787

TESORERO. 78

TESTIMONIO. Ratificación. 2350

TITULO EJECUTIVO. 941

TITULO EJECUTIVO. 1829

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. Competencia. 759

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO. Designación. 2284

TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO. 2366

U

UNIVERSIDAD. Conversión. 203

UNIVERSIDAD OFICIAL NACIONAL. 155

UNIVERSIDAD OFICIAL NACIONAL. 148

V

VENTAS EFECTUADAS EN OTROS MUNICIPIOS. Base gravable. 1063

VIA DE HECHO. 1395

VIA GUBERNATIVA. Agotamiento. 2065

VIA DE HECHO. 1543

VIA GUBERNATIVA. Agotamiento. 1972

VIA GUBERNATIVA. Agotamiento. 2370

INDICE GENERAL

TITULO V

INDEMNIZACIONES

CAPITULO I

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Págs.

7. DOMINIO. PROPIEDAD AUTOMOTOR. Prueba. Sentencia de 30 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5198. Actor: Delio López Giraldo. 1383

8. ACCION DE PLENA JURISDICCION. ACCION INDEMNIZATORIA. Diferencias. VIA DE HECHO. Sentencia de 31 de agosto de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número R-030. Actor:

Alberto Bahamón Soto. 1395

Salvamento de voto del doctor Jaime Abella Zárate. 1410

Salvamento de voto de la doctora Consuelo Sarria Olcos. 1412

Aclaración de voto del doctor Miguel González Rodríguez. 1414

Aclaración de voto del doctor Euclides Londoño Cardona. 1418

9. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. FALLA DEL SERVICIO. PERJUICIOS. Sentencia de 15 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Ramírez Arcila. Expediente número 5212. Actor: Tomás María Usuga Campo y otros. 1419

10. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. Prueba del daño. DEMANDA. Ineptitud. Sentencia de 23 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente:

Págs.

doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 4306. Actor: Jaime Velasco Muñoz y otro. 1432

11. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO. PERJUICIOS. Sentencia de 30 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Ramírez Arcila. Expediente número 4276. Actor: Paulina González Contreras. 1464

12. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO. Sentencia de 5 de octubre de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Jorge Penen Deltieure. Expediente número S-038. Actor: Víctor Callejas y otros. 1477

13. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS. Sentencia de 13 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 3841. Actor: Mercedes Rubiano viuda de Buitrago y otros. ... 1489

14. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. FALLA DEL SERVICIO. Sentencia de 5 de diciembre de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número S-036 (RI-53). Actor: Julio César Ocampo Jaramillo. 1500

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

1. VIA DE HECHO. ACCION DE REPARACION DIRECTA. CONSEJO DE MINISTROS. Naturaleza de sus actos. Sentencia de 24 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 3182. Actor: Grancolombiana de Ingeniería y Construcciones Ltda. "GRANDICON". 1543

TITULO VI

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. ACTOS SEPARABLES DEL CONTRATO. Acciones procedentes. PROCESO LICITATORIO. ACTO DE ADJUDICACION. Resolución número 887 de 2 de noviembre de 1983, por medio de la cual se adjudica un contrato (LICITACION PRIVADA 120 de 1983); dictada por el Gerente de la Corporación Autónoma Regional. Irregularidades come-

Págs.

tidas en la adjudicación del contrato. Sentencia de 25 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 4925. Actor: Gustavo Castaño Loaiza. 1607

2. ACTO SEPARABLE. SUSPENSION EN PREVENCION. Auto de 22 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5399. Actor: DISTRAL S. A. 1633

3. CAJA AGRARIA. Naturaleza. SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Régimen contractual. CLAUSULA PENAL. CLAUSULA DE CADUCIDAD. Sentencia de 13 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 3899 (45). Actor: Agroinsumos y Servicios Técnicos Ltda. "AGROST LTDA.". 1637

4. PROCESO LICITATORIO. Irregularidad. ADJUDICACION. Nulidad. Resolución número 03749 de 1981. Sentencia de 9 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expedientes acumulados números 3528, 3529 y 3544. Actor: Francisco Eladio Gómez. 1653

5. CONTRATO DE SEGURO. SEGURO DE TRANSPORTE. POLIZA AUTOMATICA. COMPAÑIA DE SEGUROS. Monto de reembolso. PERSONERIA ADJETIVA. PERSONERIA SUSTANTIVA. COMPAÑIA DE SEGUROS. Sentencia de 19 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 4083 (153). Actor: La Interamericana Compañía de Seguros S. A. 1675

TITULO VII

JUICIOS ELECTORALES

1. Suspensión provisional del acto de elección del alcalde de Purificación (Tolima) para el período de 1988-1990. Auto de 1º de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Euclides Londoño Cardona. Expediente número 0171. Actor: Hugo Escobar Sierra. 1693

2. Nulidad del nombramiento del Procurador General de la Nación. Auto de 8 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número E-147. Actor: Guillermo Romero García. ... 1697

Págs.

3. Nulidad de la elección de Contralor, Tesorero y Personero de Fusagasugá. Sentencia de 15 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Amado Gutiérrez Velásquez. Expediente número E-112. Actor: Fabio Moreno Pérez. 1704

4. Suspensión provisional del acto de elección del Alcalde del Municipio de San Juan de Rioseco. Auto de 15 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 177. Actor: Alfonso Santos Montero. 1717

5. Nulidad de la designación del Tesorero de Rentas Municipales del Municipio de Montenegro. Sentencia de 27 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Euclides Londoño Cardona. Expediente número E-149. Actor: José Jesús Laverde Ospina. 1722

6. Nulidad de la elección de Personero y Tesorero del Municipio de Yacopí. Sentencia de 5 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0158. Actor: Aurelio Téllez. 1736

7. Suspensión provisional del acto de elección del Alcalde municipal de Ciénaga para el período de 1988 a 1990. Auto de 12 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Euclides Londoño Cardona. Expediente número 0181. Actor: Orlando Manuel Dangond Noguera. 1741

8. Nulidad de la elección de Personero del Municipio de Santa Rosa de Cabal. Sentencia de 31 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0174. Actor: Mario López Valencia. 1747

9. Nulidad del acto de declaración de elección de los Diputados a la Asamblea Departamental del Magdalena para el período de 1988 a 1990. Auto de 8 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Jorge Penen Deltieure. Expediente número 0204. Actor: Loeb Martine Bonnet Vargas. 1754

10. Nulidad del acto de elección de varios parlamentarios elegidos Concejales del Municipio de Barranquilla para el período de 1988-1990.

Págs.

Auto de 13 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Amado Gutiérrez Velásquez. Expediente número E-0235. Actor: Nicanor Bonadiez Bayuelo. 1765

11. Nulidad del acto de elección de veinte (20) concejales y suplentes correspondientes a la circunscripción electoral de Medellín. Sentencia de 13 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Jorge Penen Deltieure. Expediente número 0198. Actor: Guillermo Alvarez Múnera. 1768

12. Nulidad del acto de elección de Alcalde Municipal de Sincelejo para el período de 1988-1990. Sentencia de 14 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0295. Actor: Salim Guerra Tulena. 1777

13. Nulidad del acto de elección de Concejal del Municipio de Istmina para el período de 1988-1990. Sentencia de 27 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 217. Actor: Ovidio Hurtado Marmolejo. 1789

14. Nulidad del acto de elección de Alcalde del Municipio de Guarne (Antioquia), para el período de 1988-1990. Sentencia de 28 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Amado Gutiérrez Velásquez. Expediente número E-0211. Actor: Carlos Manuel Arredondo Cárdenas. 1794

15. Nulidad de la elección de Alcalde del Municipio de El Paujil, Departamento del Caquetá, para el período de 1988 al 31 de mayo de 1990. Sentencia de 25 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Jorge Penen Deltieure. Expediente número E-0214. Actor: Alfonso Díaz Castro. ... 1802

16. Nulidad del acto de elección de Alcalde de Municipio de Confines, Santander. Sentencia de 25 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 221. Actor: Rafael Díaz Meza. 1810

17. Nulidad de la declaratoria de elección de Alcalde del Municipio de Corozal. Sentencia de 9 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Amado Gutiérrez Velásquez. Expediente número E-0222. Actor: Alvaro de la Ossa Troncoso. 1817

TITULO VIII

JURISDICCION COACTIVA

Págs.

1. Juicio de Jurisdicción Coactiva adelantada por la Nación contra Comercio y Mercadeo Ltda. TITULO EJECUTIVO. RESOLUCIONES DE ADUANA. PROCEDIMIENTO GUBERNATIVO. JUICIO EJECUTIVO. Recursos. Apelación del mandamiento de pago de 17 de enero de 1986 proferido por el Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales. Auto de 11 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1648. Actor: La Nación. 1829

2. Juicio de Jurisdicción Coactiva adelantado por la Nación contra Compañía de Seguros Patria S. A. COLPATRIA. JURISDICCION COACTIVA. EXCEPCIONES. PLEITO PENDIENTE. Auto de 19 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1296. Actor: La Nación. 1833

3. Juicio de Jurisdicción Coactiva adelantado por la Compañía Suramericana de Seguros S. A. contra el Departamento de Antioquia. JURISDICCION COACTIVA. COASEGUROS. Responsabilidad. Apelación del auto de 25 de agosto de 1987 proferida por el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Antioquia. Auto de 21 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor José Ignacio Narváez García. Expediente número 2032. Actor: Departamento de Antioquia. 1836

4. Juicio de Jurisdicción Coactiva adelantado por la Nación contra los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. JURISDICCION COACTIVA. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. FERROCARRILES NACIONALES. Sentencia de 6 de septiembre de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Amado Gutiérrez Velásquez. Expediente número A-012. Actor: La Nación. 1839

Aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta. 1846

5. Juicio de Jurisdicción Coactiva adelantado por la Nación contra Contratistas Suramericanos Asociados Ltda. "CONSAS LTDA.". JURISDICCION COACTIVA. EXCEPCIONES. Auto de 16 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1697. Actor: La Nación. 1853

Págs.

6. Juicio de Jurisdicción Coactiva adelantado por la Nación contra Interamericana Cía. de Seguros Generales S. A. JURISDICCION COACTIVA. CONTRATO DE SEGURO. Responsabilidad del Garante. Auto de 16 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1948. Actor: La Nación. 1859

7. Juicio de Jurisdicción Coactiva adelantado por la Nación contra Molino Saldaña Limitada. JURISDICCION COACTIVA. ACUMULACION DE PROCESOS. PRESCRIPCION. Apelación contra el auto de 13 de julio de 1987 proferido por el Jefe de la Sección de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué. Auto de 16 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1911. Actor: La Nación. 1865

8. Ejecutivo de la Nación contra Compañía de Seguros Alfa. JURISDICCION COACTIVA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE GARANTIA. Régimen jurídico Apelación del auto de 9 de septiembre de 1986, proferido por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales. Auto de 4 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1565. Actor: La Nación. 1872

9. Juicio de Jurisdicción Coactiva adelantado por Empresas Públicas de Medellín contra Seguros del Estado S. A. JURISDICCION COACTIVA. Funcionario ejecutor. Apelación del auto de 4 de junio de 1987, proferido por las Empresas Públicas de Medellín. Auto de 11 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor José Ignacio Narváez García. Expediente número 1914. Actor: Empresas Públicas de Medellín. 1877

10. Juicio de Jurisdicción Coactiva adelantado por la Nación contra Capitalizadora Grancolombiana S. A. CESION DE CREDITOS FISCALES. Sentencia de 2 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1428. Actor: La Nación contra Capitalizadora Grancolombiana S. A. 1882

TITULO IX

REVISION DE IMPUESTOS

1. Impuesto sobre la renta por el año gravable de 1979. Auto de 29 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2190. Actor: Transtanques Ltda. 1891

Págs.

2. Impuesto sobre la renta por el año gravable de 1973. Sentencia de 16 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1281. Actor: Compañía de Seguros Antorcha S. A. 1894

3. Impuesto sobre la renta por el año gravable de 1974. Sentencia de 16 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1280. Actor: Parker Drilling Company S. A. 1899

4. Impuesto a espectáculos públicos por eventos de ciclismo. Sentencia de 3 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 0217. Actor: Autódromo Internacional. 1906

5. Impuesto a espectáculos públicos. Sentencia de 3 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 0120. Actor: Roberto Echeverry Grisales. 1910

6. Revisión de la operación administrativa de la liquidación del Impuesto de Industria y Comercio fijado por el año de 1981. Sentencia de 21 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 0236. Actor: Fábrica de Café La Bastilla. 1915

7. Revisión de la operación administrativa de la liquidación del Impuesto de Industria y Comercio por el año de 1981. Sentencia de 28 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 207. Actor: Cartón de Colombia S. A. 1922

8. Revisión de la operación administrativa de la liquidación de impuesto por el año gravable de 1978. Sentencia de 4 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1593. Actor: Almacén Parra Ltda. 1931

9. Revisión de la operación administrativa de la liquidación de impuesto por el año gravable de 1980. Sentencia de 4 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 0457. Actor: Tecnelectro Ltda. 1943

10. Impuesto sobre la renta por el año gravable de 1983. Auto de 4 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección

Págs.

Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 2187. Actor: Colombiana de Servicios y Comedores Ltda. ... 1952

11. Revisión de los actos liquidatorios del impuesto a las ventas por el segundo bimestre de 1982. Sentencia de 4 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1845. Actor: Joyas de América. 1955

12. Revisión de la determinación del impuesto sobre la renta por el año gravable de 1979. Sentencia de 18 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1886. Actor: Paulina Mendoza de Llana. 1959

13. Revisión de la operación administrativa de la liquidación de impuesto sobre la renta por el año gravable de 1981. Auto de 18 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 2021. Actor: Luis A. Duque Peña e Hijos Ltda. 1968

14. Revisión de la operación administrativa de la liquidación del impuesto sobre la renta por el año gravable de 1982. Sentencia de 5 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1754. Actor: Distribuidora Parra y Forero Ltda. 1972

15. Revisión de la operación administrativa de la liquidación de impuesto sobre la renta por el año gravable de 1974. Sentencia de 15 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1261. Actor: Adolfo Giraldo Gómez. 1979

TITULO X

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

1. RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA. Procedencia. Vigencia. Recurso de súplica interpuesto contra la sentencia de 8 de febrero de 1988 dictada por la Sección Primera de esta Corporación, mediante la cual esta Sala se declaró inhibida para fallar el fondo del asunto por ineptitud sustantiva de la demanda. Sentencia de 31 de agosto de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número S-032. Actor: Servicios Aéreos Ejecutivos Ltda. "SAE LTDA.". 1987

Págs.

Aclaración de voto del doctor Samuel Buitrago Hurtado. 1998

2. RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA. Procedencia. La jurisprudencia cuya contradicción puede dar origen al recurso de súplica es la consagrada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia de 31 de agosto de 1988. Sala Plena. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número S-009. Actor: Editorial Mercurio S. A. 2001

TITULO XI

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION

1. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. Técnica. Recurso de anulación contra la sentencia proferida en segunda instancia de 8 de mayo de 1985, de la Sección Segunda. Sentencia de 12 de julio de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número R-095. Actor: José Guillermo Rodríguez Navarrete. 2008

Aclaración de voto del doctor Miguel González Rodríguez. 2015

Aclaración de voto del doctor Carlos Betancur Jaramillo. 2018

Aclaración de voto del doctor Alvaro Lecompte Luna. 2020

Aclaración de voto de la doctora Consuelo Sarria Olcos. 2023

Aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta. 2024

2. LEGITIMACION EN LA CAUSA. LEGITIMACION PASIVA. Recurso de anulación contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, de fecha mayo 20 de 1987. Sentencia de 18 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Ramírez Arcila. Expediente número 5241. Actor: Alfonso María Martínez Ruiz y otros. 2031

Aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta. 2045

3. NORMA SUSTANTIVA. Determinación. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. Técnica. Recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia de 29 de mayo de 1986, proferida por el

Págs.

Tribunal Administrativo de Sucre. Sentencia de 31 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 2122. Actor: Manuel del Cristo Gastelbondo Villalobos. 2052

4. ACTO ADMINISTRATIVO. Notificación. VIA GUBERNATIVA. Recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de 31 de agosto de 1987, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado. Sentencia de 7 de septiembre de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número A-060. Actor: Sociedad La Angelita Ltda. 2065

Aclaración de voto de los doctores Jaime Abella Zárate y Consuelo Sarria Olcos. 2072

Aclaración de voto del doctor Euclides Londoño Cardona. 2075

Aclaración de voto del doctor Alvaro Lecompte Luna. 2076

Aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta. 2078

5. CADUCIDAD. Término, conteo. Recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia de 24 de abril de 1985, de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Sentencia de 21 de septiembre de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número R-083. Actor: Luis Ramón Castañeda Contreras. 2085

Salvamento de voto de la doctora Consuelo Sarria Olcos. 2093

Salvamento de voto de los doctores Carlos Ramírez Arcila, Amado Gutiérrez Velásquez y Euclides Londoño Cardona. 2097

6. NORMA SUSTANTIVA. Determinación. Recurso de anulación interpuesto contra la sentencia de 17 de marzo de 1986 del Tribunal Administrativo del Tolima. Sentencia de 23 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Ramírez Arcila. Expediente número 4846. Actor: Limbania Farfán. 2134

Salvamento de voto del doctor Julio César Uribe Acosta. 2150

7. SENTENCIA. Motivación. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO. Recurso extraordinario de anulación

Págs.

contra la sentencia de 26 de mayo de 1986. Sentencia de 14 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 4972. Actor: Arnulfo Castillo Sierra. 2157

Salvamento de voto del doctor Julio César Uribe Acosta. 2171

TITULO XII

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

1. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. Naturaleza y finalidad. Recurso de revisión contra la sentencia de 27 de septiembre de 1985, dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado. Sentencia de 26 de octubre de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Carlos Ramírez Arcila. Expediente número R-015. Actor: Basf Química Colombiana. 2208

2. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. Alcances. NULIDAD PROCESAL. Recurso de revisión contra la sentencia de 1º de agosto de 1985, de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Sentencia de 29 de noviembre de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número R-010. Actor: Augusto Murillo Palacios. 2218

3. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. PRUEBA RECOBRADA. Recurso de revisión contra la sentencia de 31 de marzo de 1987, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia. Sentencia de 6 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5168. Actor: Berta Olga Tobón y otro. 2234

TITULO XIII

CUESTIONES PROCESALES

1. CONSEJO DE ESTADO. Competencia. INCORA. Actos. Auto de 1º de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5366. Actor: Roberto Rochel Awad. 2243

2. DERECHO A LA ACCION. Fundamento constitucional. Sentencia de 2 de agosto de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número A-042. Actor: Estruco S. A. 2246

Págs.

3. ACUMULACION DE PRETENSIONES. LEGITIMACION PASIVA. OCUPACION DE HECHO DE BIENES INMUEBLES. Sentencia de 5 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 4881 (168). Actor: Augusto Eliseo Sampayo y otro. 2255

4. DEMANDA ELECTORAL. Corrección. Auto de 5 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Amado Gutiérrez Velásquez. Expediente número 0153. Actor: Jorge Enrique Gaitán Quimbayo. 2270

5. PROCESO ELECTORAL. RECURSO DE APELACION. Sustentación. Auto de 5 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 160. Actor: Hermann Arévalo Zambrano. 2275

6. ACTO ADMINISTRATIVO PREPARATORIO. Notificación. Auto de 12 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 930. Actor: José Gonzalo Rodríguez Gacha. 2279

7. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO. Designación. Auto de 18 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 5457 (330). Actor: Medardo Serna Vallejo. 2284

8. LIQUIDACION DE CONDENA. Pruebas. Auto de 30 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 3213. Actor: Nadín Ospina Morales. 2292

9. ACCION DE REPARACION DIRECTA. PRESCRIPCION. CADUCIDAD. Auto de 1º de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Ramírez Arcila. Expediente número 5302. Actor: Gabriel Antonio Mejía A. ... 2297

10. CONSEJO DE ESTADO. Competencia. INCORA. Auto de 5 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 5151 (253). Actor: Carlos Posada Posada. 2301

11. MINISTERIO PUBLICO. Orbita de actuación procesal. Auto de 12 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 3658. Actor: William Tabares R. 2304

Págs.

12. CADUCIDAD. ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. PENSION DE JUBILACION. Auto de 14 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 3302. Actor: Alicia Vizcaíno viuda de González. 2306

13. DEMANDA ELECTORAL. Auto de 30 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administratvo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Jorge Penen Deltieure. Expediente número E-215. Actor: Gentil Enrique Rodríguez Varón. 2309

14. ACUMULACION DE PROCESOS. LITIS CONSORCIO ACTIVO. Requisitos. Sentencia de 5 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 424. Actor: Víctor Manuel González Becerra y otros. 2312

15. ACTO ADMINISTRATIVO. Determinación. Auto de 25 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 1021. Actor: Jesús Arcesio Botero Botero. 2319

16. DEMANDA ELECTORAL. Notificación. Auto de octubre 27 de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Euclides Londoño Cardona. Expediente número 0195. Actor: Orlando Manuel Dangond Noguera. 2324

17. ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, CLASIFICACION ARANCELARIA. Improcedencia. Auto de 31 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2274. Actor: Occidental de Colombia Inc. 2335

18. DEMANDA LABORAL. COMPETENCIA. Regulación legal. Auto de 9 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente número 2804. Actor: Luis E. Montilla Sanclemente. 2340

19. ACUMULACION DE PRETENSIONES. COMPETENCIA. CUANTIA. Auto de 16 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 5555. Actor: Martha Cecilia Pombo de Fernández. 2342

20. COMPETENCIA. CUANTIA. Reajuste, reglamentación. Auto de 21 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección

Págs.

Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 497. Actor: David Díaz Plata y otros. 2344

21. TESTIMONIO. Ratificación. INDAGATORIA. Valor probatorio. Sentencia de 1º de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 5228. Actor: Luis Elías Acevedo R. y otros. 2350

22. CONSEJO DE ESTADO. Jurisdicción. Auto de 16 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente número 1502. Actor: Stella Velasco Amaya. 2364

23. TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO. ACUERDO DE CARTAGENA. Interpretación. Auto de 19 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 593. Actor: Schering Corporation. 2366

24. VIA GUBERNATIVA. Agotamiento. CADUCIDAD. Auto de 19 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 1417. Actor: Tejidos El Cóndor S. A. TEJICONDOR. 2370

TITULO XIV

REVISION DE CONTRATOS

1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Consulta relacionada con el contrato de empréstito celebrado entre Colombia y un consorcio de Bancos Alemanes. Concepto de 19 de diciembre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. AD. número 210. Publicación autorizada mediante oficio número 45083 de 16 de noviembre de 1988. 2373

Salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo. 2376

2. Consulta relacionada del contrato de explotación de bienes del Estado celebrado por Carbones de Colombia S. A. "CARBOCOL" y la firma Drummond Ltda. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Referencia número 209. 2377

Salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo. 2381

FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA
INDUSTRIA CARCELARIA

Esta obra se terminó de imprimir en la Editorial "PARA LA LIBERTAD" en el mes de enero de 1993.
Penicentral de Colombia

SANTAFE DE BOGOTA, D. C. - COLOMBIA